

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 256.284 van 18 april 2023
in de zaak A. 227.347/VII-40.486**

In zake : de NV ENECO WIND BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Laura Thewis en Joris De Pauw
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Schaliënhoevedreef 20T
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steve Ronse en Thomas Quintens
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de GEMEENTE EVERGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sven Boullart en Jelle Snauwaert
kantoor houdend te 9000 Gent
Voskenslaan 419
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 4 februari 2019, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw van 19 april 2018 waarbij de bestuurlijke beroepen tegen de beslissing van de deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen van 12 oktober 2017 houdende het verlenen aan de bvba Storm 29 en de nv Eneco Wind Belgium van de milieuvergunning voor het exploiteren van twee windturbines op percelen gelegen aan de Ter Looverendreef te Zelzate, gegrond worden verklaard, de beroepen vergunningsbeslissing wordt opgeheven en de gevraagde vergunning wordt geweigerd.

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 gemeente Evergem heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 19 maart 2019. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Ronny Vercruyssen heeft op 30 september 2021 een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 april 2022.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris De Pauw, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Isabelle Verhelle, die *loco* advocaten Steve Ronse en Thomas Quintens verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Ellen De Keyzer, die *loco* advocaten Sven Boullart en Jelle Snauwaert verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ronny Vercruyssen 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 22 februari 2017 dienen de bvba Storm 29 en de nv Eneco Wind Belgium een milieuvergunningsaanvraag in voor het exploiteren van twee windturbines en bijhorende transformatoren op percelen gelegen aan de Ter Looverendreef te Zelzate. Het project is volgens het geldende gewestplan Gentse en Kanaalzone gelegen in een agrarisch gebied.

3.2. Bij besluit van 12 oktober 2017 verleent de deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen de gevraagde vergunning onder voorwaarden.

3.3. De gemeenten Evergem en Zelzate stellen tegen deze vergunningsbeslissing beroep in bij de Vlaamse regering.

3.4. In het kader van de beroepsprocedure brengt de Gewestelijke Milieuvergunningscommissie op 13 februari 2018 een ongunstig advies uit over de aanvraag.

3.5. Met het thans bestreden besluit van 19 april 2018 verklaart de Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw de ingestelde beroepen gegrond en weigert zij de gevraagde milieuvergunning.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Excepties

4. De verwerende partij werpt op dat het verzoekschrift tot nietigverklaring te laat werd ingesteld:

“In casu werd de bestreden beslissing betekend aan de exploitanten - zijnde

Storm 29 bvba en Eneco Wind Belgium - middels schrijven van 23 april 2018. De poststempel dateert van 26 april 2018. Bijgevolg hebben de exploitanten dit schrijven ontvangen op 27 april 2018 (ten laatste op 30 april 2018). De termijn om op ontvankelijke wijze een vernietigingsberoep in te stellen bij uw Raad is dus verstreken op 26 juni 2018 (ten laatste op 27 juni 2018).

Het verzoekschrift van verzoekende partij dateert van 4 februari 2019, en is aldus manifest laattijdig.

[...]

In haar verzoekschrift poneert verzoekende partij nu dat de bestreden beslissing nooit aan haar werd betekend, zodat de beroepstermijn geen aanvang zou genomen hebben, en haar verzoekschrift vooralsnog tijdig zou zijn.

Deze stelling kan niet worden bijgetreden door verwerende partij.

Immers, zoals verzoekende partij zelf aangeeft in haar verzoekschrift, '[blijkt] uit de milieuvergunningsaanvraag duidelijk dat de milieuvergunning door verzoekende partij en door Storm 29 bvba samen werd aangevraagd'. Dit gegeven wordt logischerwijze niet ontkend door verwerende partij.

Hoewel er dan wel 1 aanvrager (Storm 29 bvba) en 1 mede-exploitant (nv Eneco Wind Belgium) was, werd er gedurende gans de administratieve procedure (zowel in eerste aanleg als in graad van beroep) stevast gecommuniceerd naar het adres 2050 Antwerpen, Katwilgweg 2. Noch verzoekende partij, noch Storm 29 bvba heeft hierover enige opmerking gemaakt.

Ook de beslissing van de deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen van 12 oktober 2017 waarin beide exploitanten worden vermeld, werd enkel betekend op het adres 2050 Antwerpen, Katwilgweg 2 [...]. Hierop werd geen enkele kritiek geuit vanwege de exploitanten.

De loutere omstandigheid dat het beroepsschrift van de gemeente Zelzate, en het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Zelzate, aangetekend werd verzonden naar het afzonderlijke adres van Eneco Wind Belgium, kan de stelling van verzoekende partij niet hardmaken. Er is immers geen enkele regel die verbiedt om een administratief beroepsschrift aan meerdere personen te richten dan deze die decretaal voorzien zijn.

[...] De betekening van de bestreden beslissing aan het adres 2050 Antwerpen, Katwilgweg 2 werd duidelijk gedaan aan beide exploitanten; zowel aan Storm 29 bvba als aan Eneco Wind Belgium [...]. Op 4 februari 2019 was de termijn om een beroep in te stellen bij uw Raad reeds lang verstreken".

5. De tussenkomenende partij werpt op dat overeenkomstig het decreet van 25 april 2014 'betreffende de omgevingsvergunning' (hierna: omgevingsvergunningsdecreet) voorliggend annulatieberoep had moeten worden ingediend bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen. Volgens haar moet de bestreden vergunningsbeslissing worden beschouwd als een beslissing over een aanvraag tot het verkrijgen van een omgevingsvergunning, zodat de Raad van State

niet bevoegd is om kennis te nemen van het beroep.

Daarnaast werpt zij op dat de verzoekende partij, samen met de bvba Storm 29, de vergunningsaanvraag heeft ingediend, zodat zij ook samen dienen op te komen tegen de beslissing tot weigering van de vergunning. In dit verband merkt de tussenkomenende partij op dat een andere zienswijze ertoe zou leiden dat na een vernietigingsarrest de andere vergunningsaanvrager gedwongen zou worden om tegen zijn wil te participeren bij de exploitatie van de beoogde inrichting.

6. In haar memorie van wederantwoord argumenteert de verzoekende partij dat de Raad van State wel degelijk over rechtsmacht beschikt omdat overeenkomstig artikel 397, § 2, van het omgevingsvergunningsdecreet de beroepen tegen uitdrukkelijke of stilzwijgende beslissingen over milieuvergunningsaanvragen behandeld moeten worden op grond van de procedureregels die golden ten tijde van de administratieve afhandeling van de aanvraag. Zij verduidelijkt dat in dit geval de vergunningsaanvraag werd ingediend op 22 februari 2017, dus vóór de inwerkingtreding van het omgevingsvergunningsdecreet.

Voorts stelt de verzoekende partij dat zij als mede-aanvrager van de milieuvergunning belang heeft bij de nietigverklaring van de weigeringsbeslissing. Er bestaat volgens haar geen verplichting dat alle vergunningsaanvragers op straffe van onontvankelijkheid het vernietigingsberoep moeten instellen. Tevens wijst zij op het *erga omnes* karakter van een gebeurlijk vernietigingsarrest.

Met betrekking tot de tijdigheid van het beroep laat de verzoekende partij gelden dat de verwerende partij heeft nagelaten haar individueel in kennis te stellen van de bestreden beslissing, terwijl haar afzonderlijke contactgegevens nochtans vermeld worden in bijlage A1 bij de vergunningsaanvraag. Volgens de verzoekende partij heeft de termijn om beroep in te stellen bijgevolg enkel kunnen aanvangen ten aanzien van de bvba Storm 29.

7. De tussenkomenende partij ontkent in haar laatste memorie dat de verzoekende partij beschouwd moet worden als mede-aanvrager van de

vergunning. De kennisgeving van de bestreden beslissing op het adres van de bvba Storm 29 volstond dan ook om de beroepstermijn te doen ingaan. Zelfs indien zou worden aangenomen dat de kennisgeving op het adres van de bvba Storm 29 niet geldt als individuele kennisgeving ten aanzien van de verzoekende partij, moest het annulatieberoep worden ingesteld binnen een termijn van 60 dagen nadat zij geacht moet worden feitelijke kennis te hebben van het bestaan en de draagwijdte van de betreden beslissing. In dit geval acht de tussenkomenende partij het niet geloofwaardig dat de verzoekende partij “gedurende negen maanden niet werd ingelicht over de weigeringsbeslissing door haar mede-exploitant waarmee zij voor dit project zo nauw samenwerkt, of dat zij zelf niet zou hebben geïnformeerd naar deze beslissing, die voor haar van onmiskenbaar belang is”.

Tot slot wijst de tussenkomenende partij erop dat geen stuk voorligt waaruit blijkt dat de exploitatierechten volledig werden overgedragen aan de verzoekende partij, zodat zij het geding dan ook enkel kon aanspannen samen met de mede-aanvrager.

Beoordeling

8. Artikel 387, eerste lid, van het omgevingsvergunningsdecreet luidt als volgt:

“Een aanvraag van een milieuvergunning of een erkenning, een mededeling van een kleine verandering, een melding van een derdeklasse-inrichting, een overname of een verzoek tot verlenging overeenkomstig artikel 45ter, § 3, van het decreet van 28 juni 1985 betreffende de milieuvergunning, ingediend met toepassing van het decreet van 28 juni 1985 betreffende de milieuvergunning voor de datum van de inwerkingtreding van dit decreet, wordt behandeld op grond van de bepalingen die geldig waren op het tijdstip waarop de aanvraag is ingediend”.

Deze overgangsmaatregel bevat een regeling voor de afhandeling van dossiers die zijn ingediend vóór de inwerkingtreding van het omgevingsvergunningsdecreet maar waarin nog geen eindbeslissing is genomen. Dergelijke dossiers worden ook na de inwerkingtreding van het omgevingsvergunningsdecreet verder afgehandeld volgens de bepalingen van het

vroegere milieuvergunningsdecreet en zijn uitvoeringsbesluiten. Tegen de met toepassing van artikel 387, eerste lid, van het omgevingsvergunningsdecreet genomen beslissingen kan beroep worden ingesteld bij de Raad van State die op grond van de algemene vernietigingsbevoegdheid die hij put uit artikel 14, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State uitspraak moet doen over het geschil. De bedoelde beslissingen worden immers niet vermeld in artikel 105, § 1, van het omgevingsvergunningsdecreet.

De Raad van State heeft rechtsmacht om kennis te nemen van het geschil.

9. Overeenkomstig artikel 52, 4°, c), 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, moet een voor eensluidend verklaard afschrift van de beslissing van de minister houdende uitspraak over een beroep tegen een in eerste aanleg door de deputatie genomen beslissing over een milieuvergunningsaanvraag, “per ter post aangetekende zending of bij afgifte tegen ontvangstbewijs” toegezonden worden aan “de exploitant”. In bijlage A1 bij de vergunningsaanvraag wordt de verzoekende partij vermeld als “exploitant”. Bovendien blijkt uit artikel 3 van het beschikkend gedeelte van de bestreden beslissing dat de vergunning wordt geweigerd aan “bvba Storm 29 en nv Eneco Wind Belgium”. De verwerende partij betwist niet dat zij niet is overgegaan tot een individuele kennisgeving van de bestreden beslissing aan de verzoekende partij, zoals vereist door artikel 52, 4°, c), van Vlarem I, op het in bijlage A1 bij de vergunningsaanvraag vermelde adres. Aangezien de bestreden beslissing schriftelijk ter kennis moest worden gebracht van de verzoekende partij, is het van geen belang te weten vanaf welk tijdstip zij feitelijke kennis had of moest hebben gehad van het bestaan van de bestreden beslissing.

10. In geval een milieuvergunningsaanvraag wordt ingediend door meerdere initiatiefnemers, beschikken zij elk afzonderlijk over het vereiste belang en de vereiste hoedanigheid om in rechte de in laatste administratieve aanleg genomen beslissing tot weigering van de vergunning aan te vechten. Gelet op het

feit dat een gebeurlijk vernietigingsarrest *erga omnes* geldt, wordt de verwerende partij niet in haar belangen geschaad doordat de in laatste administratieve aanleg genomen beslissing over de vergunningsaanvraag slechts op vordering van één van de initiatiefnemers van het project wordt vernietigd.

11. De excepties worden verworpen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

12. In een eerste middel wordt de schending aangevoerd van 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), van artikel 3.1.3 van omzendbrief RO/2014/02 van 25 april 2014, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en van de materiële motiveringsplicht, doordat in de bestreden beslissing wordt gesteld dat het Goed “Ter Looveren” niet als onbewoond gebouw eigen aan de inrichting mag worden beschouwd, dat de vergunningverlenende overheid geen rekening mag houden met eventuele overeenkomsten tussen de exploitanten en derden, dat door het ontbreken van een geluids- en een slagschaduwstudie met betrekking tot deze hoeve geen beoordeling van de hinder ter hoogte ervan mogelijk is en de gevraagde vergunning wordt geweigerd omdat wordt geconcludeerd dat de hinder en de effecten op mens en milieu en de risico’s voor de externe veiligheid niet tot een aanvaardbaar niveau kunnen worden beperkt.

In een eerste onderdeel zet de verzoekende partij uiteen dat het betrokken Goed “Ter Looveren” geen bewoond gebouw is in de zin van artikel 5.20.6.4.2 van Vlarem II en van artikel 3.1.3 van omzendbrief RO/2014/02. De verwerende partij heeft in de bestreden beslissing overigens zelf vastgesteld dat

de gebouwen momenteel niet worden bewoond. Het standpunt dat elk potentieel bewoonbaar gebouw beschouwd dient te worden als een “bewoond gebouw” in de zin van artikel 5.20.6.4.2 van Vlarem II, strookt niet met de tekst van deze bepaling. In de bestreden beslissing wordt er ook ten onrechte van uit gegaan dat het voorkomen op de verkrottingslijst een voorwaarde zou zijn voor de onbewoonbaarheid van een gebouw. Bij verkrotting is steeds sprake van een gebrek in de elementaire vereisten van stabiliteit, wat bij onbewoonbaarheid niet het geval is. Met andere woorden, niet elk onbewoonbaar gebouw is per se ook verkrot. Voorts bestaat er volgens de verzoekende partij geen enkele intentie om de gebouwen in de nabije toekomst opnieuw voor bewoning te gebruiken. De sectorale milieuvoorwaarden van Vlarem II zijn bijgevolg niet van toepassing op het Goed “Ter Looveren”.

In een tweede middelonderdeel stelt de verzoekende partij vast dat de verwerende partij in een ander dossier heeft geoordeeld dat indien een woning participeert in een project, dit gebouw niet te beschouwen is als een gebouw vreemd aan de inrichting en dat rekening moet worden gehouden met een overeenkomst tussen de exploitant en derden. Op grond van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en van het gelijkheidsbeginsel mocht zij verwachten op dezelfde wijze te worden behandeld. In het kader van voorliggend aanvraagdossier werd met de eigenaar van de betrokken percelen een opstalovereenkomst met bijhorende erfdienstbaarheden afgesloten. Door dit onbetwiste opstalrecht participeert de eigenaar van de percelen en het Goed “Ter Looveren” in de inrichting. De eigenaar van deze gebouwen heeft uitdrukkelijk goedkeuring gegeven aan de inplanting van de windturbines. Aangezien de gebouwen bijgevolg onderdeel uitmaken van de inrichting en als dusdanig te beschouwen zijn als gebouwen eigen aan de inrichting die bovendien niet bewoond zijn, werd er bij de geluidsstudie geen rekening gehouden met deze gebouwen. Door deze gebouwen als vreemd aan de inrichting te beschouwen gaat de verwerende partij regelrecht in tegen haar eerdere standpunt in soortgelijke dossiers, waar wel rekening werd gehouden met dergelijke overeenkomsten. Met name verwijst de verzoekende partij naar het ministerieel besluit van 25 februari 2016 met betrekking tot beroepen aangetekend tegen het besluit van de deputatie van Oost-Vlaanderen inzake het verlenen van een milieuvergunning aan de verzoekende partij voor het exploiteren van een

windmolenpark in Melle. Deze zienswijze werd vervolgens uitdrukkelijk bevestigd in het ministerieel besluit van 28 juni 2017 waarbij de bijzondere vergunningsvoorwaarden werden gewijzigd, waarbij uitdrukkelijk werd gesteld dat er sprake is van een woning eigen aan de inrichting en dat het mogelijk is om bij overeenkomst afstand te doen van de milieuvorwaarden. In de opstalovereenkomst met betrekking tot het project in kwestie wordt overeengekomen dat de eigenaar participeert in het project en dat wiekoverdraai over het perceel waarop de betrokken gebouwen staan, wordt toegestaan. Het eigendomsrecht is voorts niet bepalend om uit te maken of een gebouw eigen dan wel vreemd is aan de inrichting. Zonder het toegekende opstalrecht kunnen de windturbines niet worden opgericht op de betrokken percelen. Zij mocht er dan ook redelijkerwijze van uitgaan dat de gebouwen eigen zijn aan de inrichting en aldus niet meegenomen moeten worden in de geluidsstudie. In de bestreden beslissing wordt niet gemotiveerd waarom in voorliggend geval afgeweken zou moeten worden van eerdere standpunten en adviezen.

13. De verwerende partij antwoordt als volgt:

“[...] De bestreden beslissing is gesteund op volgend weigeringsmotief:
[...]

Samengevat komt de motivering uit de bestreden beslissing hier op neer: in het aanvraagdossier werd ten onrechte geen rekening gehouden met het nabijgelegen ‘Goed ter Looveren’, in het bijzonder voor wat betreft de impact van het geluid en de slagschaduw van de windturbines ten opzichte van deze gebouwen. Daaruit volgt dat verwerende partij, als vergunningverlenende overheid, niet op afdoende wijze kon nagaan dat de geluids- en slagschaduwhinder tot een aanvaardbaar niveau zou kunnen beperkt worden. Omwille van die reden kon de gevraagde milieuvergunning niet verleend worden.

[...] In haar verzoekschrift tracht verzoekende partij aan te tonen dat ‘Goed ter Looveren’ eigen is aan de inrichting, zodat er geen rekening mee zou moeten gehouden worden bij de beoordeling van de effecten van de windturbines.

Ter zake baseert zij deze stelling op het feit dat de eigenaar van ‘Goed ter Looveren’, tevens eigenaar is van omliggende weilanden. Deze eigenaar zou een opstalovereenkomst - met bijhorende erfdienstbaarheden - hebben afgesloten zodat de windturbines op de betreffende locatie zouden kunnen opgetrokken worden. Bovendien zou de eigenaar van ‘Goed ter Looveren’ uitdrukkelijk zijn goedkeuring gegeven hebben aan de inplanting van de windturbines.

Verwerende partij dient vast te stellen dat het betoog van verzoekende partij nogal kort door de bocht gaat. Zij verklaart zich nader:

- in de eerste plaats legt verzoekende partij geen enkel bewijs voor dat de eigenaar van de gronden, waarop de windturbines geplant worden, tevens eigenaar is van de gebouwen 'Goed ter Looveren'. Evenmin legt zij de vermeende opstalovereenkomst voor, noch de zogenaamde goedkeuring aangaande inplanting van de windturbines;
- vervolgens dient te worden vastgesteld dat de windturbines worden ingeplant op andere kadastrale percelen, dan deze waarop 'Goed ter Looveren' gelegen is;
- daarnaast kan niet om de vaststelling heen gegaan worden dat er geen enkel operationeel of technisch verband is tussen de windturbines en de woningen 'Goed ter Looveren';
- tot slot betekent het loutere feit, dat de eigenaar van 'Goed ter Looveren' tevens eigenaar zou zijn van de gronden waarop de windturbines zullen ingeplant worden, geenszins dat 'Goed ter Looveren' eigen zou zijn aan de aangevraagde inrichting.

Er dient derhalve geconstateerd te worden dat 'Goed ter Looveren' onomstotelijk vreemd is aan de aangevraagde inrichting. Bijgevolg diende de impact van de windturbines op deze woningen nauwgezet onderzocht te worden [...].

[...] Verzoekende partij meent dat de bestreden beslissing artikel 5.20.6.4.2 van VLAREM II schendt, omdat 'Goed ter Looveren' geen bewoond gebouw is. Het betrokken artikel zou bijgevolg niet van toepassing zijn.

Artikel 5.20.6.4.2 van VLAREM II luidt als volgt:

[...]

In haar verzoekschrift koppelt verzoekende partij kennelijk verkeerde conclusies aan de bewoordingen uit de bestreden beslissing.

Verwerende partij heeft nooit gesteld dat 'Goed ter Looveren' op vandaag bewoond of op heden bewoonbaar zou zijn. Zij heeft alleen het volgende verklaard in de bestreden beslissing:

'dat deze hoeve particuliere eigenaars heeft; dat de woongebouwen van de hoeve momenteel niet worden bewoond maar dat de gebouwen niet op de verkrottingslijst staan en in principe mits enige investering nog bewoond kunnen worden.'

Verwerende partij stelde aldus louter dat het goed, met enige investeringen, terug bewoond zou kunnen worden.

Evenmin heeft verwerende partij gesteld dat het aanvraagdossier specifiek in strijd is met artikel 5.20.6.4.2 van VLAREM II, hetgeen verzoekende partij nochtans suggereert. De bestreden beslissing stelt louter het volgende:

'Overwegende dat door het ontbreken van de dichtstbijzijnde woningen (Goed ter Looveren) in de geluids- en slagschaduwstudie geen beoordeling van de hinder ter hoogte van deze woningen mogelijk is; dat bijgevolg niet kan worden onderzocht of ter hoogte van deze woningen wordt voldaan aan de sectorale voorwaarden voor windturbines; dat bijgevolg niet kan worden geconcludeerd dat de geluids- en slagschaduwhinder tot een aanvaardbaar niveau kan worden beperkt.'

Het ontbreken van 'Goed ter Looveren' in de geluids- en slagschaduwstudie leidt volgens verwerende partij terecht tot 2 problemen: 1) In de eerste plaats kan niet onderzocht worden of ter hoogte van deze woningen wordt voldaan aan de sectorale voorwaarden.

De sectorale voorwaarden voor windturbines zijn uiteraard veel ruimer dan enkel artikel 5.20.6.4.2 van VLAREM II, en omvatten o.a. ook de voorwaarden aangaande slagschaduw (artikelen 5.20.6.2.1 tot 5.20.6.2.3 van VLAREM II). In de voorwaarden aangaande slagschaduw is er geen sprake van bewoonde gebouwen, maar van slagschaduwgevoelige objecten. Er kan niet ernstig betwist worden dat ‘Goed ter Looveren’ *in casu* een slagschaduwgevoelig object is.

2) In de tweede plaats kon verwerende partij - zelf abstractie makend van de sectorale voorwaarden - niet nagaan of de geluids- en slagschaduwhinder tot een aanvaardbaar niveau kunnen beperkt worden.

Een vergunningverlenende overheid heeft overeenkomstig artikel 5.3.1 van het DABM de plicht om na te gaan of een ingedeelde inrichting geen onaanvaardbare risico's of hinder voor mens en milieu inhoudt, die niet door algemene, sectorale of bijzondere milieuvoorwaarden tot een aanvaardbaar niveau kunnen worden herleid.

Ingevolge het ontbreken van ‘Goed ter Looveren’ in de geluids- en slagschaduwstudie kon verwerende partij niet afdoende nagaan of de hinder ter hoogte van ‘Goed ter Looveren’ aanvaardbaar zou zijn.

Door het ontbreken van deze elementaire gegevens in het aanvraagdossier, kon verwerende partij onmogelijk overgaan tot het verlenen van de gevraagde vergunning.

[...] Voorts stelt verzoekende partij dat de bestreden beslissing in strijd zou zijn met het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel omdat verwerende partij in voorliggend dossier een ander standpunt zou hebben ingenomen dan in een eerder gelijkaardig vergunningsdossier.

Verzoekende partij verwijst ter zake naar een ministerieel besluit van 25 februari 2016, waarbij verwerende partij zou geoordeeld hebben dat een woning, die in de dichte omgeving lag van een aangevraagde windturbine, diende beschouwd te worden als eigen aan de inrichting, zodat niet vereist was dat rekening diende gehouden te worden met deze woning in de geluidsstudie.

Het standpunt van verzoekende partij kan niet worden bijgetreden door verwerende partij.

Allereerst dient verwerende partij te constateren dat verzoekende partij het ministerieel besluit, dat beweerdelijk zou betrekking hebben op een gelijkaardige situatie, niet voorlegt als stuk in onderhavige procedure. Er dient bijgevolg alle voorbehoud omtrent gemaakt te worden.

Daarnaast moet benadrukt worden dat elke vergunningsaanvraag afzonderlijk, en in haar geheel - rekening houdende met alle bijzonderheden ter zake - dient beoordeeld te worden door de vergunningverlenende overheid, die over een discretionaire bevoegdheid beschikt.

Het vertrouwensbeginsel vereist enkel dat de vergunningverlenende overheid bij het nemen van een bepaald besluit de rechtmatige verwachtingen omtrent dit besluit, die aan een eerdere handelingssituatie ontleend mogen worden, honoreert. Het gewekte vertrouwen dient eenzelfde bestuurshandeling te betreffen. Met andere woorden, enkel indien verwerende partij met betrekking tot het specifieke project aan de Ter Looverendreef in Zelzate bepaalde verwachtingen zou gecreëerd hebben bij verzoekende partij, zou deze laatste op nuttige wijze het

vertrouwensbeginsel kunnen inroepen.

Verwerende partij heeft evenwel nooit dergelijke rechtmatige verwachtingen geschapen bij verzoekende partij omtrent het project aan de Ter Looverendreef te Zelzate, minstens wordt zulks niet aangetoond door verzoekende partij. De loutere verwijzing naar een ander dossier kan niet tot andere inzichten leiden”.

14. De tussenkomen de partij laat in de eerste plaats gelden dat de vermeende schending van de omzendbrief RO/2014/02, die geen verordenend karakter heeft, niet kan leiden tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing.

Met betrekking tot het eerste middelonderdeel merkt zij op dat de door de verzoekende partij voorgestane lezing van artikel 5.20.6.4.2 van Vlarem II niet strookt met de doelstellingen van de decreetgever, die erop gericht zijn om negatieve milieu- en veiligheidsinvloeden van menselijke bedrijvigheid te allen tijde te voorkomen of te beperken. Deze doelstellingen worden volledig uitgehold indien de bepalingen die beperkingen opleggen zouden kunnen worden geneutraliseerd door private overeenkomsten. Ook de Vlaamse regering heeft nooit de bedoeling gehad om (tijdelijk) niet bewoonde gebouwen, die weldegelijk bestemd zijn om te worden bewoond, niet mee te nemen bij de beoordeling van de overeenstemming van de aangevraagde hinderlijke inrichtingen met de sectorale milieuvoorwaarden. De verwerende partij heeft dan ook terecht geoordeeld dat de bestaande hoeve bij de beoordeling van de vergunningsaanvraag diende te worden betrokken, zodat toekomstige bewoners niet zouden worden blootgesteld aan milieuhinder. Het door de verzoekende partij ingenomen standpunt is onverenigbaar met het in artikel 23, derde lid, 4°, van de Grondwet vervatte recht op bescherming van een gezond leefmilieu. Artikel 5.20.6.4.2 van Vlarem II kan slechts in die zin worden uitgelegd dat de vastgestelde geluidsnormen ook gelden in de nabijheid van de dichtstbijzijnde woning die tijdelijk niet bewoond is, maar in de toekomst nog bewoond kan worden. Daarenboven is de hoeve een kwestie een “beschermd monument” in de zin van artikel 2.1, 16°, van het decreet van 12 juli 2013 ‘betreffende het onroerend erfgoed’, waardoor op de houders van de zakelijke rechten de verplichting rust om de hoeve in goede staat te behouden en om de nodige instandhoudings-, beveiligings-, beheers-, herstellings- en onderhoudswerken uit te voeren.

Met betrekking tot het tweede middelonderdeel wijst de tussenkomende partij erop dat de hoeve “Goed Ter Looveren” wel degelijk als het “dichtstbijzijnde bewoonde gebouw” dient te worden beschouwd in de zin van artikel 5.20.6.4.2 van Vlarem II. In de eerste plaats wordt het bestaan van een opstalovereenkomst niet aangetoond. Zelfs indien een dergelijke overeenkomst zou bestaan, kan er geen rekening mee worden gehouden. Het milieuhygiënerecht is immers van openbare orde, minstens van dwingend recht, zodat de algemene en de sectorale milieuvoorwaarden niet bij overeenkomst buiten werking kunnen worden gesteld. In elk geval moet worden vastgesteld dat het gebouw door een opstalovereenkomst niet als eigen aan de inrichting kan worden beschouwd, aangezien het niet wordt ingeschakeld in de exploitatie en niet zal worden bewoond door de exploitanten. In dit verband verwijst de tussenkomende partij naar het begrip “exploitantenwoning” in artikel 11 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 ‘betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en gewestplannen’ (hierna: inrichtingsbesluit). Van een “exploitantenwoning” is slechts sprake indien het gaat om een woning die de exploitanten zelf (zullen) bewonen en die bovendien integrerend deel uitmaakt van het (leefbaar) bedrijf. De hoeve zou aldus slechts als gebouw eigen aan de inrichting in aanmerking kunnen worden genomen, indien zij effectief bewoond zou worden door de exploitanten van het aangevraagde project, wat niet het geval is. Zelfs al zou de hoeve niet als het “dichtstbijzijnde bewoonde gebouw vreemd aan de inrichting” in de zin van artikel 5.20.6.4.2 van Vlarem II kunnen worden beschouwd, dan nog was de verwerende partij in het kader van haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid verplicht om de aanvraag concreet te toetsen en de hinder en de risico’s voor de mens en het leefmilieu te onderzoeken. De verwerende partij kon aldus wettig oordelen dat een onderzoek had moeten gebeuren naar de geluids- en slagschaduw hinder op de locatie van het Goed “Hoeve Ter Looveren”.

Uit wat voorafgaat volgt dat de verwerende partij artikel 5.20.6.4.2 van Vlarem II correct heeft toegepast. De verzoekende partij kan dan ook niet dienstig de schending van het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht inroepen. Deze

beginselen kunnen namelijk niet *contra legem* worden ingeroepen. Met betrekking tot de aangevoerde schending van de materiële motiveringsplicht stelt de tussenkommende partij vast dat het feit dat onvoldoende motieven in de bestreden beslissing zouden zijn opgenomen, geen schending van de materiële motiveringsverplichting kan opleveren. De verzoekende partij toont voorts niet aan dat de verwerende partij zich op feiten zou hebben gesteund, waarvan het bestaan niet naar behoren bewezen is en die in rechte niet ter verantwoording van de bestreden beslissing mogen worden gebruikt.

Met betrekking tot het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel merkt de tussenkommende partij nog op dat deze beginselen er niet aan in de weg staan dat het standpunt van de overheid in de tijd kan evolueren. Evenmin kan worden ingezien waarom er sprake zou kunnen zijn van een schending van het redelijkheidsbeginsel, te meer omdat de geldende regelgeving louter werd toegepast.

15. In de memorie van wederantwoord dupliceert de verzoekende partij het volgende:

“A. Betreffende het eerste middelonderdeel
[...] Wat het eerste middelonderdeel betreft, kan verzoekende partij enkel vaststellen dat het verweer van de verwerende partij en de tussenkommende partij ingaat tegen de uitdrukkelijke bewoordingen van artikel 5.20.6.4.2 Vlare II. Deze bepaling stelt immers klaar en duidelijk dat de richtwaarden moeten worden gehaald in de nabijheid van het dichtstbijzijnde bewoonde gebouw. *In casu* wordt niet ontkend dat de gebouwen van het goed Ter Looveren niet bewoond en bovendien ook niet bewoonbaar zijn. Het standpunt van de tussenkommende partij dat de tekst van artikel 5.20.6.4.2 Vlare II op een andere wijze zou moeten worden geïnterpreteerd omdat dit duidelijk de bedoeling zou zijn geweest van de regelgever, of zelfs omdat dit vereist zou zijn om tot een grondwettige uitlegging van artikel 5.20.6.4.2 Vlare II te komen, mist bijgevolg elke grondslag. Interpretatie is slechts aan de orde indien er ruimte is voor interpretatie. *In casu* is vast te stellen dat de tekst van artikel 5.20.6.4.2 Vlare II duidelijk is en geen interpretatie behoeft. Uw Raad stelde in dit kader in het arrest RvS, nr. 238.785 van 7 juli 2017, Hulpverleningszone Taxandria, dat onlogische of zelfs absurde gevolgen ‘niet kunnen opwegen tegen een duidelijke tekst en dat het loutere gegeven dat een tekstuele versie van een bepaling onlogisch of gebrekkig is, geen verantwoording vormt om die bepaling eigenhandig te verbeteren en de leemten ervan aan te vullen’.

Ook *in casu* is bijgevolg in overeenstemming met het hogervermelde arrest Hulpverleningszone Taxandria vast te stellen dat de duidelijke tekst van artikel 5.20.6.4.2. Vlarem II geen interpretatie behoeft.

Ook de verwerende partij lijkt ten onrechte aan te nemen dat elk gebouw dat potentieel bewoonbaar is, moet worden beschouwd als een ‘bewoond gebouw’ in de zin van artikel 5.20.6.4.2 Vlarem II. Ook die interpretatie gaat integen de duidelijke tekst van artikel 5.20.6.4.2 Vlarem II.

[...] Het voorgaande geldt des te meer aangezien deze lezing van artikel 5.20.6.4.2 Vlarem II wordt bevestigd in Omzendbrief RO/2014/02 betreffende het afwegingskader en randvoorwaarden voor de oprichting van windturbines [...].

De vaststelling door de tussenkomende partij dat een omzendbrief geen bindend karakter heeft, doet daaraan geen afbreuk. De verzoekende partij voert immers niet de schending aan van bedoelde omzendbrief.

[...] Voorts herhaalt de verzoekende partij dat uit de onderstaande foto’s duidelijk blijkt dat Hoeve Goed ‘Ter Looveren’ niet bewoond is en evenmin bewoonbaar is:

[...]

Dit wordt ook zo bevestigd in de bestreden beslissing [...]:

‘[...] dat de woongebouwen van de hoeve momenteel niet worden bewoond maar dat de gebouwen niet op de verkrottingslijst staan en in principe mits enige investering nog bewoond kunnen worden;’ [...]

Er dient bijgevolg te worden vastgesteld dat Goed ‘Ter Looveren’ niet wordt bewoond, zodat overeenkomstig de duidelijke tekst van artikel 5.20.6.4.2 VLAREM II, deze bepaling geen toepassing vindt.

In de mate dat verwerende partij de niet-opname van de woning op de verkrottingslijst en/of de potentiële bewoonbaarheid van de woning mits (aanzienlijke) investering in rekening neemt voor het bepalen of Hoeve Goed ‘Ter Looveren’ bewoond is, moet worden gesteld dat de opname op de verkrottingslijst geen voorwaarde is om te oordelen of een gebouw al dan niet bewoond is en evenmin of een gebouw bewoonbaar is. Ook op dit punt miskent de verwerende partij de toepasselijke regelgeving. Ook de vraag of Hoeve Goed ‘Ter Looveren’ in de toekomst nog bewoond kan worden, hetgeen zonder aanzienlijke aanpassingen duidelijk niet mogelijk is, is bijgevolg niet relevant.

Er moet worden vastgesteld dat verwerende partij er dus niet in slaagt om aan te tonen dat Hoeve Goed ‘Ter Looveren’ op heden bewoond zou zijn, zodat moet worden geconcludeerd dat artikel 5.20.6.4.2 van VLAREM II ten onrechte toepasbaar werd geacht.

[...] Tussenkomende partij stelt verder dat het actiefbehoudsbeginsel, dat van toepassing is op een beschermd goed zoals Hoeve Goed ‘Ter Looveren’, erin zou bestaan dat het goed in goede staat moet worden behouden door de nodige instandhoudings-, beveiligings-, beheers-, herstellings- en onderhoudswerken. Tussenkomende partij is van mening dat Goed ‘Ter Looveren’ niet in goede staat zou zijn gehouden en dat dit de onbewoonbaarheid van de Hoeve in de hand zou hebben gewerkt.

Het valt echter niet in te zien op welke wijze dit argument relevant zou zijn voor de beoordeling van de vergunningsaanvraag voor het exploiteren van een windturbinepark met twee windturbines. Ook dit verandert immers niets aan de duidelijke tekst van artikel 5.20.6.4.2 Vlarem II.

[...] In de mate dat tussenkomende partij aanvoert dat verzoekende partij een niet-grondwetsconforme interpretatie zou geven aan artikel 5.20.6.4.2 van VLAREM II, moet worden opgemerkt dat tussenkomende partij deze gehele redenering opbouwt aan de hand van de veronderstelling dat Hoeve Goed 'Ter Looveren' bewoond zou zijn dan wel in de toekomst bewoond zou worden.

Niets is echter minder waar. Hoeve Goed 'Ter Looveren' is momenteel niet bewoond en evenmin bewoonbaar. De sectorale voorwaarden opgenomen in artikel 5.20.6.4.2 van VLAREM II gelden dus niet ten aanzien van Hoeve Goed 'Ter Looveren'. Bijgevolg valt niet in te zien waarom artikel 23 van de Grondwet *in casu* relevant zou zijn. Deze bepaling zou immers enkel van toepassing kunnen zijn indien er sprake zou zijn van bewoning, *quod non*. Er valt niet in te zien op welke wijze de rechtspraak waarnaar de tussenkomende partij verwijst, *in casu* relevant zou kunnen zijn.

Er dient bijgevolg besloten te worden dat Hoeve Goed 'Ter Looveren' niet kan worden beschouwd als een bewoond gebouw in de zin van artikel 5.20.6.4.2 van VLAREM II. Goed 'Ter Looveren' bevindt zich in een absoluut onbewoonbare toestand, die alleen kan worden verholpen door de grondige wederopbouw ervan.

[...] Rekening houdend met het feit dat het goed onbewoond en onbewoonbaar is, valt evenmin in te zien waarom er sprake zou zijn van een slagschaduwgevoelig element. In de mate dat dit wordt aangevoerd en uitgewerkt in de memorie van de verwerende partij is trouwens hoe dan ook vast te stellen dat het gaat om een *a posteriori* motivering die de onwettigheid van de bestreden beslissing niet kan remediëren.

[...]

B. Betreffende het tweede middelonderdeel

[...] Uit de voorliggende opstalovereenkomst [...] blijkt hoe dan ook dat Hoeve Goed 'Ter Looveren' als een gebouw eigen aan de aangevraagde inrichting moet worden beschouwd, zodat ook hierdoor geen rekening moest worden gehouden met Hoeve Goed 'Ter Looveren' bij de opmaak van de geluids- en slagschaduwstudie.

Artikel 5.20.6.4.2 van VLAREM II voorziet immers in een dubbele voorwaarde: het moet gaan om een bewoond gebouw [...] en het moet gaan om een gebouw dat vreemd is aan de inrichting.

Ook aan deze tweede voorwaarde is niet voldaan.

[...] Uit de voorliggende opstalovereenkomst blijkt vooreerst dat BVBA Ter Looveren, de heer de Bethune Jean Baptiste Emmanuel Félix Pierre Marie, Baron, en zijn echtgenote mevrouw Drieskens Anne-Marie Michel Lucia Hubert (hierna 'opstalgevers') een opstalrecht verlenen voor de inplanting van de windturbines op hun eigendom.

Uit de opstalovereenkomst blijkt ontegensprekelijk dat de opstalgevers zowel eigenaar zijn van de gronden waarop de windturbines gebouwd zullen worden als van Hoeve Goed 'Ter Looveren' die in de onmiddellijke omgeving van de windturbines gelegen is. Er wordt specifiek een erfdienstbaarheid verleend die toelaat de molenwieken te laten draaien boven Hoeve Goed 'Ter Looveren'. Verder is er ook wiekoverdraai op de overige percelen.

Gevolg hiervan is dat voornoemde opstalgevers aldus uitdrukkelijk akkoord gaan met de inplanting van de windturbines en aanhorigheden op

hun eigendom. Meer nog, de opstalgevers erkennen uitdrukkelijk de aanwezigheid van de windturbines in de onmiddellijke nabijheid van Hoeve Goed 'Ter Looveren'. Hiervoor wordt voorzien in een vergoeding. Bijgevolg is vast te stellen dat de voornoemde opstalgevers ontegensprekelijk participeren in de aangevraagde inrichting.

Aldus maken de goederen/gebouwen, onderhevig aan het verleende opstalrecht en de verleende erfdienstbaarheden, deel uit van de aangevraagde inrichting. Hieruit volgt dat diezelfde goederen/gebouwen moeten worden beschouwd als goederen/gebouwen eigen aan de inrichting. Hier anders over oordelen zou een inbreuk op het eigendomsrecht betekenen.

Het is immers de vrije keuze van de eigenaars om een opstalrecht toe te kennen voor de inplanting van de aangevraagde windturbines, ook als dat bewoning van het goed onmogelijk zou maken. Verzoekende partij is immers geen regelgeving bekend die eigenaars van een woning verbiedt om andere activiteiten toe te laten die de bewoning van die woning *de facto* onmogelijk zou maken.

[...] In de mate dat tussenkomende partij stelt dat enkel een exploitantenwoning deel zou kunnen uitmaken van een ingedeelde inrichting of activiteit, moet worden gesteld dat dit standpunt geen steun vindt in de regelgeving of de rechtspraak en evenmin in de praktijk van de verwerende partij.

De exploitantenwoning waarnaar tussenkomende partij verwijst, betreft immers de woning die toelaat de exploitant in de onmiddellijke omgeving van zijn landbouwbedrijf te laten wonen^[...], hetgeen *in casu* niet aan de orde is.

Tussenkomende partij verwijst hiervoor naar het arrest van uw Raad met nr. 206.073 van 29 juni 2010 waarin de situatie voorlag dat de eigenaar van een windturbine een stedenbouwkundige vergunningsaanvraag had ingediend voor het oprichten van een molenaarswoning in agrarisch gebied. *In casu* rees er een discussie of het feit dat niet met zekerheid vaststond dat de aangevraagde woning effectief een exploitantenwoning zou betreffen die in agrarisch gebied kon worden thuisgebracht. *In casu* lagen onvoldoende elementen voor waaruit dit zou blijken.^[...]

Anders dan tussenkomende partij beweert, moet worden aangenomen dat een reeds bestaand gebouw kan participeren in de inrichting ingevolge van het afsluiten van een opstalovereenkomst.

[...] Het feit dat deze goederen/gebouwen eigen zijn aan de inrichting brengt met zich mee dat er bij de opmaak van de geluidsstudie geen rekening moet worden gehouden met de geluidsimpact op deze goederen/gebouwen, waarbij in het bijzonder wordt verwezen naar de Hoeve Goed 'Ter Looveren'.

Dit volgt uit artikel 5.20.6.4.2 van VLAREM II, waaruit blijkt dat de sectorale voorwaarden inzake geluid slechts gelden ten aanzien van bewoonde gebouwen vreemd aan de inrichting.

Zoals hierboven uitvoerig is aangetoond, is Hoeve Goed 'Ter Looveren' geen gebouw vreemd aan de inrichting. Integendeel vindt over de percelen waarop Goed 'Ter Looveren' gelegen is wiekoverslag plaats, waardoor de participatie van deze percelen nodig is voor de exploitatie van de windturbines. Er moet dan ook worden vastgesteld dat Hoeve Goed 'Ter

Looveren' eigen is aan de aangevraagde exploitatie.

Tussenkomen de partij verwijst bijkomend naar het arrest nr. 226.898 van uw Raad van 27 maart 2014.^[...] Uit dit arrest kan evenwel niet worden afgeleid wat tussenkomen de partij er uit wenst af te leiden. Uw Raad deed in dit arrest immers geen uitspraak over het al dan niet vreemd zijn van de woningen, maar stelde enkel vast dat er sprake was van een gebrekkige motivering.

[...] Uit het eerste middelonderdeel is reeds gebleken dat Hoeve Goed 'Ter Looveren' onbewoond en onbewoonbaar is. Verder is gebleken dat Hoeve Goed 'Ter Looveren' moet worden beschouwd als een gebouw eigen aan de inrichting, gelet op de voorliggende opstalovereenkomst.

Bijgevolg moet worden geconcludeerd dat Hoeve Goed 'Ter Looveren' niet mee moest worden opgenomen in de geluidsstudie aangezien de toepassingswaarden uit artikel 5.20.6.4.2 van VLAREM II *in casu* niet zijn voldaan.

[...] Hierbij moet worden opgemerkt dat eenzelfde redenering opgaat voor de slagschaduwstudie en slagschaduwhinder. Overeenkomstig de geldende bepalingen moet er rekening worden gehouden met het maximaal aantal uren slagschaduw ten aanzien van relevante slagschaduwgevoelige objecten.

In casu moet worden vastgesteld dat Hoeve Goed 'Ter Looveren' geen relevant slagschaduwgevoel object uitmaakt ten aanzien de inplanting van de windturbines, aangezien Goed 'Ter Looveren' deel uitmaakt van de inrichting.

[...] In de mate dat verwerende partij in de bestreden beslissing stelt dat 'bijgevolg niet kan worden onderzocht of ter hoogte van deze woningen wordt voldaan aan de sectorale voorwaarden voor windturbines', moet worden vastgesteld dat verwerende partij onzorgvuldig heeft gehandeld aangezien duidelijk blijkt dat de toepassingsvoorwaarden van artikel 5.20.6.4.2 van VLAREM II niet zijn voldaan. Er is met name geen sprake van een bewoonde woning noch van een woning die vreemd is aan de aangevraagde inrichting.

Ten aanzien van Hoeve Goed 'Ter Looveren' moet dan ook niet worden nagegaan of de sectorale voorwaarden inzake geluids- en slagschaduwhinder tot een aanvaardbaar niveau beperkt blijven. De bestreden beslissing die de vergunning weigert omdat die toetsing volgens haar ten onrechte niet werd uitgevoerd, schendt de aangevoerde bepalingen.

[...] In de mate dat tussenkomen de partij stelt dat er hierdoor afstand zou worden gedaan van de bescherming zoals voorzien in de VLAREM II-wetgeving, moet worden vastgesteld dat de VLAREM II-wetgeving zelf voorziet in de mogelijkheid tot het aanvragen van een afwijking die maken dat bepaalde gebouwen niet onder de toepassing hiervan vallen.

Hieruit volgt dat er wel degelijk akkoord kon worden gegaan dat afgeweken wordt van de wettelijke voorwaarden van VLAREM II.

Tussenkomen de partij verwijst naar arrest nr. 193.593 van uw Raad van 28 mei 2009 en citeert *in casu* louter het standpunt van tussenkomen de partij dat de aldaar afgeleverde milieuvergunning in strijd zou zijn met de wetgeving op de ruimtelijke ordening, op het natuurbehoud en inzake

milieuhygiëne waarvan zij meende dat die van openbare orde was. Uw Raad heeft evenwel geen uitspraak gedaan over het al dan niet openbare orde-karakter doch enkel en alleen de tussenkomst ontvankelijk verklaard.^[...]

Hierbij wordt opnieuw verwezen naar artikel 5.20.6.4.2 van VLAREM II waaruit blijkt dat geen rekening moet worden gehouden met een onbewoond gebouw dat eigen is aan de inrichting.

[...] Het voorgaande klemte des te meer aangezien de verwerende partij in een gelijkaardige situatie heeft geoordeeld dat een woning die participeert aan het project, moet worden beschouwd als een woning eigen aan de inrichting. Verwerende partij oordeelde dat de effecten ten aanzien van deze woning niet mee moesten worden opgenomen in de geluidstudie. Op 25 februari 2016 oordeelde verwerende partij dat er terecht geen rekening werd gehouden met de woning eigen aan de inrichting [...]:

‘Overwegende dat 28 beoordelingspunten zijn weerhouden in de geluidsstudie; dat de woning gelegen op 125 m van WT01 niet is meegenomen in de geluidsstudie zodat de geluidsimpact ter hoogte van deze woning niet kan worden geëvalueerd; dat deze woning eigendom is van de eigenaars van de percelen waarop de windturbines zullen worden gebouwd; dat de eigenaar van deze woning rechtstreeks betrokken is bij het project; dat de eigenaar participeert in de exploitatie en de windturbine samen met Eneco Wind Belgium zal exploiteren; dat zij ook opstalrechten en gebruiksrechten heeft verleend op haar percelen; [...]’

In deze zaak werden net als in het voorliggende geval ook opstalrechten en gebruiksrechten verleend aan de exploitant van de windturbines.

In casu is er sprake van een identieke situatie.

Verwerende partij kan nu niet plots het geweer van schouder veranderen over een algemeen aanvaarde opvatting louter en alleen omdat de voorliggende aanvraag een impact zou hebben op het beleid van tussenkomende partij waar de toenmalige minister van Omgeving, Natuur en Landbouw in de gemeenteraad zetelde [...].

Voorts moet worden vastgesteld dat de gerechtvaardigde verwachting werd gecreëerd dat hoewel de exploitant(en) geen eigendomsrechten op de desbetreffende gronden/gebouwen konden laten gelden, zij door middel van verleende opstalrechten en gebruiksrechten konden aantonen dat die gronden/gebouwen wel eigen zijn aan de inrichting en dat zij bijgevolg niet moesten worden opgenomen in de geluids- en slagschaduwstudie.

[...] Tussenkomende partij stelt tot slot dat, indien de sectorale voorwaarden met betrekking tot geluid niet van toepassing zouden zijn, verwerende partij nog steeds op basis van haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid verplicht was de aanvraag *in concreto* te toetsen betreffende de hinder en risico's. Zij verwijst hiervoor naar twee arresten van uw Raad.^[...] Nochtans blijkt uit de bestreden beslissing dat verwerende partij van mening was dat de aangevraagde vergunning louter moest worden geweigerd omdat Hoeve Goed 'Ter Looveren' niet was opgenomen in de geluids- en slagschaduwstudie. Zij beriep zich geenszins op haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid. Dit onderdeel van het verweer houdt bijgevolg opnieuw een *a posteriori* motivering in, die niet kan verhelpen aan de onwettigheid van het bestreden besluit.

[...]

[...] Het is de wil van de wetgever geweest om het toepassingsgebied van de VLAREM II-wetgeving met betrekking tot de windturbines en in het bijzonder met betrekking tot het geluid te beperken tot de gebouwen die bewoond zijn én bovendien vreemd zijn aan de inrichting.

Hoeve Goed 'Ter Looveren' is niet bewoond en is eigen aan de inrichting waardoor artikel 5.20.6.4.2 van VLAREM II geen toepassing vindt. Verwerende partij heeft ten onrechte geoordeeld dat voornoemd artikel wel toepassing vond".

16. In haar laatste memorie beklemtoont de verzoekende partij nog dat het middel wel degelijk mede toegespitst is op de vermeende slagschaduwproblematiek.

Beoordeling

17. De weigering van de gevraagde milieuvergunning steunt op de volgende motieven:

“Overwegende dat het aangevraagde project zich situeert in agrarisch gebied ten zuiden van de autosnelweg E34; dat volgens het aanvraagdossier de dichtstbijzijnde woning gelegen is op circa 240 m; dat echter op circa 210 m ten zuidoosten van SEWB4 (windturbine 4, x en y-coördinaten 107950/209749) en op circa 125 m ten zuidwesten van SEWB5 (windturbine 5, x en y-coördinaten 108285/209669) het beschermde monument 'Hoeve Goed ter Looveren' is gelegen; dat deze hoeve particuliere eigenaars heeft; dat de woongebouwen van de hoeve momenteel niet worden bewoond maar dat de gebouwen niet op de verkrottingslijst staan en in principe mits enige investering nog bewoond kunnen worden;

Overwegende dat de exploitant stelt dat de eigenaars van de hoeve participeren in het geplande project en door deze reden als 'eigen' aan het project wordt beschouwd; dat bijgevolg in de uitgevoerde geluids- en slagschaduwstudie geen rekening werd gehouden met de woningen binnen de 'Hoeve Goed ter Looveren';

Overwegende dat de exploitant geen eigenaar is van het 'Goed ter Looveren'; dat de VLAREM-wetgeving ernaar streeft om derden en het milieu te beschermen tegen onaanvaardbare hinder en risico's; dat de vergunningverlenende overheid bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van de hinder geen rekening kan houden met eventuele overeenkomsten tussen exploitanten en derden waarbij men afstand zou doen van bovenbeschreven bescherming (bepalingen van openbare orde en dwingend recht); dat de partijen bij overeenkomst niet kunnen afwijken van de bij de wet voorziene bepalingen die van dwingend recht zijn; dat de sectorale voorwaarden van titel II van het VLAREM ook bij deze woningen moeten gerespecteerd worden;

Overwegende dat door het ontbreken van de dichtstbijzijnde woningen (Goed ter Looveren) in de geluids- en slagschaduwstudie geen beoordeling van de hinder ter hoogte van deze woningen mogelijk is; dat bijgevolg niet kan worden onderzocht of ter hoogte van deze woningen wordt voldaan aan de sectorale voorwaarden voor windturbines; dat bijgevolg niet kan worden geconcludeerd dat de geluids- en slagschaduwhinder tot een aanvaardbaar niveau kan worden beperkt;

Overwegende dat uit gelijkaardige dossiers blijkt dat een sterke geluidsreductie noodzakelijk zal zijn ter hoogte van deze woningen en dat er ook vergaande maatregelen nodig zijn om te voldoen aan de slagschaduwnorm ter hoogte van deze woningen;

[...]

Overwegende dat door het ontbreken van de dichtstbijzijnde woningen in de geluids- en slagschaduwstudie geen beoordeling van de hinder ter hoogte van deze woningen mogelijk is; dat bijgevolg niet kan worden geconcludeerd dat de hinder en de effecten op mens en milieu en de risico's voor de externe veiligheid, veroorzaakt door de aangevraagde inrichting, tot een aanvaardbaar niveau kunnen worden beperkt”.

18. In essentie komt de in de bestreden beslissing opgegeven motivering erop neer dat in de bij de aanvraag gevoegde geluids- en slagschaduwstudie geen rekening is gehouden met de hoeve “Goed ter Looveren” als dichtstbijzijnde woning en dat bijgevolg niet kan worden onderzocht of ter hoogte van deze woning “wordt voldaan aan de sectorale voorwaarden voor windturbines”.

Aldus strekt het weigeringsmotief zich uit tot alle sectorale milieuvoorwaarden van Vlarem II die gelden voor windturbines en is het dus niet beperkt tot de in artikel 5.20.6.4.2 van Vlarem II vermelde voorwaarde die enkel betrekking heeft op de na te leven geluidsnormen en die in de bestreden beslissing overigens niet expliciet wordt aangehaald. Bovendien wordt in de bestreden beslissing gesteld dat “niet kan worden geconcludeerd dat de geluids- en slagschaduwhinder tot een aanvaardbaar niveau kan worden beperkt”, hetgeen erop wijst dat de verwerende partij, los van het al dan niet bewoond karakter van de hoeve “Goed ter Looveren”, van oordeel was dat het aanvraagdossier onvoldoende gegevens bevatte om de milieu-effecten van de inrichting afdoende te beoordelen.

19. Het middel dat uitgaat van een partiële lezing van het weigeringsmotief kan niet tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing

leiden.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

20. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van het onpartijdigheidsbeginsel en minstens van “de schijn van onpartijdigheid en het fair-play beginsel”:

“DOORDAT de Vlaamse Minister van Omgeving, Natuur en Landbouw zetelt als gemeenteraadslid van de gemeente Evergem;

DOORDAT de gemeente Evergem administratief beroep heeft ingesteld tegen het besluit van de Deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen van 12 oktober 2017 houdende de verlening van de milieuvergunning voor onderhavig project van verzoekende partij en Storm 29 bvba;

DOORDAT de bestreden beslissing, waarbij de milieuvergunning in laatste administratieve aanleg wordt geweigerd, uitgaat van diezelfde Vlaamse Minister van Omgeving, Natuur en Landbouw die verwerende partij vertegenwoordigd.

TERWIJL een bestuursorgaan niet op zodanige wijze betrokken mag zijn bij een te nemen besluit dat zijn/haar onafhankelijkheid hierdoor in het gedrang komt;

ZODAT er op zijn minst sprake is van een schijn partijdigheid in hoofde van verwerende partij;

ZODAT de bestreden beslissing genomen is in strijd met het onpartijdigheidsbeginsel”.

Het middel wordt als volgt toegelicht:

“[...] Het beginsel van de onpartijdigheid kan in het gedrang komen ingeval alleen al een schijn van partijdigheid wordt gewekt. Uw Raad is van oordeel dat dit beginsel tot doel heeft ook de schijn van partijdigheid te weren en dat de faam van het bestuur tegenover de gemeenschap als geheel moet worden opgehouden, waardoor de objectieve onpartijdigheid de openbare orde raakt.

Het volstaat dat diegenen die onpartijdig moeten optreden naar buiten een schijn van partijdigheid hebben verwekt, met andere woorden door hun gedragingen een gewettigde twijfel hebben doen ontstaan over hun geschiktheid om de zaak van de betrokkene op een onpartijdige wijze te behandelen.

[...] Op 22 februari 2017 dienden verzoekende partij en Storm 29 bvba een milieuvergunningsaanvraag in [...].

Op 28 oktober 2017 werd een stedenbouwkundige vergunning verleend

door de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar [...]. Op 12 oktober 2017 werd een milieuvergunning verleend door de Deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen [...].

De gemeente Evergem heeft administratief beroep ingediend tegen de verleende milieuvergunning van 12 oktober 2017 bij de Vlaams Minister voor Omgeving, Natuur en Landbouw.

De Vlaamse Minister voor Omgeving, Natuur en Landbouw zetelt als gemeenteraadslid van de gemeente Evergem.

Verwerende partij weigerde op 19 april 2018 de milieuvergunning te verlenen louter op grond van het argument dat het goed Ter Looveren niet als een onbewoond gebouw eigen aan de inrichting zou mogen worden beschouwd en er niet bij overeenkomst zou mogen worden afgeweken van de sectorale voorwaarden zoals bepaald in artikel 5.20.6.4.2 VLAREM II.

De procedure is minstens behept met een schijn van partijdigheid in hoofde van verwerende partij aangezien de weigeringsbeslissing van de Vlaamse Minister voor Omgeving, Natuur en Landbouw Joke Schauvliege duidelijk ingegeven is vanuit haar persoonlijke belangen als inwoner van én gemeenteraadslid in de gemeente Evergem die trouwens zelf ook administratief beroep heeft ingesteld tegen de verleende milieuvergunning met het oog op het weigeren van de milieuvergunning in graad van administratief beroep.

Dit geldt des te meer nu blijkt dat de bestreden beslissing ingaat tegen eerdere beslissingen van diezelfde Vlaamse Minister voor Omgeving, Natuur en Landbouw Joke Schauvliege waarin zij van oordeel was dat in een soortgelijk dossier er wel sprake was van een onbewoond gebouw eigen aan de inrichting en wel bij overeenkomst kon worden afgeweken van de sectorale voorwaarden zoals bepaald in artikel 5.20.6.4.2 VLAREM II [...].

Verwerende partij kan nu niet plots het geweer van schouder veranderen omdat haar eigen gemeente administratief beroep heeft ingesteld.

Hieruit blijkt des te meer dat verwerende partij op arbitraire reden heeft besloten tot de weigering van de milieuvergunning en dat verwerende partij heeft gehandeld in strijd met het onpartijdigheidsbeginsel”.

21. De verwerende partij antwoordt:

“[...] In eerste instantie dient benadrukt te worden dat de beslissing om administratief beroep aan te tekenen tegen de verleende milieuvergunning in eerste administratieve aanleg genomen werd door het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Evergem en niet door de gemeenteraad.

[...] Ten tweede dient verzoekende partij, wil zij de schending van de onpartijdigheid aannemelijk maken, deze aantonen op basis van de concrete, feitelijke elementen van de zaak. De door verzoekende partij aangehaalde loutere ‘samenloop van functies’ - dewelke ten andere niet samenlopen [...] - en het gebrek aan concrete en objectief gewettigde aanwijzingen kan onmogelijk leiden tot de vaststelling van een schending van het beginsel van de onpartijdigheid in hoofde van de Vlaamse minister.

[...] Tot slot gaat verzoekende partij kennelijk volledig voorbij aan

artikel 48 van het Gemeentedecreet.

Deze bepaling luidt, voor zover als relevant, als volgt:

‘De gemeenteraad neemt akte van de verhindering van de volgende personen:

1° de schepen die lid is van de federale of Vlaamse Regering of van de Europese Commissie;

[...]

3° de schepen die het mandaat uitoefent van federaal, Vlaams of Europees parlamentslid, voorzover de schepen hiertoe uitdrukkelijk verzoekt. In voorkomend geval geldt de verhindering zolang de schepen het mandaat van federaal, Vlaams of Europees parlamentslid uitoefent;’

Mevrouw Joke Schauvliege was zodoende als schepen wettelijk verhinderd overeenkomstig artikel 48 van het Gemeentedecreet. Zij was zodoende niet aanwezig bij de beraadslagingen en de stemmingen van het college van burgemeester en schepen.

Van enige partijdigheid, evenmin als een schijn van partijdigheid kan dan ook geen sprake zijn”.

22. De tussenkomende partij werpt op dat een schending van het onpartijdigheidsbeginsel niet op ontvankelijke wijze voor de Raad van State kan worden aangevoerd als de rechtszoekende in de voorafgaande administratieve procedure heeft nagelaten dergelijke kritiek te uiten.

Met betrekking tot de grond van de zaak wijst de tussenkomende partij erop dat het vermeende partijdig optreden niet wordt bewezen. Voorts kan niet worden ingezien waarom de hoedanigheid van gemeenteraadslid relevant zou zijn, aangezien niet de gemeenteraad maar wel het college van burgemeester en schepenen het beroep heeft ingesteld. Evenmin wordt aangetoond dat de minister een persoonlijk belang bij de zaak zou hebben. Ten slotte kan men niet om de vaststelling heen dat de betrokken minister in de regelgeving als beroepsinstantie wordt aangeduid.

23. In haar memorie van wederantwoord zet de verzoekende partij nog het volgende uiteen:

“Met betrekking tot de schending van het partijdigheidsbeginsel volstaat het aan te tonen dat diegenen die onpartijdig moeten optreden naar buiten toch een schijn van onpartijdigheid hebben opgewekt, hoe miniem ook. Het volstaat dat door bepaalde gedragingen een gewettigde twijfel is ontstaan over de geschiktheid van de betrokkene om de zaak op onpartijdige wijze te behandelen.

Dat is *in casu* het geval nu verwerende partij vertegenwoordigd werd door de toenmalige Vlaamse minister van Omgeving, Natuur en Landbouw, die eveneens zetelde als gemeenteraadslid van de gemeente Evergem, dewelke op haar beurt tussenkomt in huidige vernietigingsprocedure om de wettigheid van de bestreden beslissing te ondersteunen.

Het voorgaande klemmt des te meer aangezien in de bestreden beslissing wordt afgeweken van de vaste beleidslijn van de verwerende partij waarbij woningen die participeren aan een windturbineproject, worden beschouwd als woningen eigen aan het project waarop de geluids- en slagscheduwnormen niet van toepassing zijn.

[...] Zoals bij de uiteenzetting van het eerste middel reeds is gebleken, moet worden vastgesteld dat verwerende partij de aangevraagde milieuvergunning louter en alleen weigert doordat er in de geluids- en slagschaduwstudie geen rekening werd gehouden met Hoeve Goed 'Ter Looveren' terwijl duidelijk blijkt dat het ontbreken daarvan geen schending uitmaakt van de aangehaalde artikelen.

Er kan in die omstandigheden niet anders besloten worden dan dat de weigeringsbeslissing van de toenmalig Vlaamse Minister van Omgeving, Natuur en Landbouw duidelijk is ingegeven vanuit haar persoonlijk belang als gemeenteraadslid van de gemeente Evergem. Hierbij moet worden opgemerkt dat de gemeente Evergem bovendien administratief beroep heeft ingesteld tegen de verleende milieuvergunning in eerste administratieve aanleg, met het oog op het bekomen van een weigeringsbeslissing teneinde de exploitatie van de aangevraagde windturbines tegen te gaan.

Een logische verklaring voor de bestreden beslissing is echter niet te vinden, te meer nu de Vlaamse Minister van Omgeving, Natuur en Landbouw in een eerdere zeer gelijkaardige situatie heeft geoordeeld dat de aldaar betrokken woning wél deel uitmaakte van de inrichting en bijgevolg niet moest worden opgenomen in de geluidsstudie. Het enige verschil dat voorligt is evenwel de locatie. Toenmalig Minister Schauvliege verleende wel een milieuvergunning voor een project in Melle, maar niet voor een zéér gelijkaardig project in Evergem/Zelzate.

Deze werkwijze verbaast de verzoekende partij ten zeerste aangezien de feiten en gegevens met betrekking tot de opstalrechten en gebruiksrechten voor het project te Melle quasi-identiek zijn aan die van het *in casu* voorliggende project [...].

[...] In de mate dat verwerende partij aanvoert dat het college van burgemeester en schepenen beslist heeft om administratief beroep in te stellen tegen de in eerste administratieve aanleg verleende milieuvergunning en dat Minister Schauvliege niet aanwezig was bij deze beraadslagingen en stemmingen, moet worden vastgesteld dat hiervan geen bewijs wordt voorgelegd.

[...] Teneinde elke schijn van partijdigheid uit te sluiten, had de Vlaamse Minister van Omgeving, Natuur en Landbouw zich *in casu* moeten laten vervangen door een ander lid van de Vlaamse Regering.

Verzoekende partij kan dan ook niet anders dan vaststellen dat verwerende partij op arbitraire wijze heeft besloten tot de weigering van de aangevraagde milieuvergunning. Minstens is vast te stellen dat het zeer frappant is vast te stellen dat in en rond de gemeente Evergem

klaarblijkelyk een strenger beleid inzake windturbines bestaat dan in de rest van Vlaanderen”.

Beoordeling

24. Het onpartijdigheidsbeginsel houdt voor de organen van het actief bestuur in dat zij zich moeten onthouden van deelname aan een besluitvormingsproces met betrekking tot aangelegenheden waarin zij zelf een persoonlijk en rechtstreeks belang hebben. Het persoonlijk en rechtstreeks belang kan ook de vorm aannemen van een moreel belang. Van een moreel belang is sprake wanneer één of meer leden van de beslissende overheid zich reeds eerder over de aangelegenheid in kwestie een eigen mening hebben gevormd, in die mate dat zij niet meer in staat kunnen worden geacht om deze zaak in alle objectiviteit te beoordelen of ze terug te beoordelen. Dit moreel belang komt er op neer dat het betrokken lid, of zelfs het geheel van de leden van de beslissende overheid, door op zijn vroegere mening terug te komen, gezichtsverlies zou lijden, zodat voor hem - of hen - een morele onmogelijkheid bestaat om zulks te doen. Het bestaan van een moreel belang mag echter niet worden vermoed. Het komt aan de verzoekende partij toe om aan de hand van precieze feiten of concrete aanwijzingen de beweerde partijdige opstelling aan te tonen.

Betreft het een collegiaal orgaan, dan kan de aantasting van zijn onpartijdigheid maar in aanmerking worden genomen als enerzijds precieze, wettelijk vastgestelde feiten worden aangevoerd die een redelijke twijfel kunnen doen ontstaan omtrent de partijdigheid van één of meer leden van het college, en als anderzijds uit de omstandigheden van de zaak blijkt dat de partijdigheid van dit lid of deze leden het hele college heeft kunnen beïnvloeden.

De Raad van State vermag op grond van de schending van het onpartijdigheidsbeginsel een beslissing slechts vernietigen voor zover de eigen aard, meer bepaald de specifieke structuur van het bestuur de toepassing van het genoemde algemeen rechtsbeginsel niet onmogelijk maakt. De toepassing ervan mag ook de totstandkoming van regelmatige beslissingen niet verhinderen.

25. Er wordt niet betwist dat het bestuurlijk beroep tegen de in eerste aanleg genomen beslissing over de vergunningsaanvraag werd ingesteld door het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Evergem en dat

de betrokken minister geen lid was van dit collegiaal orgaan. Met het enkele feit dat de minister in dezelfde gemeente verkozen werd tot gemeenteraadslid, wordt niet aangetoond dat zij geplaagd werd door een persoonlijk en rechtstreeks belang, eventueel van puur morele aard, bij de uitkomst van de administratieve beroepsprocedure. Zulks valt nog minder aan te nemen nu uit de gegevens van de zaak blijkt dat het ongunstige advies van de Gewestelijke Milieuvergunningscommissie over de vergunningsaanvraag in de bestreden beslissing wordt bijgetreden.

26. Het tweede middel is ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkommst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van achttien april tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Carlo Adams,	kamervoorzitter,
Pierre Lefranc,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Carlo Adams