

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 136.375 van 21 oktober 2004
in de zaak A. 153.050/VII-32.364.**

In zake : 1. Geert VANDEPUTTE,
2. de gemeente MELLE,
die woonplaats kiezen bij
Advocaten I. LARMUSEAU, P. DE SMEDT en B. ROELANDTS,
kantoor houdende te GENT,
Visserij 157 A

tegen :

het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
Advocaat B. STAELENS,
kantoor houdende te BRUGGE,
Bevrijdingslaan 4, bus 1.

tussenkommende partij :

de n.v. SPE,
die woonplaats kiest bij
Advocaten C. DE WOLF en K. ROELANDT,
kantoor houdende te MAARKEDAL,
Etikhovestraat 6.

DE VOORZITTER VAN DE VIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat Geert VANDEPUTTE en de
gemeente MELLE op 23 juni 2004 hebben ingediend om de schorsing van de
tenuitvoerlegging te vorderen van :

"het besluit van 22 april 2004 van de Vlaamse Minister van Leefmilieu,
Landbouw en Ontwikkelingssamenwerking houdende uitspraak over de
beroepen aangetekend tegen de beslissing (...) van 30 oktober 2003 van de
Bestendige Deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen, houdende het
verlenen van de milieuvergunning aan de n.v. SPE, Koningsstraat 55 bus 14 te
1000 Brussel voor het exploiteren van een windturbinepark, gelegen
Proefhoevestraat 10-22, 9090 Melle";

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door Eerste Auditeur
E. LANCKSWEERDT;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 9 september 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 23 september 2004;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter M.-R. BRACKE;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat H. VAN LANDEGHEM die, loco Advocaten I. LARMUSEAU, P. DE SMEDT en B. ROELANDTS, verschijnt voor de verzoekende partijen, van Advocaat I. VANDEN BON die, loco Advocaat B. STAELENS, verschijnt voor de verwerende partij en van Advocaat K. ROELANDT, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Eerste Auditeur E. LANCKSWEERDT;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Overwegende dat de n.v. SPE, begunstigde van de bestreden milieuvergunning, met een verzoekschrift van 16 juli 2004 heeft gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat haar verzoek kan worden ingewilligd;

2. Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat :

De voorliggende zaak heeft betrekking op de exploitatie van drie windmolens op het grondgebied van de gemeente Melle in een zone die volgens het gewestplan Gentse en Kanaalzone, vastgesteld bij koninklijk besluit van 14 september 1977, is bestemd voor gemeenschaps- en openbare nutsvoorzieningen.

Voor de realisatie van haar project verkrijgt de n.v. SPE op 30 oktober 2003 een milieuvergunning van de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen. Tijdens de vergunningsprocedure die daaraan voorafging had eerste verzoeker reeds een bezwaarschrift ingediend en de gemeente Melle een negatief advies uitgebracht.

Zowel Geert VANDEPUTTE als de gemeente Melle stellen een administratief beroep in tegen de verleende vergunning;

Tijdens de beroepsprocedure worden vijf adviezen uitgebracht. Vier ervan zijn gunstig. De gezondheidsinspectie stelt dat haar advies niet vereist is, maar dat het, als er een vereist zou zijn, ongunstig zou zijn.

Op 22 april 2004 wordt de thans bestreden beslissing genomen. De beroepen worden ongegrond verklaard en de beroepen beslissing wordt bevestigd;

3. Overwegende dat krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten akte of verordening kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden akte of verordening een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

3.1. Overwegende dat de verzoekende partijen, wat de vereiste van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel betreft, volgend betoog houden :

"De tenuitvoerlegging van het bestreden besluit leidt tot een moeilijk te herstellen ernstig nadeel in hoofde van de verzoekende partijen.

V.1. MTHEN in hoofde van de eerste verzoekende partij

Naar aanleiding van de uiteenzetting van het belang werd er reeds op gewezen dat de eerste verzoekende partij ingevolge de inplanting en exploitatie van de windturbines in de omgeving van zijn eigendom, een ernstige verstoring van zijn leefklimaat zal ondergaan.

Zoals reeds aangestipt woont de eerste verzoekende partij op 400 m. van de dichtst bijgelegen windturbine en op ca. 1200 m. van de verst verwijderde turbine. Hij (zal) dagelijks geconfronteerd worden met drie molenwiekende turbines die tot 104 m in de lucht zullen reiken. Het zal het eerste zijn dat (hij) ziet wanneer hij 's morgens opstaat en het laatste wanneer hij 's avonds slapen gaat. De rotoren zullen bovendien bestendig zorgen voor bijkomend visuele pollutie.

Zowel vanuit zijn woning als van zodra hij die woning verlaat zal de eerste verzoekende partij dagdagelijks worden geconfronteerd met een blijvend zicht op voortdurend in beweging zijnde industriële installaties, die op agressieve wijze binnendringen in de visuele perceptie van de eerste verzoekende partij op de onmiddellijke leefomgeving.

Uw Raad aanvaardt in de regel dat visuele hinder of esthetisch nadeel, en het daardoor verminderde woongenot, een moeilijk te herstellen nadeel uitmaakt (o.a. R.v.St., DEBACKER en BRONDEL, nr. 112.680, 19 november 2002).

Uw Raad heeft reeds bij uiterst dringendheid de schorsing bevolen van de vergunning voor de bouw van een GSM-mast van 20 m. hoog omdat die mast het uitzicht van de verzoekers op de Laanvallei zou beïnvloeden en een onherstelbare esthetische landschapsverontreiniging tot gevolg zou hebben (R.v.St., GHYSSELS en VANHOOGHTEN, nr. 106.155, 29 april 2002). In casu zal de eerste verzoekende partij worden geconfronteerd met een industriële installatie van ruim 100 m en met bestendig draaiende een wiekdiameter van 90

m, waardoor de visuele hinder nog groter mag worden ingeschat dan een statische GSM-mast die 5 maal kleiner is (R.v.St., DEBACKER, BRONDEL en de gemeente OOSTKAMP, nr. 112.680, 19 november 2002).

Het feit dat er reeds rekening moet worden gehouden met een bepaalde zichtschaadte afkomstig van de aanwezige verlichtingspalen van de autosnelweg, maakt het ingeroepen nadeel niet minder ernstig. De impact van de windturbines van ruim 100 m hoog zal uiteraard veel imposanter overkomen dan de bestaande verlichtingspalen van amper 15 m hoog die vanuit de woning van de eerste verzoekende partij nauwelijks zichtbaar zijn. De omstandigheid dat de windturbines worden vergund in een omgeving waarin reeds andere bouwwerken (zoals verlichtingspalen) zijn opgericht, heeft overigens niet tot gevolg dat de eerste verzoekende partij zich dient neer te leggen bij om het even welke stedenbouwkundige vergunning met een industrieel karakter die zijn leefomgeving en de beleving ervan verder aantast (R.v.St., DEBACKER, BRONDEL en de gemeente OOSTKAMP, nr. 112.680, 19 november 2002).

Het aspect van het 'voortdurend', 'dagdagelijks' moeten uitkijken op een dergelijke, zichtversturende industriële installatie, geeft aan de zichthinder onmiskenbaar een ernstig en moeilijk te dragen karakter dat, eenmaal ondergaan, niet meer kan worden goedge maakt (R.v.St., DEVRIES en PANA, nr. 99.794, 15 oktober 2001). Nutteloos zou men trouwens voorhouden dat de opgeworpen aantasting van het woongenot van louter subjectieve aard is. Uw Raad verworpt zulk argument als niet-relevant (R.V.St., RONDELEZ, nr. 74.105, 3 juni 1998).

Eveneens vruchteloos zou worden aangevoerd dat het ingeroepen nadeel een gevolg is van de in voorkomend geval af te leveren stedenbouwkundige vergunning en het nadeel bijgevolg niet voortvloeit uit de bestreden beslissing. De uitbating van de windmolens met de daaraan verbonden hinderaspecten, wordt immers niet enkel mogelijk gemaakt door de desgevallend tussen te komen stedenbouwkundige vergunning, maar wordt evenzeer mogelijk gemaakt door de bestreden beslissing die de exploitatie van die inrichting toelaat. (Vgl. R.v.St., DEBACKER, 19 november 2002, nr. 112.680; R.v.St. PEPELS, 2 mei 1996, nr. 59.474, zie ook T. DE WAELE, 'Het moeilijk te herstellen ernstig nadeel in het administratief kort geding inzake leefmilieu en onroerend goed een overzicht van rechtspraak met commentaar', C.D.P.K. 1997, 255-258).

Het enkele feit dat de bestreden bouwkundige vergunning in toepassing van artikel 5 van het Decreet van 28 juni 1985 betreffende de milieuvergunning en artikel 56 VLAREM I van rechtswege is geschorst, verhindert evenmin dat deze beslissing kan worden bestreden met een schorsingsvordering. Uw Raad heeft reeds bij herhaling bevestigd dat het feit dat de rechtseffecten tijdelijk zijn opgeschort niet inhoudt dat de bestreden beslissing zonder rechtsgevolgen is (o.a. R.v.St. DEBACKER, 19 november 2002, nr. 112.680; R.v.St. BOTERSTRAATCOMITÉ, 13 maart 1997, nr. 65.220; zie ook T. DE WAELE, o.c. 258).

Nu de n.v. SPE via het bestreden vergunningsbesluit titularis is geworden van een milieuvergunning is de burgerlijke actiemogelijkheid van de eerste verzoekende partij om een einde te stellen aan de hinder die voortvloeit uit de inplanting en de exploitatie van de windturbines volgens de heersende opvattingen immers beperkt tot een procedure voor de burgerlijke rechtbank waar hij in het kader van het leerstuk van de evenwichtslaan (foutloze aansprakelijkheid) enkel en alleen een geldelijke compensatie, maar in principe geen rechtstreekse maatregel ter beëindiging van de hinder zal kunnen vorderen (Zie Cass., 14 december 1995, TRD & I, 1996, afl. 3, 37; J.L.M.B., 1996, 966, noot HENRY, P.; R.W., 1996-97, 188; A.J.T., 1995-1996, 525, Noot SNAET, S.; zie ook BOCKEN, H., 'Herstel in natura en rechterlijk bevel of verbod' in Liber amicorum Jan RONSE, 1986, (493), 510-511). In dit opzicht is het nadeel onmiskenbaar moeilijk herstelbaar.

En zelfs indien na de vernietiging toch herstelmaatregelen zouden worden bekomen, dan nog kunnen deze vanzelfsprekend in geen geval de schade dekken die de eerste verzoekende partij gedurende de periode van de annulatieprocedure heeft geleden (R.v.St., BEDORET, nr. 39.049, 25 maart 1992).

Dit alles heeft voor gevolg dat eerste verzoekende partij - bij gebrek aan een schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit - zijn wooncomfort ook in de komende jaren onherstelbaar aangetast ziet en de hiermee gepaard gaande onaanvaardbare hinder lijdzzaam (zal) moeten ondergaan, zodat niet kan worden miskend dat het ernstig nadeel dat de eerste verzoekende partij ingevolge de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit lijdt, helemaal niet of in ieder geval bijzonder moeilijk kan worden hersteld.

Er is bijgevolg in hoofde van de eerst verzoekende partij eveneens voldaan aan de tweede voorwaarde als bedoeld in artikel 17, § 2 van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State.

V.2. MTHEN in hoofde van de tweede verzoekende partij.

In hoofde van de tweede verzoekende partij is het nadeel van morele aard. De gemeente heeft zich zeer formeel verzet tegen dit project, wat blijkt uit het uitgesproken negatief advies. De bestreden beslissing doorkruist regelrecht het door haar beoogde ruimtelijk beleid.

Bovendien wordt zij door de bestreden vergunningsbeslissing de facto verhinderd om ten aanzien van het gebied conform haar eigen beleidsinzichten en haar beleidsvrijheid, een beslissing te nemen omtrent de ruimtelijke inrichting zoals thans reeds aangegeven werd in haar voorontwerp van gemeentelijk ruimtelijk structuurplan. In dit verband dient andermaal te worden verwezen dat het behoud van de open ruimte, inzonderheid het gebied rond de proefhoeve, in het richtinggevend gedeelte van haar ontwerp van gemeentelijk ruimtelijk structuurplan wordt opgenomen. Dit wordt door de gemeente ervaren als een frontale aanslag op haar gemeentelijke bevoegdheden inzake de organisatie en inrichting van de lokale ruimtelijke ordening, hetgeen in het licht van het door wetgever gewilde subsidiariteitsbeginsel onmiskenbaar ook te begrijpen valt.

Deze grieven laten zich des te scherper aanvoelen nu zij door de burgers verantwoordelijk geacht wordt voor de gang van zaken, vermits zij ervan uitgaan dat het in haar macht lag en ligt om dit project te voorkomen. Als dusdanig wordt de goede naam van de tweede verzoekende partij, als behoeder van de goede plaatselijke ruimtelijke ordening en lokaal milieubeleid, zwaar bezoedeld. Door dit alles lijdt de tweede verzoekende partij zeer zware morele schade, die niet dan door het meteen onmogelijk van de uitvoering van het project weer kan goedge maakt worden.

Er is bijgevolg eveneens aan de tweede voorwaarde als bedoeld in artikel 17, § 2 van de Gecoördineerde wetten op de Raad van State voldaan";

3.2.1. Overwegende dat de eerste verzoeker als moeilijk te herstellen ernstig nadeel louter visuele hinder door de aanwezigheid van de windmolens aanvoert; dat de tussenkomen partij terecht opwerpt dat de aangevoerde visuele hinder niet rechtstreeks het gevolg is van de bestreden milieuvergunning, maar van de nog te verlenen of verleende stedenbouwkundige vergunning; dat een milieuvergunning en een stedenbouwkundige vergunning twee afzonderlijke beslissingen, gebaseerd op een eigen dossier, uitmaken, waarvan de hinderaspecten wel degelijk verschillend zijn en die elk het best kunnen worden beoordeeld op basis van respectievelijk het milieuvergunnings- en het bouwvergunningsdossier; dat het gegeven dat overeenkomstig artikel 5 van het milieuvergunningsdecreet de

bouwvergunning wordt geschorst zolang de desbetreffende milieuvergunning niet is verleend, nog niet inhoudt dat de nadelen die rechtstreeks voortvloeien uit de bouwvergunning ook rechtstreeks voortvloeien uit de milieuvergunning;

3.2.2. Overwegende dat het door de tweede verzoekende partij aangevoerd moreel nadeel, doordat de bestreden beslissing het door haar beoogd ruimtelijk beleid zou doorkruisen, evenmin rechtstreeks voortvloeit uit de bestreden milieuvergunning; dat daarenboven de tweede verzoekende partij wel verwijst naar het vooralsnog niet door de gemeente goedgekeurd ontwerp van gemeentelijk structuurplan, maar dat wordt vastgesteld dat het behoud van de open ruimte op de betrokken site niet eens blijkt te zijn opgenomen onder het verbindend gedeelte van dit ontwerp; dat, tenslotte, het eventuele gebrek aan kennis bij de burgers omtrent de verantwoordelijkheden en de bevoegdheden van de gemeente, met als gevolg dat zij de tweede verzoekende partij zouden verantwoordelijk achten voor de bestreden beslissing, geen nadeel uitmaakt dat aan het bestreden besluit kan worden toegeschreven;

3.3. Overwegende dat niet is voldaan is aan de tweede voorwaarde gesteld in artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State; dat de vordering dienvolgens moet worden verworpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de n.v. SPE in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op eenentwintig oktober tweeduizend en vier, door :

Mevr.	M.-R. BRACKE,	kamervoorzitter,
Mevr.	A. WIJNANTS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

A. WIJNANTS.

M.-R. BRACKE.