

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 156.789 van 23 maart 2006
in de zaak A. 166.304/VII-34.632.**

In zake : de n.v. VLEEMO,
die woonplaats kiest bij
Advocaat B. MARTENS,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Louizalaan 106

tegen :

het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
Advocaat H. SEBREGHTS,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Mechelsesteenweg 27.

tussenkommende partij :

de n.v. ASPIRAVI,
die woonplaats kiest bij
Advocaat P. FLAMEY,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Jan Van Rijswijcklaan 16.

DE VOORZITTER VAN DE VIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de n.v. VLEEMO op 23 september 2005 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van het besluit van de Vlaamse minister van Openbare Werken, Energie, Leefmilieu en Natuur van 27 juli 2005, houdende uitspraak over het beroep aangetekend tegen de beslissing van de bestendige deputatie van de provincieraad van Antwerpen van 20 januari 2005, houdende het verlenen van de milieuvergunning aan de n.v. VLEEMO om een windturbinepark te exploiteren aan de Frans Tijsmanstunnel Oost te Antwerpen;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door Auditeur P. PROVOOST;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 15 februari 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 2 maart 2006;

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

Gehoord de opmerkingen van Advocaat A. VERLINDEN die, loco Advocaat B. MARTENS verschijnt voor de verzoekende partij, van Advocaat R. TIJS die, loco Advocaat H. SEBREGHTS verschijnt voor de verwerende partij, en van Advocaat J. BOSQUET die, loco Advocaat P. FLAMEY verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur P. PROVOOST;

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 met een verzoekschrift van 27 oktober 2005, de n.v. ASPIRAVI heeft gevraagd in de debatten te mogen tussenkomen; dat als houder van een milieuvergunning voor de exploitatie van vier windturbines op gronden die gedeeltelijk dezelfde zijn als de gronden waarop de verzoekende partij de met het bestreden besluit geweigerde windturbines wenst te exploiteren, zij belang heeft om in onderhavige zaak tussen te komen; dat haar verzoek kan worden ingewilligd;

2. Overwegende dat de feiten als volgt kunnen worden samengevat :

De betwisting betreft de exploitatie van windturbines op een terrein in de Antwerpse haven, op gronden waarvan de eigendom wordt opgeëist zowel door het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen (verder het GHA) als door het Vlaamse gewest. Het gaat om gronden gelegen aan de Tijsmanstunnel Oost. Deze tunnel werd door de stad Antwerpen gebouwd in de jaren '60.

Bij besluit van de Gemeenschapsminister van Openbare Werken en Verkeer van 22 december 1989 werd het weggedeelte waarvan de tunnel deel uitmaakt van ambtswege ingelijfd bij de wegen van het Vlaamse gewest, bij toepassing van artikel 7, tweede lid, van de wet van 9 augustus 1948 houdende wijziging van de wetgeving inzake wegen.

De eigendomsbetwisting betreft niet enkel de vraag of het enkele besluit tot inlijving de eigendomsoverdracht tot stand brengt, zonder bijkomende

akten of handelingen, maar ook de vraag of de gronden waarvoor de concessies werden verleend wel waren begrepen in het besluit tot inlijving.

Zowel het Vlaamse gewest als het GHA hebben voor de betreffende gronden een concessie verleend voor de exploitatie van windturbines : de verwerende partij aan de tijdelijke vennootschap c.v. WVEM - GmbH ENERCON en het GHA aan de verzoekende partij, dit voor het hele havengebied. De door het Vlaamse gewest verleende concessie werd later ingebracht in de tussenkomenende partij.

Op 9 oktober 2003 verleent de bestendige deputatie aan de tijdelijke vennootschap c.v. WVEM - GmbH ENERCON een milieuvergunning voor de exploitatie van vier windturbines en transformatoren aan de Tijsmanstunnel Oost. Het GHA tekent administratief beroep aan, om reden van haar eigendomsaanspraak. Op 26 maart 2004 verwerpt de Vlaamse minister van Leefmilieu, Landbouw en Ontwikkelingssamenwerking het beroep, overwegende, wat betreft de eigendom van de gronden :

"dat het ministerieel besluit van 22 december 1989 het weggedeelte heeft ingelijfd bij de gewestwegen; dat dit ministerieel besluit als basis artikel 7 van de wet van 9 augustus 1948 heeft; dat artikel 7 de Koning de macht geeft om vakken van gemeentewegen van ambtswege en zonder vergoeding in te lijven bij de grote wegen van de staat; dat op 2 december 1965 de Raad van State adviseerde dat de opneming van een provincie- of gemeenteweg onder de wegen van de staat bij toepassing van de wet van 9 augustus 1948 de overgang van eigendom tot gevolg heeft; dat verder geen authentieke akte is vereist voor de overgang van de eigendom (...)".

Op 17 juni 2004 dagvaardt de tussenkomenende partij de verzoekende partij voor het vredegerecht. Zij wil haar het bevel laten opleggen elke bezitsstoornis, in feite en in rechte, te staken. Inzonderheid wil ze iedere vergunningsaanvraag laten intrekken.

Op 24 december 2004 dagvaardt het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen het Vlaamse gewest voor de Rechtbank van Eerste Aanleg, met een eigendomsvordering. Het GHA argumenteert dat de betrokken gronden niet waren begrepen in het besluit tot inlijving van 22 december 1989. De verzoekende partij zal later in deze vordering tussenkomen.

Op 20 januari 2005 verleent de bestendige deputatie aan de verzoekende partij een milieuvergunning voor de exploitatie van vijf windturbines en transformatoren aan de Tijsmanstunnel Oost, op gronden die gedeeltelijk dezelfde zijn als de op 9 oktober 2003 en 26 maart 2004 aan een ander exploitant verleende milieuvergunning. De tussenkomenende partij tekent administratief beroep aan.

Op 15 februari 2005 verklaart de vrederechter de bezitsvordering van de tussenkomende partij niet toelaatbaar, omdat het gaat om goederen die behoren tot het openbaar domein, zodat niet is voldaan aan artikel 1370, eerste lid, 1°, van het Gerechtelijk Wetboek.

In de administratieve beroepsprocedure betreffende de aan de verzoekende partij verleende milieuvergunning worden volgende adviezen verleend :

- de afdeling Stedenbouwkundige Vergunningen laat de eigendomskwestie buiten beschouwing, en adviseert gunstig;
- de afdeling Milieuvergunningen besluit op grond van de hoger geciteerde passage uit de motivering van de op 26 maart 2004 verleende milieuvergunning dat "kan aangenomen worden dat de NV Aspiravi (de beroeper) de wettelijke concessiehouder is van de betreffende percelen en dus de exploitant van het nog op te richten windturbinepark op deze percelen", en adviseert daarom de vergunning te weigeren;
- de Gewestelijke Milieuvergunningscommissie verwijst naar dezelfde passage uit de vergunning van 26 maart 2004, en voegt daar aan toe :

"Overwegende dat de huidige aanvrager geen sluitend bewijs kan voorleggen van zijn gebruiksrecht over de gronden; dat de gerechtelijke procedure betreffende het eigendomsrecht nog lopende is; dat bijgevolg de stelling aangenomen in het ministerieel besluit van 26 maart 2004, dient te worden gehandhaafd (...)"

Op 27 juli 2005 wordt de bestreden beslissing genomen : de door de bestendige deputatie verleende vergunning wordt opgeheven. De weigering wordt als volgt gemotiveerd :

"Overwegende dat bij ministerieel besluit van 26 maart 2004 reeds een vergunning werd verleend aan de beroeper voor de exploitatie van een windturbinepark op dezelfde percelen als het windturbinepark dat werd vergund door het bestreden besluit;

Overwegende dat de Vlaamse minister van Mobiliteit, Openbare Werken en Energie op 4 november 2002 de concessie tot bouw en exploitatie van de vier windturbines toewees aan TV WVEM Enercon; dat bij onderhandse overeenkomst van 14 oktober 2004 de rechten toebehorende aan de TV Aspiravi-Enercon voor wat betreft het voorwerp van de concessie, werden overgedragen aan de nv Aspiravi; dat de nv Aspiravi hierdoor houder werd van alle rechten die toekomen aan de concessiehouder;

Overwegende dat de discussie ligt bij het eigendomsrecht op de betreffende percelen, tussen het Vlaams Gewest en het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen; dat het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen voor dezelfde percelen een concessie verleende aan de nv Vleemo, de huidige aanvrager;

Overwegende dat in het bestreden besluit de vergunning wordt verleend voor een windturbinepark waarvoor eerder al een vergunning werd verleend aan de beroeper voor een gelijkaardige exploitatie op dezelfde percelen;

Overwegende dat de minister in zijn besluit van 26 maart 2004 heeft geoordeeld dat het Vlaams Gewest de eigenaar is van de betreffende percelen, op basis van het volgende :

'Overwegende dat het ministerieel besluit van 22 december 1989 het weggedeelte heeft ingelijfd bij de gewestwegen; dat dit ministerieel besluit als basis artikel 7 van de wet van 9 augustus 1948 heeft; artikel 7 geeft de Koning de macht om vakken van gemeentewegen van ambtswege en zonder vergoeding in te lijven bij de grote wegen van de staat; dat op 2 december 1965 de Raad van State adviseerde dat de opnemings van een provincie- of gemeenteweg onder de wegen van de staat bij toepassing van de wet van 9 augustus 1948 de overgang van eigendom tot gevolg heeft; dat verder geen authentieke akte is vereist voor de overgang van de eigendom';

Overwegende dat de minister in bovenvermeld besluit dus heeft geoordeeld dat kan aangenomen worden dat de NV Aspiravi (de beroeper) de wettelijke concessiehouder is van de betreffende percelen en dus de exploitant van het nog op te richten windturbinepark op deze percelen;

Overwegende dat op 15 februari 2005 het vredegerecht van Antwerpen de bezitsvordering van de NV Aspiravi heeft afgewezen omdat er geen sprake kan zijn van zakelijke rechten aangezien de gronden behoren tot de openbare domeingoederen; dat er echter geen uitspraak wordt gedaan over wie de wettelijk eigenaar is van de gronden;

Overwegende dat de huidige aanvrager geen sluitend bewijs kan voorleggen van zijn gebruiksrecht over de gronden; dat de gerechtelijke procedure betreffende het eigendomsrecht nog lopende is; dat bijgevolg de stelling, aangenomen in het ministerieel besluit van 26 maart 2004, momenteel dient te worden gehandhaafd";

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, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij doet gelden wat volgt :

"(...)

Vooreerst verwijst de verzoekende partij hierbij naar haar uiteenzetting van de middelen, waarbij onder meer reeds uitgebreid werd toegelicht dat ingevolge het bestreden besluit een ernstig en onaanvaardbaar onderscheid wordt gemaakt tussen de verzoekende partij en de concessiehouder zoals aangeduid door de verwerende partij. Daar waar de verzoekende partij voorheen tevens beschikte over een milieuvergunning voor de exploitatie van windturbines aan de Tijsmanstunnel Oost, zoals de NV Aspiravi, werd haar thans een milieuvergunning ontnomen. Dit plaatst de verzoekende partij in een onaanvaardbare discriminatoire positie ten aanzien van de concessiehouder van de verzoekende partij. Zowel de verzoekende partij als de concessiehouder

hebben immers reeds een aanvraag ingediend voor een stedenbouwkundige vergunning, waarover tot op heden nog geen uitspraak werd gedaan.

Tevens blijkt uit de voormelde middelen dat in het voorliggend geval moet worden besloten tot machtsafwending daar de verwerende partij door middel van het bestreden besluit slechts haar beweerde aanspraken met betrekking tot de eigendom van de gronden aan de Tijsmanstunnel wenst te bevestigen en zij daarenboven geen enkele milieutechnische of milieujuridische motieven aanhaalt om de eerder door de Bestendige Deputatie te Antwerpen verleende milieuvergunning voor de vijf turbines ten oosten van de Tijsmanstunnel te weigeren.

Zoals hierboven reeds gesteld, werd het beroep tegen de in eerste aanleg door de Bestendige Deputatie afgeleverde milieuvergunning voor de Tijsmanstunnel Oost door de verwerende partij niet op een onafhankelijke en onpartijdige wijze behandeld. De verwerende partij trachtte immers, in het kader van een uitspraak over een milieuvergunningsaanvraag, haar eigendomssituatie zelf te beschermen. Zulks vormt een schending van het grondwettelijk en krachtens artikel 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens gewaarborgd recht op toegang tot een eerlijke, onafhankelijke en onpartijdige beoordelingsinstantie. Eerder reeds werd door Uw Raad geoordeeld dat de schending of beperking van een fundamenteel mensenrecht dient te worden beschouwd als een moeilijk te herstellen ernstig nadeel (R.v.St., Bennialal, nr. 103.387, 7 februari 2002; R.v.St., nr. 86.808, 18 april 2000, A.P.M 2000, 86; R.v.St., nr. 81.001, 16 juni 1999, A.P.M 1999, 118; R.v.St., nr. 69.936, 2 december 1997, A.P.M. 1998, 8; R.v.St., nr. 49.440, 5 oktober 1994, JT. 1995, 107).

Aldus volgt alleen al uit de ernst van de hiervoor uiteengezette middelen de ernst van het door de verzoekende partij geleden nadeel (zie in deze zin ook R.v.St., Boogaerts, nr. 51.202, 19 januari 1995 en R.v.St., Luppens, nr. 39.488, 26 mei 1992, A.P.M 1992, 122; Arr. R.v.St. 1992, z.p., waarin Uw Raad zeer expliciet stelde dat de ernst en de moeilijke herstelbaarheid van het nadeel 'mee bepaald kunnen worden door de aard van de onwettigheden waarvan de verzoekende partij verklaart het slachtoffer te zijn' en waarbij Uw Raad het middel genomen uit machtsafwending als ernstig beschouwde; alsook R.v.St., NV Gebroeders Delhaize en Cie 'De Leeuw', nr. 42.781, 4 mei 1993 waarin Uw Raad oordeelde dat 'het nadeel dat uit de bestreden beslissing voortspuit, moeilijker te dragen en te verdragen moet vallen wanneer die beslissing prima facie op geen manier rechtens verantwoord kan worden (...)').

De voorziene inrichting van de windturbines aan de Tijsmanstunnel Oost door de verzoekende partij betreft overigens een aanzienlijk onderdeel van het gehele windturbineproject waarvoor de verzoekende partij werd aangeduid door de Raad van Bestuur van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen. Aldus betreft de weigering van de milieuvergunning een ernstig nadeel.

Daarnaast worden ingevolge het bestreden besluit aan de verzoekende partij de inkomsten ontnomen die zouden voortvloeien uit de exploitatie van de windturbines aan de Tijsmanstunnel. De verzoekende partij kan bovendien geen bijkomend cliënteel verwerven. Eerder reeds oordeelde Uw Raad dat de onmogelijkheid het reeds bestaande cliënteel te dienen of een bijkomend cliënteel te verwerven resulteert in een moeilijk te herstellen ernstig nadeel (R.v.St., Mincke, nr. 41.352, 10 december 1992). In dit kader moet er eveneens op worden gewezen dat het systeem van de groene stroom certificaten in volle ontwikkeling is en dat de investeringen die de verzoekende partij reeds heeft gedaan voor de inrichting van het windturbinepark zijn afgestemd op het huidige systeem, zodat de verzoekende partij voor onoverkomelijke moeilijkheden wordt geplaatst wanneer de inrichting op de gronden aan de Tijsmanstunnel niet kan worden gerealiseerd. De inrichting van de windturbines aan de Tijsmanstunnel is derhalve noodzakelijk om de evolutie van de markt te kunnen volgen.

De uitspraak door de vergunningverlenende overheid over de aanvraag van de stedenbouwkundige vergunning van de verzoekende partij alsook van de NV Aspiravi, kan elk ogenblik gebeuren aangezien de vergunningsaanvragen reeds lange tijd geleden werden ingediend. Het is overigens waarschijnlijk dat de vergunningverlenende overheid een uitspraak zal doen over de stedenbouwkundige vergunningsaanvraag van zodra uitspraak wordt gedaan door de Rechtbank van Eerste Aanleg over de eigendomsprocedure. De zitting in deze zaak is voorzien op 10 oktober 2005, zodat een uitspraak over de vergunningsaanvraag onmiddellijk nadien kan worden verwacht. Dit betekent dat de tenuitvoerlegging door de NV Aspiravi van de milieuvergunning voor de turbines ten oosten van de Tijsmanstunnel en van de stedenbouwkundige vergunning voor de inrichting van een windturbinepark aan de Tijsmanstunnel nog vóór een eventuele uitspraak van uw Raad over het verzoekschrift tot nietigverklaring mogelijk is. Aldus brengt de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel met zich. Aangenomen wordt immers dat het potentiële nadeel zich moet situeren in de periode vooraleer de Raad van State een arrest ten gronde zou vellen, 'derwijze dat een vernietigingsarrest uitgesproken na verloop van de normale duur van een annulatieprocedure voor de verzoekende partij nog slechts een 'platonische waarde' zou hebben' (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, 217).

In deze zin stelt Lanckswert dat Uw Raad reeds in diverse arresten heeft gewezen dat onder de onmiddellijke tenuitvoerlegging van een akte of een reglement moet worden begrepen 'de toepassing ervan vooraleer de Raad ten gronde over het er tegen ingestelde annulatieberoep uitspraak heeft kunnen doen' (E. Lanckswert, Het administratief kort geding, Kluwer Rechtswetenschappen, 1993, 149; waarbij wordt verwezen naar arresten van Uw Raad onder meer R.v.St., Frederickx, nr. 39.103, 30 maart 1992; R.v.St., Halsberghe, nr. 37.325, 18 juni 1991; R.v.St., Roex, nr. 37.068, 23 mei 1991). Aangezien de NV Aspiravi in de mogelijkheid wordt gesteld om haar milieuvergunning voor de gronden ten oosten van de Tijsmanstunnel uit te voeren, kan de vernietiging van de bestreden beslissing alleen, zonder voorafgaande schorsing, niet volstaan om aan de verzoekende partij een genoegzaam herstel te waarborgen.

Bovendien is het ernstig nadeel voor de verzoekende partij ingevolge de bestreden beslissing moeilijk te herstellen. Indien de NV Aspiravi overgaat tot de oprichting van windturbines aan de Tijsmanstunnel Oost, zal de verzoekende partij immers voor altijd blijven verstoken van de mogelijkheid om zelf windturbines op te richten aan de Tijsmanstunnel Oost. De windturbines van Aspiravi zijn immers voorzien te worden ingeplant op identieke locaties als de windturbines van de verzoekende partij (STUK 10).

Tevens zal het nadeel niet te herstellen zijn: wanneer de NV Aspiravi overgaat tot de oprichting van de windturbines aan de Tijsmanstunnel Oost, zal de verzoekende partij in de blijvende onmogelijkheid worden geplaatst om op dezelfde locatie nog windturbines op te richten en te exploiteren, terwijl zij daartoe werd aangeduid door het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen en beschikt over het Samenwerkingsprotocol dat de samenwerking tussen de verzoekende partij en het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen voor de inrichting van een windturbinepark vastlegt.

De vastgestelde machtsafwendings bij het bestreden besluit leidt daarenboven tot een immorele onwettigheid, die in hoofde van de verzoekende partij een moreel nadeel veroorzaakt (vergelijk R.v.St., Luppens, nr. 39.488, 26 mei 1992, A.P.M. 1992, Arr. R.v.St. 1992, z.p.)";

3.2.1. Overwegende, vooreerst, dat om de schorsing van de tenuitvoerlegging van een akte te kunnen bevelen er cumulatief aan twee onderscheiden grondvoorwaarden moet zijn voldaan; dat de afwezigheid van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel volstaat om de vordering tot schorsing af te wijzen zonder dat de ernst van de middelen moet worden onderzocht; dat de verzoekende partij dan ook niet wettig naar de ernst van de middelen kan verwijzen, ter adstructie van het aangevoerd moeilijk te herstellen ernstig nadeel;

3.2.2. Overwegende, voorts, dat de verzoekende partij geen concrete gegevens aanbrengt waaruit zou blijken dat de exploitatie van de betrokken windturbines een dermate belangrijk aandeel van haar totaal aan activiteiten uitmaakt dat door de bestreden beslissing haar voortbestaan in het gedrang zou komen; dat dit des te meer klemmt nu de verzoekende partij een domeinconcessie heeft verkregen voor de oprichting van windmolens op het ganse domein van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen en zij aldus de mogelijkheid heeft om nog andere vergunningen voor de oprichting en exploitatie van windmolens in het havengebied te verkrijgen; dat overigens de verzoekende partij in haar verzoekschrift zelf stelt dat zij een vergunning heeft verkregen voor de exploitatie van drie windturbines ten westen van de Frans Tijsmanstunnel; dat de verzoekende partij dan ook niet aannemelijk maakt dat de weigeringsbeslissing het haar ernstig zou bemoeilijken bijkomend cliënteel te verwerven, laat staan dat zij aantoont dat dit een ernstig nadeel in haar hoofde uitmaakt; dat, overigens, pas nadat de eigendomsbetwisting definitief zal zijn beslecht, het zal vaststaan wie van beide partijen uiteindelijk effectief windturbines op de betwiste locatie zal kunnen bouwen en exploiteren;

3.2.3. Overwegende dat de verzoekende partij met haar betoog niet aantoont dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van het bestreden besluit haar een ernstig nadeel zal berokkenen; dat die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing af te wijzen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de n.v. ASPIRAVI 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 drieëntwintig maart tweeduizend en zes, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

A. WIJNANTS.

M.-R. BRACKE.