

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 131.549 van 18 mei 2004
in de zaak A. 50.782/X-9663.**

In zake : de gemeente MORTSEL

tegen :

het Vlaamse Gewest,
dat woonplaats kiest bij
Advocaat H. SEBREGHTS,
kantoor houdende te 2018 ANTWERPEN,
Mechelsesteenweg 33.

tussenkommende partij :

de n.v.BELGACOM,
die woonplaats kiest bij
Advocaat L. VAN HOUT,
kantoor houdende te 2000 ANTWERPEN,
Sint-Michielskaai 7, bus 1.

D E R A A D V A N S T A T E, X e K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de gemeente MORTSEL op 23 maart 1993 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit van 26 januari 1993 van de gemachtigde ambtenaar van de provincie Antwerpen waarbij aan de R.T.T. de vergunning wordt verleend voor het oprichten van een pylloon voor mobilfoonontvangst op een perceel gelegen te Mortsel, H. Consciencelaan 62;

Gelet op het arrest nr. 43.270 van 10 juni 1993 waarbij het verzoek tot tussenkomst van BELGACOM in het administratief kort geding wordt ingewilligd, en de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 24 september 1993 ingediend door BELGACOM;

Gelet op de beschikking van 1 oktober 1993 die de tussenkomst van BELGACOM toelaat;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien de memorie van de tussenkomende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door Auditeur L. VERMEIRE;

Gelet op de beschikking van 24 juli 2000 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memorie van de verwerende partij en van de tussenkomende partij;

Gelet op de beschikking van 10 maart 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 2 april 2004;

Gehoord het verslag van Staatsraad G. DEBERSAQUES;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat N. ANSOMS die, loco Advocaat H. SEBREGHTS verschijnt voor de verwerende partij, en van Advocaat P. PELLEMAN die, loco Advocaat L. VAN HOUT verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur L. VERMEIRE;

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

Overwegende dat de R.T.T. op 9 maart 1992 bij het Bestuur van de Stedenbouw en de Ruimtelijke Ordening, Directie Antwerpen, een aanvraag indient tot het oprichten van een pyloon voor mobilfoonontvangst op een perceel gelegen te Mortsel, H. Consciencelaan 62; dat het perceel overeenkomstig het bij koninklijk besluit van 3 oktober 1979 vastgestelde gewestplan Antwerpen is gelegen in parkgebied; dat de gemeente Mortsel op 18 mei 1992 een ongunstig advies verleent; dat de gemachtigde ambtenaar van het Bestuur van de Stedenbouw en de Ruimtelijke Ordening op 26 januari 1993 de thans bestreden vergunning verleent; dat

deze de oprichting toelaat van een pyloon voor mobilofoonontvangst met een hoogte van 40,35 m op de binnenplaats van een bestaand telefoongebouw;

Overwegende dat de tussenkomende partij in haar laatste memorie het belang van de verzoekende partij betwist en zich hierbij de vraag stelt "in hoeverre het planologisch en stedenbouwkundig beleid van de Gemeente Mortsel nog te vereenzelvigen is met een aangelegenheid die verband houdt met de realisatie van haar door de wet vastgestelde opdrachten";

Overwegende dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift doet gelden dat "de gemeente dient te waken over het goed beheer van de gemeentelijke zaken en (...) onderhavig geding (voert) ter vrijwaring van het parkgebied en de woonomgeving in de nabijheid van de voorgenomen werken"; dat zij opkomt ter vrijwaring van haar planologisch en stedenbouwkundig beleid; dat zulks volstaat opdat zij belang heeft bij de vordering; dat de exceptie dient te worden afgewezen;

Overwegende dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift in een enig middel de schending aanvoert van artikel 2 van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw (hierna: de Stedenbouwwet), van het bij koninklijk besluit van 3 oktober 1979 vastgestelde gewestplan Antwerpen en van artikel 14 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en gewestplannen; dat zij stelt dat het bestreden besluit afwijkt van het gewestplan Antwerpen door de miskenning van het bestemmingsvoorschrift 'parkgebied', dat "de oprichting van een 40,35 m hoge pyloon voor mobilofoonontvangst (...) niet (zal) bijdragen tot de inrichting van het parkgebied, zodat dit zijn sociale functie kan vervullen (, dat) evenmin (...) de voorgenomen werken strikt noodzakelijk (zijn) voor de openstelling, het behoud, de verfraaiing en/of aanleg van het parkgebied", dat de vergunde pyloon een allesoverheersend element in het parkgebied zal vormen en derhalve het uitzicht van het gehele parkgebied zal bepalen, dat het betrokken parkgebied niet in zijn huidige staat zal worden bewaard;

Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord het volgende stelt :

"Met betrekking tot het voorgaande dient er de aandacht van Uw Raad op te worden gevestigd dat de gebouwencomplexen van de R.T.T. langsheen de Hendrik Conscienceaan 62 reeds bestonden voorafgaandelijk aan het K.B. van 3 oktober 1979 houdende de vaststelling van het Gewestplan Antwerpen. Uit

deze feitelijke gegevens evenals uit het feit dat het gebouwencomplex van de R.T.T. aan de H. Conciencelaan 62 te Mortsel door de opstellers van het gewestplan Antwerpen werd ingekapseld in een parkgebied, blijkt dat de opstellers van het gewestplan die alsdan nog relatief recente gebouwen niet aanzagen als storend voor een parkgebied maar impliciet hebben geoordeeld dat deze gebouwen als geïntegreerd in dat parkgebied geen enkele hindernis vormden om dat parkgebied in een verstedelijkt gebied zoals Mortsel, als randgemeente van de stad Antwerpen waarmee het door zijn bebouwing onmiddellijk verbonden is, de sociale functie van parkgebied te laten vervullen.

De vraag moet dan ook worden gesteld op welke wijze de sociale functie van het parkgebied wordt aangetast door de pyloon, gezien die van in het parkgebied in feite niet zichtbaar is door de aanplantingen of gebouwen, maar slechts zichtbaar kan zijn, ingevolge het stedelijk bouwweefsel van de omgeving, van op kerktorens of torengebouwen, zoals dat van Agfa-Gevaert, die boven de kruinen van de hoogstammige bomen uitkomen.

De wet- of de decreetgever heeft geen bijkomende specifieke voorschriften voor parkzones uitgewerkt tenzij dat zij hun sociale functie dienen te vervullen. (...) Verwerende partij verwijst effectief op haar beurt naar het onvoorwaardelijk gunstig advies door verzoekster gegeven op 15 december 1987 voor de uitbreiding van dezelfde gebouwen van de R.T.T.-Belgacom en betreffende dewelke de stukken van de alsdan verleende vergunning bij het dossier van verwerende partij worden gevoegd (...) . Indien verzoekster overtuigd is dat effectief het gebouw van de R.T.T. dient te verdwijnen en dat de omschrijving als parkgebied in het gewestplan impliceert dat de verordenende kracht daarvan oplegt dat het terrein waarop de gebouwen van de R.T.T. zijn opgericht, als dusdanig dienen te worden ingericht en dienen te worden beplant met bomen en heesters om tot een publieke wandelplaats te worden ingericht, dan is het volkomen onbegrijpelijk dat in 1987, 8 jaar na het totstandkomen van het gewestplan Antwerpen, de gemeente Mortsel desondanks niet dezelfde houding heeft aangenomen en op dat ogenblik een noodzakelijke uitbreiding nog toe te staan en daarvoor gunstig advies te verlenen, ervan uitgaande dat zulks conform het geciteerde arrest van uw Raad volledig in tegenstrijd zou zijn met de geciteerde wetgeving en rechtspraak. De thans bijgevoegde zesde overweging van het advies van verzoekster (...) blijkt in geen enkele zin uit haar advies van 15.12.1987 (...) . Verwerende partij heeft daarvan blijkbaar nooit kennis gekregen. Voor haar bestond derhalve enkel het onvoorwaardelijk gunstige advies van 1987 ...

Waar de opstellers van het gewestplan, en diegenen die daarbij advies hebben verstrekt, zoals o.m. de gemeente Mortsel, niet hebben gewezen op het ongerijmde van een inkapseling van het R.T.T.-gebouw in een parkgebied en derhalve daarvoor een aangepaste zonering te vorderen, hebben zij onmiskenbaar doch impliciet vastgesteld dat de betreffende ligging van het R.T.T.-gebouw in het betreffende gebied de sociale functie van het parkgebied in geen enkel opzicht hypothekeerde. De uitbreiding die thans gevraagd wordt en voorgenomen wordt, is strikt noodzakelijk voor het goede functioneren van één van de onderdelen van het parkgebied, nl. het aldaar gelegen R.T.T.-gebouw. Het ganse R.T.T.-complex is zowel langs de straatzijde als langs de spoorwegbermzijde met hoogstammig groen omgeven zodat de pyloon als dusdanig in het geheel niet hinderlijk is in het betreffende gebied en de goede ordening van de overige delen van het gebied in geen enkele mate hypothekeert. Bovendien is het geen alles overheersend element van dit parkgebied gezien door het aanwezige hoogstammige groen langs alle zijde(n) de pyloon als dusdanig ook aan het oog van de wandelaar wordt onttrokken evenals van de bewoners in de omgeving";

Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord dupliceert wat volgt :

"De feitenkwestie met betrekking tot de bouwaanvraag van 1987 en de appreciatie over de bouwaanvraag van 1987 staan geheel los van de bouwaanvraag tot het oprichten van een pyloon.

De houding van verzoekende partij ten aanzien van de bouwaanvraag van 1987 doet geen afbreuk aan het middel, aangevoerd in haar verzoekschrift tot nietigverklaring.

Verwerende partij stelt verder inzake de oprichting van de pyloon (...) :

'De uitbreiding die thans gevraagd wordt en voorgenomen wordt, is stri(k)t noodzakelijk voor het goede functioneren van één van de onderdelen van het parkgebied, nl. het aldaar gelegen R.T.T.-gebouw.'

Verwerende partij maakt hier duidelijk een opportuniteitsafweging en maakt gebruik van het argument dat 'de uitbreiding' - en hiermee wordt onmiskenbaar OPRICHTING VAN de pyloon voor mobilfoonontvangst bedoeld - stri(k)t noodzakelijk is voor het goed functioneren van het aldaar gelegen R.T.T.-gebouw.

Het feit dat telefonie en telecommunicatie niet mogelijk zijn zonder gebruik te maken van pylonen en grote schotelantennes, impliceert niet dat de pylonen en antennes om het even waar kunnen geplaatst worden, zonder de verordenende kracht van de gewestplannen, vastgelegd in artikel 2 van de stedenbouwwet, te moeten eerbiedigen.

De opportuniteitsafweging inzake het belang van ruimtelijke ordening, enerzijds en telecommunicatie, anderzijds, komt toe aan de wetgever.

Zolang het gewestplan Antwerpen niet gewijzigd werd met betrekking tot het parkgebied waar de op te richten pyloon zich situeert, blijft het middel van verzoekende partij onverminderd gelden, ongeacht welke opportuniteitsafwegingen hierbij door verwerende partij gemaakt worden.";

Overwegende dat de verwerende partij in haar laatste memorie rechtspraak van de Raad van State aanhaalt en verder onder meer laat gelden wat volgt :

"Belangrijk is dat in het K.B. van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en gewestplannen een bestemmingsongevoeligheid blijkt voorzien te zijn voor openbare diensten en gemeenschapsvoorzieningen in zoverre er verenigbaarheid met de omgeving is vastgesteld. Dit is af te leiden uit de bepaling van artikel 20 van dat Koninklijk Besluit. Daarin is het navolgende bepaald : 'Bouwwerken voor openbare diensten en gemeenschapsvoorzieningen kunnen ook buiten de daarvoor speciaal bestemde gebieden worden toegestaan voor zover ze verenigbaar zijn met de algemene bestemming en met het architectonisch karakter van het betrokken gebied.' Het is duidelijk dat die bepaling meteen inhoudt dat gemeenschapsvoorzieningen die zich in dergelijke omstandigheden bevinden bestemmingsongevoelig zijn van zodra ze vergund werden buiten de specifiek voorziene zonering voor 'gemeenschapsvoorzieningen en openbare nutsvoorzieningen.

Er dient gesteld te worden dat eens een gemeenschapsvoorziening buiten de specifiek ervoor voorziene zone vergund werd, zulks een effectieve bestemmingsongevoeligheid voor gevolg heeft. Immers artikel 19, 3° lid van het reeds genoemde K.B. van 28 december 1972 bepaalt : 'De vergunning wordt

evenwel, ook al is de aanvraag niet in strijd met het gewestplan of ontwerpgewestplan slechts afgegeven zo de uitvoering van de handelingen en werken verenigbaar zijn met de goede plaatselijke ordening.' Uit het samen lezen van beide voornoemde artikelen kan slechts worden besloten dat eens een gemeenschapsvoorziening is vergund buiten de specifiek eigen zone, ze verder bestemmingsongevoelig is en dat er over de verenigbaarheid met de goede ruimtelijke ordening geoordeeld is bij de vergunning. Die beoordeling doet rechten ontstaan.";

dat zij voorts haar eerder in de procedure aangevoerde argument herneemt en verder toelicht;

Overwegende dat de tussenkommende partij in haar memorie het volgende stelt :

"Vooreerst is het zo dat parkgebieden principieel bestemd zijn om voor het publiek toegankelijk te zijn.

De bestemming parkgebied impliceert echter geenszins dat een privé-eigendom daardoor voor iedereen toegankelijk wordt. Wanneer een privé-eigendom in een parkgebied wordt ingedeeld is de sociale functie beperkt tot het bewaren van een groene zone.

In casu wordt de groene zone, zoals ze voor de bestreden vergunning bestond, integraal bewaard vermits de pyloon op de binnenplaats van het bestaande gebouwencomplex van Belgacom zal opgericht worden.";

dat zij voorts stellen dat de vergunde pyloon kan getoetst worden aan artikel 20 van het genoemde koninklijk besluit van 28 december 1972, dat het in casu duidelijk gaat over een bij de voornoemde bepaling bedoeld bouwwerk, hetwelk ze verder toelichten;

Overwegende dat luidens artikel 14, 4.4., van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerpgewestplannen en gewestplannen, "de parkgebieden (...) in hun staat (moeten) bewaard worden of (...) bestemd (zijn) om zodanig ingericht te worden, dat ze, in de al dan niet verstedelijkte gebieden, hun sociale functie kunnen vervullen";

Overwegende dat de vergunde pyloon er niet op gericht is het parkgebied in zijn staat te bewaren of als zodanig in te richten; dat de vergunde constructie niet verenigbaar is met de bestemming parkgebied; dat het argument dat de pyloon niet zichtbaar noch storend is door de aanwezigheid van enerzijds de omliggende gebouwen en anderzijds de aanplantingen, geen uitstaans heeft met de algemene bestemming van het betrokken parkgebied en niet wettig tot de conclusie kan leiden dat de constructie met die algemene bestemming verenigbaar is; dat dit ook geldt voor het argument dat de pyloon noodzakelijk is voor de werking van de

telefooncentrale; dat het feit dat de kwestieuze gebouwen reeds voor de vaststelling van het gewestplan bestonden evenmin dienend is; dat de opnemings van bestaande telefoongebouwen in een parkgebied niet tot gevolg heeft dat het begrip parkgebied wordt gewijzigd, maar wel dat deze gebouwen onderworpen worden aan de bepalingen betreffende de parkgebieden; dat het argument dat de verzoekende partij in 1987 wel gunstig heeft geadviseerd voor de toen gevraagde uitbreiding evenmin terzake doet, aangezien een eerder eventueel onwettig verleende vergunning geen recht kan verlenen op een nieuwe onwettige vergunning; dat, los van de vraag of aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 20 van het genoemd koninklijk besluit van 28 december 1972 is voldaan, het argument dat de vergunning kan worden verleend met toepassing van artikel 20 van het voornoemd koninklijk besluit van 28 december 1972 te dezen niet dienend is; dat niet blijkt dat de aanvraag op die grond werd onderzocht en beoordeeld; dat het de Raad van State niet toekomt om in de plaats van de vergunningverlenende overheid te onderzoeken of de aanvraag op grond van artikel 20 kan worden ingewilligd; dat het enig middel gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van 26 januari 1993 van de gemachtigde ambtenaar van de provincie Antwerpen waarbij aan de R.T.T., thans de n.v. BELGACOM de vergunning wordt verleend voor het oprichten van een pyloon voor mobilfoonontvangst op een perceel gelegen te Mortsels, H. Consciencelaan 62.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 99,16 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 74,37 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
achttien mei 2004, door de Xe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	J. BOVIN,	wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
	G. DEBERSAQUES,	staatsraad,
	C. ADAMS,	staatsraad,
Mevr.	A. TRUYENS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

A. TRUYENS.

J. BOVIN.