

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr.141.286 van 25 februari 2005
in de zaak A. 91.347/X-9491.**

In zake : Philippe MINNAERT, handelend in eigen naam en in naam van zijn minderjarige dochter Marthe MINNAERT,
die woonplaats kiest bij
Advocaat G. VERMEIRE,
kantoor houdende te 9000 GENT,
Voskenslaan 301

tegen :

1. de gemeente ZINGEM,
die woonplaats kiest bij
Advocaat P. AERTS,
kantoor houdende te 9000 GENT,
Coupure 5,
2. het Vlaamse Gewest,
dat woonplaats kiest bij
Advocaat V. TOLLENAERE,
kantoor houdende te 9000 Gent,
Koning Albertlaan 128.

tussenkommende partij:

de n.v. KPN ORANGE BELGIUM,
die woonplaats kiest bij
Advocaten P. DE BOCK en G. VAN THUYNE,
kantoor houdende te 1150 BRUSSEL,
Tervurenlaan 268A.

DE RAAD VAN STATE, Xe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de Philippe MINNAERT in eigen naam en namens zijn minderjarige dochter Marthe MINNAERT op 27 april 2000 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit van 16 december 1999 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente ZINGEM waarbij aan de n.v. KPN Orange Belgium de bouwvergunning wordt verleend voor "het bouwen van een mast, aanbrengen van antennes en bijhorende technische cabines voor mobiele communicatie" aan de Heirentstraat te Zingem (Ouwegem), op een perceel kadastraal bekend Sectie A, nr. 1124L;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 13 juli 2000 ingediend door de n.v. KPN ORANGE BELGIUM;

Gelet op de beschikking van 7 augustus 2000 die de tussenkomst van de n.v. KPN ORANGE BELGIUM toelaat;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door Auditeur P. BARRA;

Gelet op de beschikking van 7 februari 2002 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 regelmatig gewisselde laatste memories;

Gelet op de beschikking van 27 juli 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 14 januari 2005;

Gehoord het verslag van Staatsraad J. BOVIN;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat Ch. DE RYCKE die, loco Advocaat G. VERMEIRE verschijnt voor de verzoekende partij, van Advocaat P. AERTS, die verschijnt voor de eerste verwerende partij, van Advocaat P. VAN ASSCHE die, loco Advocaat V. TOLLENAERE verschijnt voor de tweede verwerende partij, en van Advocaat P. DE BOCK, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur P. BARRA;

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

Overwegende dat het betrokken perceel volgens de bestemmingsvoorschriften van het bij koninklijk besluit van 24 februari 1977 vastgesteld gewestplan Oudenaarde is gelegen in landschappelijk waardevol agrarisch gebied; dat het niet is gelegen binnen het beheersingsgebied van een door de Koning-thans de Vlaamse regering- goedgekeurd bijzonder plan van aanleg, noch binnen het gebied van een behoorlijk vergunde, niet vervallen verkaveling; dat zich op het betrokken perceel een voetbalveld met op de hoeken lichtpylonen bevindt; dat de

eerste verzoekende partij eigenaar is van een woning waarvan de achtertuin grenst aan het kwestieus perceel; dat verzoekende partijen deze woning bewonen; dat de n.v. KPN ORANGE BELGIUM op 25 augustus 1999 een bouwaanvraag heeft ingediend bij het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Zingem strekkende tot het bouwen van een mast, het aanbrengen van antennes en bijhorende technische cabines voor mobiele communicatie; dat de tussenkomen partij het kwestieus perceel deels in huur heeft genomen; dat de verhuurster de toelating heeft gegeven om op het perceel een zendmast met toebehoren op te richten; dat de inplanting van de mast wordt voorzien op één van de hoeken van het voetbalveld en in de plaats komt van een lichtpyloon; dat de aanvraag op 29 september 1999 door het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Zingem met een gunstig pre-advies wordt doorgestuurd naar de gemachtigde ambtenaar; dat de afdeling Land op 4 november 1999 een gunstig advies heeft uitgebracht; dat de gemachtigde ambtenaar op 1 december 1999 eveneens een gunstig advies heeft uitgebracht; dat het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Zingem bij het thans bestreden besluit van 16 december 1999 de gevraagde vergunning onder de voorwaarden gesteld in het advies van de gemachtigde ambtenaar heeft verleend;

Overwegende dat de raadsman van de verzoekende partijen ter terechtzitting afstand heeft gedaan van het geding in zover het is ingesteld door eerste verzoeker "namens zijn minderjarige dochter Marthe Minnaert";

Overwegende dat verzoeker anticipatief opmerkt dat zijn beroep tijdig is ingesteld; dat verzoeker op 24 februari 2000 werkzaamheden heeft opgemerkt; dat hij op 28 februari 2000 de vergunning is gaan inzien op het gemeentehuis; dat hij midden maart een afschrift van de vergunning heeft verkregen;

Overwegende dat de eerste verwerende partij opwerpt dat zij passend voorbehoud maakt daar verzoeker dient te bewijzen wanneer hij de werken precies heeft opgemerkt en zich naar het gemeentehuis heeft begeven; dat de tweede verwerende partij opwerpt dat de Raad ambtshalve zal nagaan in hoeverre het beroep binnen de beroepstermijn is ingediend;

Overwegende dat verzoeker repliceert dat het aan de verwerende partijen is aan te tonen dat zijn beroep laattijdig is;

Overwegende dat bouwvergunningen noch bekendgemaakt, noch aan derden betekend dienen te worden; dat voor derden belanghebbenden de in artikel 4 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State bepaalde termijn van zestig dagen ingaat met de dag waarop zij kennis hebben van de vergunning of ervan kennis konden hebben, gebruik makend van de hen door artikel 2 van het koninklijk besluit van 22 oktober 1971 tot uitvoering van artikel 63 van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw geboden mogelijkheid om er ten gemeentehuize inzage van te nemen; dat deze termijn ingaat de dag waarop zij, aan de hand van wat zij kunnen vaststellen op de plaats waar de vergunde bouwwerken worden uitgevoerd, zich ervan rekenschap dienen te geven dat krachtens het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, voor de uitvoering van die werken een bouwvergunning vereist is, en dat zij bijgevolg redelijkerwijze moeten of kunnen veronderstellen dat een vergunning is afgegeven; dat het zaak is van de partij die opwerpt dat de verzoekende partij kennis had of had kunnen hebben van een bestuurshandeling, het bewijs daarvan te leveren;

Overwegende dat het beroep is ingesteld op 27 april 2000; dat de verwerende partijen geen gegevens aanbrengen die aannemelijk maken dat de verzoekende partij meer dan zestig dagen voor het indienen van het beroep kennis had of had kunnen hebben van de bestreden beslissing; dat het beroep tijdig is ingesteld; dat de exceptie niet kan worden aangenomen;

Overwegende dat verzoeker anticipatief een drievoudig belang aanvoert; dat hij vooreerst een belang aanvoert voortspruitend uit visuele en landschappelijke waarde; dat de zendmast ongeveer 80 m van zijn perceel is verwijderd en ongeveer 170 m van zijn woning; dat de meer dan 40 m hoge paal de omgeving domineert, terwijl verzoeker zich op basis van de bestemming landschappelijk waardevol agrarisch gebied eraan kon verwachten dat de overheid deze bestemming in acht zou nemen; dat hij ten tweede opmerkt dat er schade aan de gezondheid, minstens onzekerheid dienomtrent en dus psychische schade veroorzaakt wordt; dat er ten derde schade is door de daling van de waarde van zijn eigendom;

Overwegende dat de eerste verwerende partij omtrent het belang opmerkt dat bij verzoeker de hoedanigheid als aanpalende buurtbewoner een relatief begrip is; dat zijn perceelgrens 80 m verwijderd is van de bouwwerken; dat ook de

visuele hinder hoogstens erg beperkt is daar de vergunde pyloon in de plaats komt van de lichtmast; dat voorts geen enkele wetenschappelijke studie gezondheidsrisico's heeft aangeduid;

Overwegende dat de tweede verwerende partij het belang van de verzoekende partij als aanpalende buurtbewoner relativeert, evenals de visuele en landschappelijke schade; dat zij eveneens betoogt dat de gezondheidsschade niet bewezen is, evenmin als de daling van de waarde van de eigendom;

Overwegende dat de verzoekende partij repliceert dat de visuele hinder evident is; dat zij hiervoor verwijst naar de door haar neergelegde foto's; dat de vroegere verlichtingspaal de helft kleiner was dan wat er nu staat en dat deze verlichtingspaal bovendien zonevreemd was; dat er onzekerheid bestaat nopens de (on)schadelijkheid en het financieel belang;

Overwegende dat niet wordt betwist dat verzoeker eigenaar is van een eigendom waarvan de tuin paalt aan het perceel waarvoor de bestreden vergunning is verleend; dat verzoeker hierdoor alleen reeds van het wettelijk vereiste belang doet blijken; dat het bijgebrachte fotomateriaal bovendien duidelijk aangeeft dat de zendmast opvallend in het gezichtsveld van verzoeker is gelegen en ingeplant is op enkele tientallen meters van de perceelgrens; dat de exceptie niet kan worden aangenomen;

Overwegende dat de tussenkomenende partij opwerpt dat het beroep ingesteld tegen het Vlaamse Gewest onontvankelijk dient te worden verklaard daar deze partij geen voor vernietiging vatbare rechtshandeling heeft gesteld;

Overwegende dat op grond van artikel 43, § 1, eerste lid, van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996, de bestreden bouwvergunning niet kan worden verleend dan op eensluidend advies van de gemachtigde ambtenaar en mits vermelding hierin van het beschikkend gedeelte ervan; dat het advies van de gemachtigde ambtenaar de onontbeerlijke grondslag vormt van de bestreden bouwvergunning; dat de exceptie niet kan worden aangenomen;

Overwegende dat verzoeker in zijn derde middel de schending aanvoert van de motiveringsverplichting, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen,

van het beginsel van behoorlijk bestuur, van de bij decreet van 5 april 1995 houdende de algemene bepalingen inzake milieubeleid vastgelegde principes en van artikel 23, 2° en 4° van de Grondwet; dat hij uiteenzet dat de bouwvergunning een afdoende, uitdrukkelijke en draagkrachtige motivering dient te bevatten, zowel in feite als in rechte, dat in het advies van de gemachtigde ambtenaar de term gemeenschapsvoorziening niet afdoende wordt gemotiveerd, dat er evenzeer een gebrekkige motivering is wat betreft het overeenstemmen met de algemene bestemming van het gebied en het architectonisch karakter van de omgeving, dat er geen beoordeling is door het college, dat zich zelfs niet aansluit bij het advies van de gemachtigde ambtenaar of er zijn akkoord mee betuigt, dat het advies van de gemachtigde ambtenaar handelt over een beperkte aantasting en een voetbalveld dat niet vergund is, hetgeen geen afdoende motivering is, dat er geen enkele bekommernis is van de overheid wat de bescherming van de gezondheid van de omwonenden betreft, dat de zorgvuldigheidsverplichting deel uitmaakt van het beginsel van behoorlijk bestuur, dat artikel 1.2.1. van het decreet van 5 april 1995 inhoudt dat de gemachtigde ambtenaar de milieubescherming dient te hanteren in zijn beleid en dus onder meer het voorzorgsbeginsel en het beginsel van preventief handelen moet toepassen, dat de bescherming van de gezondheid trouwens ingeschreven staat in de Grondwet;

Overwegende dat de eerste verwerende partij in haar memorie van antwoord repliceert dat de motivering van de gemachtigde ambtenaar volstaat en dat het college het gunstig advies tot het zijne heeft gemaakt, dat het college wel degelijk een eigen beoordeling heeft gemaakt zoals blijkt uit het pre-advies; dat tot op heden nooit werd aangetoond dat een zendmast gezondheidsschade kan veroorzaken;

Overwegende dat de tweede verwerende partij in haar memorie van antwoord repliceert dat mobiele communicatie wel als gemeenschapsvoorziening kan worden beschouwd, dat het college de vergunning heeft verleend na gesteld te hebben dat er kennisname is van het advies, dat het de vergunning heeft verleend onder de voorwaarden gesteld door de gemachtigde ambtenaar, dat dit advies bij de vergunning wordt gevoegd en verondersteld wordt er deel van uit te maken, dat er slechts sprake kan zijn van een schending van de formele motiveringsplicht indien het doel van de formele motiveringswet niet wordt bereikt, dat zij voor wat de rest van het eerste onderdeel van het middel betreft verwijst naar haar repliek op het eerste middel, dat wat het tweede onderdeel betreft, zij erop wijst dat de ingeroepen bepalingen onvoldoende normatief zijn, dat zelfs wanneer ze recht-

streeks afdwingbare kracht zouden hebben, slechts heel duidelijke schendingen of schendingen van de stand-still verplichting in aanmerking genomen worden, wat hier niet het geval is;

Overwegende dat de tussenkomende partij in wezen dezelfde argumentatie aanbrengt als de verwerende partijen;

Overwegende dat verzoeker in zijn memorie van wederantwoord dupliceert dat de motivering van de gemachtigde ambtenaar hoe dan ook niet draagkrachtig is; dat hij wijst op de steeds meer waarschuwende geluiden inzake gezondheidsrisico's veroorzaakt door de werking van GSM-zendmasten;

Overwegende dat de eerste verwerende partij in haar laatste memorie nog uiteenzet dat in de bestreden beslissing uitdrukkelijk wordt vermeld dat de vergunning wordt afgegeven onder de voorwaarden en de bepalingen vermeld in het eensluidend advies van de gemachtigde ambtenaar, dat het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Zingem expliciet heeft vermeld kennis van dit advies te hebben genomen en zich aan te sluiten bij de in dit advies gestelde voorwaarden, dat het standpunt van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Zingem als vergunningverlenende overheid dan ook wel degelijk voorligt, dat de motiveringsverplichting in voorkomend geval slechts tot de nietigheid kan leiden "indien het doel van de wet niet werd bereikt", dat nu blijkt dat de verzoekende partijen zich tegen alle motieven hebben kunnen verweren, er ook geen sprake kan zijn van een schending van de motiveringsverplichting;

Overwegende dat de tweede verwerende partij in haar laatste memorie betoogt dat de bestreden beslissing stelt dat het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Zingem kennis heeft genomen van het eensluidend advies van de gemachtigde ambtenaar uitgebracht op 1 december 1999 en weergeeft dat het beschikkend gedeelte gunstig is, dat hieruit volgt dat het college van burgemeester en schepenen met zoveel woorden het beschikkend gedeelte van het advies van de gemachtigde ambtenaar heeft weergegeven, dat het college van burgemeester en schepenen bovendien stelt dat een eensluidende kopie als bijlage bij de bouwvergunning wordt geleverd om er een ondeelbaar geheel van te blijven, dat dit er meer dan duidelijk op wijst dat het college van burgemeester en schepenen het advies van de gemachtigde ambtenaar tot het zijne maakt, dat het college van burgemeester en schepenen in het voorafgaand advies een uitgebreide eigen beoordeling heeft gegeven;

Overwegende dat de verzoekende partij in haar laatste memorie inzake de schade die veroorzaakt wordt door GSM-masten nog verwijst naar een studie van prof. Santini, naar bevindingen die in Spanje aan het licht werden gebracht in het parlement en naar het feit dat de Wereld Gezondheidsorganisatie een bijkomend onderzoek nodig vindt, dat ze hieruit afleidt dat het voorzorgsprincipe geschonden werd en dat de bescherming van een gezond leefmilieu niet gewaarborgd is;

Overwegende dat luidens de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen elke eenzijdige rechtshandeling met individuele strekking die uitgaat van een bestuur en die beoogt rechtsgevolgen te hebben voor één of meer bestuurden of voor een ander bestuur, in de akte de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat deze afdoende moeten zijn; dat hieruit volgt dat enkel met de in het bestreden besluit zelf vermelde redengeving rekening kan worden gehouden;

Overwegende dat de bestreden bouwvergunning verwijst naar de bouwaanvraag, naar het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996 en de uitvoeringsbesluiten; dat zij vervolgens vaststelt dat het betrokken perceel volgens de bestemmingsvoorschriften van het bij koninklijk besluit van 24 februari 1977 vastgesteld gewestplan Oudenaarde in landschappelijk waardevol agrarisch gebied is gelegen; dat er voor het gebied waarin de aanvraag is gelegen, geen goedgekeurd algemeen plan van aanleg bestaat; dat tenslotte het beschikkend gedeelte van het eensluidend advies van de gemachtigde ambtenaar wordt vermeld; dat het bestreden besluit geen redengeving van het college van burgemeester en schepenen bevat;

Overwegende dat artikel 43, § 1, van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996, bepaalt dat zolang voor het gebied waarin het goed begrepen is geen goedgekeurd bijzonder plan van aanleg bestaat, de vergunning niet kan worden verleend dan op eensluidend advies van de door de Vlaamse regering gemachtigde ambtenaar of ambtenaren van Administratie voor Ruimtelijke Ordening, Huisvesting en Monumenten en Landschappen van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, "de gemachtigde ambtenaar" genoemd; dat luidens § 4 van hetzelfde artikel de vergunning het beschikkend gedeelte van het advies van de gemachtigde ambtenaar moet overnemen, en de gemachtigde

ambtenaar nagaat of zijn advies in acht werd genomen en, zo niet, de beslissing van het college van burgemeester en schepenen schorst;

Overwegende dat de bij de genoemde bepalingen aan het college van burgemeester en schepenen opgelegde verplichting het beschikkend gedeelte van het advies van de gemachtigde ambtenaar over te nemen in de beslissing waarbij het over de bouwaanvraag beslist, ertoe strekt het toezicht van de gemachtigde ambtenaar op de beslissingen van het college van burgemeester en schepenen mogelijk te maken; dat de gemachtigde ambtenaar immers op zicht van de vergunning moet kunnen nagaan of deze overeenstemt met het gegeven advies en, zo niet, deze te schorsen; dat evenwel het feit dat op de beslissingen van het college van burgemeester en schepenen door de gemachtigde ambtenaar controle wordt uitgeoefend, dit college er niet van ontslaat zich een eigen opvatting te vormen en te onderzoeken of een aanvraag om bouwvergunning in overeenstemming is met de geldende wettelijke en reglementaire bepalingen en of de beoogde werken en handelingen de behoorlijke aanleg van de plaats niet in het gedrang brengen en of aan de eisen gesteld ter waarborging van de goede aanleg - door het college beter gekend dan door de gemachtigde ambtenaar- is tegemoetgekomen; dat het college van burgemeester en schepenen, doordat het over een eigen beslissingsbevoegdheid beschikt, ertoe gehouden is zijn eigen motivering te doen kennen in de beslissing zelf; dat, ingeval het college van oordeel is dat, wat hem betreft, de redenen vervat in het beschikkend gedeelte van het advies van de gemachtigde ambtenaar het verlenen van de vergunning afdoende verantwoorden, de motiveringsplicht op zijn minst vereist dat het college van burgemeester en schepenen dit in zijn beslissing over de bouwaanvraag dan ook met zoveel woorden vermeldt; dat dit ter zake niet het geval blijkt te zijn; dat om deze reden alleen reeds het middel gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van 16 december 1999 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente ZINGEM waarbij aan de n.v. KPN Orange Belgium de bouwvergunning wordt verleend voor "het bouwen van een mast, aanbrengen van antennes en bijhorende technische cabines voor mobiele communicatie" aan de Heirentstraat te Zingem (Ouwegem), op een perceel kadastraal bekend Sectie A, nr. 1124L.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van verwerende partijen, ieder voor de helft.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 123,95 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vijftientwintig februari 2005, door de Xe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	J. BOVIN,	wnd. kamervoorzitter staatsraad,
	E. BREWAEYS,	staatsraad,
	B. SEUTIN,	staatsraad,
Mevr.	A. TRUYENS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

A. TRUYENS.

J. BOVIN.