

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 166.310 van 22 december 2006
in de zaak A. 155.510/X-12.048.**

In zake : 1. Bert DE BRAUWER,
 2. Ludo BERX,
 3. Alain WOUTERS,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaten K. GEELEN en I. DEDECKER,
 kantoor houdende te 3500 HASSELT,
 Gouverneur Roppesingel 131

tegen :

 het VLAAMSE GEWEST,
 dat woonplaats kiest bij
 Advocaat Ch. LEMACHE,
 kantoor houdende te 3800 SINT-TRUIDEN,
 Tongersesteenweg 60

tussenkommende partij :

 de nv MOBISTAR,
 die woonplaats kiest bij
 Advocaat O. ONGHENA,
 kantoor houdende te 2000 ANTWERPEN,
 Tavernierkaai 2.

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 Bert DE BRAUWER, Ludo BERX en Alain WOUTERS op 10 september 2004 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit van 8 juli 2004 van de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar waarbij aan de nv MOBISTAR de stedenbouwkundige vergunning wordt verleend voor het bouwen van een GSM-vakwerkpyloon met technische installatie te Kuringen, Simpernelstraat, op een perceel kadastraal bekend sectie B, nr. 397b;

Gelet op het arrest nr. 140.852 van 18 februari 2005 waarbij de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing wordt bevolen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting, op 7 maart 2005 ingediend door de verwerende partij;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst, op 17 juni 2005 ingediend door de nv MOBISTAR;

Gelet op de beschikking van 11 juli 2005 die de tussenkomst van de nv MOBISTAR toelaat;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door Eerste Auditeur J. CLEMENT;

Gelet op de beschikking van 31 maart 2006 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 verzoekende partijen;

Gelet op de beschikking van 28 augustus 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 6 oktober 2006;

Gehoord het verslag van Staatsraad J. BOVIN;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat K. WOUTERS die loco Advocaten K. GEELLEN en I. DEDECKER verschijnt voor de verzoekende partijen, van Advocaat A. BEELEN die loco Advocaat Ch. LEMACHE verschijnt voor de verwerende partij, en van Advocaat P. GODDERIS die loco Advocaat O. ONGHENA verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Eerste Auditeur J. CLEMENT;

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

Overwegende dat de nv MOBISTAR na een eerdere weigering bij besluit van 18 maart 2003 van de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar, op 9 januari 2004 bij de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar een nieuwe bouwaanvraag heeft ingediend voor het bouwen van een GSM-vakwerkpyloon op

een perceel gelegen te Hasselt (Kuringen), Simpernelstraat, kadastraal bekend sectie B, nr. 397b; dat dit perceel volgens de bestemmingsvoorschriften van het bij koninklijk besluit van 3 april 1979 vastgestelde gewestplan Hasselt-Genk is gelegen in een gebied voor ambachtelijke bedrijven of voor kleine en middelgrote ondernemingen; dat het niet is gelegen binnen een door de Koning -thans de Vlaamse regering- goedgekeurd bijzonder plan van aanleg en evenmin binnen het gebied van een behoorlijk vergunde, niet vervallen verkaveling; dat in het aanpalend woongebied de eigendommen van de drie verzoekende partijen zijn gelegen; dat de ontworpen pyloon een hoogte heeft van 30 m, een technische kast en een omheining die in totaal een oppervlakte van ongeveer 60 m² innemen; dat tijdens het openbaar onderzoek achttien bezwaarschriften werden ingediend, onder meer één door elk van de drie verzoekende partijen; dat het College van burgemeester en schepenen van de stad Hasselt op 6 mei 2004 een ongunstig advies heeft uitgebracht; dat de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar bij het thans bestreden besluit van 8 juli 2004 de stedenbouwkundige vergunning heeft verleend; dat de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar evenwel het bestreden besluit van 8 juli 2004 bij besluit van 15 juni 2005 eensdeels heeft ingetrokken en anderdeels aan de nv MOBISTAR de stedenbouwkundige vergunning heeft verleend voor dezelfde werken op hetzelfde perceel; dat de Raad van State bij arrest nr. 155.598 van 24 februari 2006 de schorsing van de tenuitvoerlegging van voormeld besluit van 15 juni 2005 heeft bevolen; dat dit besluit vervolgens bij arrest nr. 159.035 van 19 mei 2006 werd vernietigd in toepassing van artikel 17, § 4 bis, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;

Overwegende dat de verzoekende partijen in een eerste middel de schending aanvoeren van artikel 20 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en gewestplannen, van artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het materieel motiveringsbeginsel;

Overwegende dat de verzoekende partijen in de uiteenzetting van het middel stellen dat zij niet betwisten dat het bouwwerk een openbare dienst of gemeenschapsvoorziening betreft, maar wel dat het bouwwerk niet verenigbaar is met de algemene bestemming en het architectonisch karakter van het gebied, dat de verwerende partij gemeend heeft de verenigbaarheid met de algemene bestemming van het gebied te kunnen afleiden uit de vergelijkbaarheid van de constructie met

zone-eigen constructies, uit de beperkte oppervlakte en uit de bestemmings-ongevoeligheid, dat, wat de vergelijkbaarheid van de constructie met zone-eigen constructies betreft, wordt gesteld dat bouwwerken in dergelijke gebieden niet verboden zijn en dat de algemene bestemming van het gebied derhalve niet wordt geschonden door het toelaten van een bouwwerk, dat een dergelijke motivering nietszeggend is, dat de verwerende partij niet in concreto heeft onderzocht op welke manier een GSM-pyloon in overeenstemming is met constructies die wel zone-eigen zijn en geen vergelijking maakt met de gebouwen die ter plaatse in het industriegebied zijn opgetrokken, dat verder de oppervlakte en de afmetingen die de GSM-pyloon inneemt absoluut irrelevant zijn voor de beoordeling van de verenigbaarheid met de algemene bestemming van het gebied, dat de verwerende partij overigens zelf heeft erkend dat er toch een zeker storend of uitzonderlijk karakter verbonden is aan de pyloon, dat een pyloon van 30 m hoog wel degelijk een uitzonderlijke en storende constructie is in een ambachtelijk industriegebied waar de gebouwen gebruikelijk van een lager type zijn, dat het al dan niet storend en uitzonderlijk karakter niet in abstracto maar wel in concreto moet worden beoordeeld, dat het argument dat de pyloon ten dienste staat van de volledige bevolking ongeacht in welk bestemmingsgebied deze zich bevindt irrelevant is voor de beoordeling van de verenigbaarheid met de algemene bestemming, dat de bestemmingsongevoeligheid eveneens in concreto dient te worden getoetst aan het betrokken KMO-gebied, dat de constructie evenmin verenigbaar is met het architectonisch karakter van het gebied, dat het al dan niet uitzonderlijk karakter van de hoogte voor het KMO-gebied een algemene opmerking is, die niet in concreto werd getoetst en bovendien niet correct is, dat de bestreden beslissing niet stelt wat het architectonisch karakter is van het gebied voor ambachtelijke bedrijven of kleine en middelgrote ondernemingen, noch van het aanpalend woongebied, dat de argumentatie betreffende de beperkte ingenomen oppervlakte, de niet uitzonderlijke of storende hoogte, de afstand tot het woongebied en de dichtstbijzijnde woning niet specifiek betrekking hebben op het architectonisch karakter van de omgeving, dat de verwerende partij ten onrechte heeft gesteld dat een pyloon van 30 m geen hinder zal meebrengen voor de verzoekende partijen, dat de verzoekende partijen allen aanpalende burens zijn die nu een ongestoord zicht hebben vanuit hun tuin;

Overwegende dat de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen bepalen dat 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 die 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; dat deze motivering des te concreter en preciezer moet zijn wanneer het besluit een voorafgaand -ook al is het niet bindend- ongunstig advies dat op duidelijke en concrete elementen is gesteund, niet bijtreedt;

Overwegende dat niet wordt betwist dat het bouwperceel volgens de bestemmingsvoorschriften van het bij koninklijk besluit van 3 april 1979 vastgestelde gewestplan Hasselt-Genk is gelegen in een gebied voor ambachtelijke bedrijven en voor kleine en middelgrote ondernemingen; dat evenmin wordt betwist dat de bouw van een GSM-vakwerkpyloon met technische installatie niet thuishoort in een zodanig gebied; dat om die reden het bestreden besluit de bouwwerken heeft vergund op grond van artikel 20 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerpgewestplannen en gewestplannen;

Overwegende dat bedoeld artikel 20 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 bepaalt wat volgt:

"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 gebied";

Overwegende dat het College van burgemeester en schepenen van de stad Hasselt in zijn ongunstig advies over de aanvraag met betrekking tot de "Architectonische en ruimtelijke afweging" onder meer heeft gesteld wat volgt:

"Overwegende dat de aanvraag betrekking heeft op het plaatsen van een vakwerkpyloon van 30m hoogte met bijhorende technische installatie en omheining.

- (...); overwegende dat deze pyloon door zijn hoogte een visuele hinder veroorzaakt ten opzichte van de bestaande en geplande bouwpercelen; dat de pyloon 23 m hoger is dan het bedrijfsgebouw en de bestaande groene haag; dat hier dus geen sprake is van buffering;

- De pyloon wordt ingeplant op amper 30,00m afstand van de grens met het woongebied; de visuele hinder die hieruit voortvloeit voor de omwonenden is vanuit esthetisch oogpunt onaanvaardbaar";

Overwegende dat het bestreden besluit wat betreft de "verenigbaarheid met het architectonisch karakter" van de ontworpen constructie is gemotiveerd als volgt:

"De installatie (pyloon, technische kast en omheining) neemt slechts een beperkte oppervlakte in (ca. 60 m²). Bovendien is de pyloon qua hoogte (30 m) niet echt als uitzonderlijk of storend te beschouwen in een KMO-zone. De eventuele visuele hinder voor de omgeving wordt beperkt door de inplanting tussen een bestaande hangar en een bomenrij, zodat enkel de top van de vakwerkmast zichtbaar is. Een eerder voorstel, dat geweigerd werd omwille van het storend karakter, werd om die reden ook in hoogte teruggebracht tot 30 m. De afstand van de pyloon tot het woongebied (30 meter) en de dichtstbijzijnde woning (50 meter) is voor een pyloon van 30 meter voldoende groot aangezien zelfs de soms in woongebieden gehanteerde niet bindende vuistregel, die de '45-graden regel' genoemd wordt, gerespecteerd wordt (afstand van bouwwerk tot een bepaalde plek moet minstens zo hoog zijn als de hoogte van het bouwwerk). Deze regel dient om de bezonning van aanpalende eigendommen te vrijwaren en visuele hinder te vermijden. De regel wordt daarom meestal gehanteerd bij hinderlijke gesloten bouwwerken. Aangezien het hier gaat over een open, visueel doorzichtige vakwerkstructuur, zou een geringere afstand kunnen worden toegestaan. Dus lijkt deze afstand van 30 meter zeker aanvaardbaar te zijn.

Gelet op bovenstaande redenen kan de aanvraag beschouwd worden als zijnde in overeenstemming met de ervoor gestelde regelen en kan derhalve artikel 20 van het KB van 28 december 1972 toegepast worden.

Wat het ongunstig advies van het schepencollege van Hasselt betreft, weerlegt bovenstaande motivering de ruimtelijke en visuele bezwaren";

Overwegende dat tegenover de argumenten van het college van burgemeester en schepenen dat "deze pyloon door zijn hoogte een visuele hinder veroorzaakt" doordat hij "23 m hoger is dan het bedrijfsgebouw en de bestaande groene haag" en "dat hier dus geen sprake is van buffering", en dat hij wordt "ingeplant op amper 30,00m afstand van de grens met het woongebied" zodat "de visuele hinder die hieruit voortvloeit voor de omwonenden (...) vanuit esthetisch oogpunt onaanvaardbaar is", in de motivering van het bestreden besluit geen concrete en precieze argumenten worden geplaatst die het door de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar ingenomen standpunt kunnen verantwoorden; dat deze zich immers steunt op dezelfde argumenten qua inplanting en afstand, zonder daarbij te betwisten dat de zichtbare, niet door gebouwen of groen gebufferde "top" een hoogte heeft van 23 m, maar vooral zonder de redenen te vermelden waarom de op concrete elementen gesteunde conclusie van het college van burgemeester en schepenen niet wordt bijgetreden; dat het argument dat, wat de afstand tot het woongebied betreft, de aanvraag voldoet aan "de soms in woongebieden gehanteerde niet bindende vuistregel, die de '45 graden regel' genoemd wordt" niet alleen niet kan volstaan ter verantwoording van de verenigbaarheid met het architectonisch karakter van het gebied, maar evenmin ingevolge de door de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar zelf omschreven aard van deze zgn. "regel" zelf, niet nuttig kan worden ingeroepen; dat de in het bestreden besluit vermelde redengeving niet afdoende is om de afgifte van de gevraagde stedenbouwkundige vergunning met toepassing van

artikel 20 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 wettig te kunnen verantwoorden; dat het middel in zoverre gegrond is;

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van 8 juli 2004 van de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar waarbij aan de nv MOBISTAR de stedenbouwkundige vergunning wordt verleend voor het bouwen van een GSM-vakwerkpyloon met technische installatie te Kuringen, Simpernelstraat, op een perceel kadastraal bekend sectie B, nr. 397b.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 1050 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op tweeëntwintig december 2006, 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.