

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 182.905 van 14 mei 2008
in de zaak A. 91.001/X-9483.**

In zake : Hadelin KERVYN de MEERENDRÉ (overleden),
rechtsgeding hervat door:
1. Elisabeth van EYLL,
2. Bénédicte KERVYN de MEERENDRÉ,
3. Thierry KERVYN de MEERENDRÉ,
4. Edmond KERVYN de MEERENDRÉ,
5. Michel KERVYN de MEERENDRÉ,
die woonplaats kiezen bij
advocaten T. VANDENPUT en P. DE MAEYER,
kantoor houdende te 1160 BRUSSEL,
Tedescolaan 7

tegen :

het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
advocaat S. VAN GEETERUYEN,
kantoor houdende te 1080 BRUSSEL,
Leopold II-laan 180.

tussenkommende partij :

de n.v. KPN ORANGE BELGIUM, thans de n.v. BASE,
die woonplaats kiest bij
advocaat G. van THUYNE,
kantoor houdende te 1150 BRUSSEL,
Tervurenlaan 268A.

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 Hadelin KERVYN de MEERENDRÉ op 14 april 2000 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit van 28 januari 2000 van de gemachtigde ambtenaar voor zover aan de administratie wegen en verkeer een bouwvergunning wordt verleend voor het bouwen van een zendmast op een perceel gelegen te Wezembeek-Oppem, Kollebloemlaan, kadastraal bekend sectie D, nr. 87/c/11;

Gelet op het arrest nr. 93.108 van 7 februari 2001 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting, op 8 maart 2001 ingediend door verzoeker;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst, op 25 juli 2001 ingediend door de n.v. KPN ORANGE BELGIUM, thans de n.v. BASE;

Gelet op de beschikking van 28 augustus 2001 die de tussenkomst van de n.v. KPN ORANGE BELGIUM, thans de n.v. BASE, toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien de memorie van de tussenkomende partij;

Gezien het uittreksel uit het register der overlijdensakten van de gemeente Sint-Lambrechts-Woluwe waaruit blijkt dat Hadelin KERVYN de MEERENDRÉ op 31 oktober 2001 te Sint-Lambrechts-Woluwe is overleden;

Gezien het op 7 december 2001 aan de Raad van State gerichte verzoekschrift waarbij Elisabeth van EYLL, Bénédicte KERVYN de MEERENDRÉ, Thierry KERVYN de MEERENDRÉ, Edmond KERVYN de MEERENDRÉ en Michel KERVYN de MEERENDRÉ verklaren het geding te hervatten;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur T. DE WAELE;

Gelet op de beschikking van 25 juni 2004 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 memories;

Gelet op de beschikking van 19 februari 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 14 maart 2008;

Gehoord het verslag van staatsraad P. LEFRANC;

Gehoord de opmerkingen van advocaat P. DE MAEYER, die verschijnt voor de verzoekende partijen, van advocaat B. SPELEERS, die loco advocaat S. VAN GEETERUYEN verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat P. LOUAGE, die loco advocaat G. van THUYNE verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur T. DE WAELE;

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

OVERWEEGT WAT VOLGT :

1. De feiten

1.1. Op 2 augustus 1999 dient de directeur-generaal van de administratie wegen en verkeer een bouwaanvraag in voor het oprichten van elf zendmasten, geschikt voor vier GSM-operatoren, op lokaties in eigendom langs autosnelwegen op het grondgebied van Oevel (Westerlo), Ham, Hoegaarden, Hoeselt, Kuringen (Hasselt), Lummen, Hasselt, Peutie (Vilvoorde), Diegem (Machelen), Wezembeek-Oppem en Groot-Bijgaarden (Dilbeek).

1.2. Het wordt niet betwist dat de oorspronkelijke verzoeker woonde aan de overzijde van de straat op een afstand van ongeveer 30 meter van de voorziene inplantingsplaats van de zendmast op site nummer 10 te Wezembeek-Oppem aan de Kollebloemlaan.

1.3. Het bouwperceel te Wezembeek-Oppem is volgens het bij koninklijk besluit van 7 maart 1977 vastgesteld gewestplan Halle-Vilvoorde-Asse deels gelegen in woongebied en deels in gebied voor autosnelweg. De zendmast en installatie zijn integraal voorzien in woongebied.

Het betrokken perceel is niet gelegen binnen een gebied waarvoor een door de Koning -thans de Vlaamse regering- goedgekeurd bijzonder plan van aanleg bestaat, en evenmin binnen het gebied van een behoorlijk vergunde verkaveling.

1.4. Na gunstige adviezen van het bestuur van de luchtvaart en het instituut voor het archeologisch patrimonium geeft de gemachtigde ambtenaar op 27 augustus 1999 een voorwaardelijk gunstig advies dat luidt:

“De mast wordt ingeplant op een spievormig restperceel tussen de autosnelweg en een villaverkaveling. Het perceel is in een woonzone gelegen. Gelet op de nabijheid van de luchthaven werd de hoogte van deze mast beperkt tot 30 meter (in plaats van de gebruikelijke 42 meter) zodat de visuele impact tot de dichtst gelegen woningen (op 30 meter) beperkt zal blijven. Uit een plaatsbezoek is gebleken dat deze site planologisch en stedenbouwkundig de meest verantwoorde keuze is in dit hoogresidentieel gebied doch dat bijzondere aandacht dient besteed aan het kleurgebruik.

Het project is om deze redenen in overeenstemming met de telecomcode mits de pyloon in een groene kleur te verven zodat een betere integratie met bebost bouwperceel bekomen wordt.

Er wordt dan ook een voorwaardelijk gunstig advies verstrekt: verven van de installatie in het groen (reeds toegezegd door de bouwheer)”.

1.5. De directeur-generaal van A.R.O.H.M. verleent bij besluit van 22 december 1999 de bouwvergunning voor de sites 1, 2, 3, 5, 6, 7 en 10. Er wordt geen vergunning verleend voor de sites 4, 8, 9 en 11.

1.6. In de beslissing wordt er, wat de site te Wezembeek-Oppem betreft, van uitgegaan dat het college van burgemeester en schepenen verzuimd heeft om tijdig een advies over de aanvraag te verlenen.

Het college blijkt evenwel tijdig een ongunstig advies te hebben verstrekt dat als volgt luidt:

“(…)

Het oprichten van steeds maar nieuwe masten zal leiden tot een onherstelbare situatie waardoor het residentiële karakter van de gemeente in gevaar wordt gebracht. Het ingediend ontwerp is daarenboven niet in harmonie met de residentiële bebouwing in de omgeving, vormt een permanente, visuele hinder en is derhalve onverenigbaar met de goede aanleg van de plaats”.

1.7. De directeur-generaal van A.R.O.H.M. trekt hierop de bouwvergunning van 22 december 1999 in en verleent de bouwvergunning opnieuw bij besluit van 28 januari 2000 voor de sites 1, 2, 3, 5, 6, 7 en 10. Voor deze laatste site luidt de motivering als volgt:

“(…)

Volgens het gewestplan is de aanvraag gelegen in woongebied en gebied voor autosnelweg. De woongebieden zijn bestemd voor wonen, alsmede voor handel, dienstverlening, ambacht en kleinbedrijf voor zover deze taken van bedrijf om redenen van goede ruimtelijke ordening niet in een daartoe aangewezen gebied moeten worden afgezonderd, voor groene ruimten, voor

sociaal-culturele inrichtingen, voor openbare nutsvoorzieningen, voor toeristische voorzieningen, voor agrarische bedrijven. Deze bedrijven, voorzieningen en inrichtingen mogen echter maar worden toegestaan voor zover ze verenigbaar zijn met de onmiddellijke omgeving. Een G.S.M.-mast kan als dienstverlening worden beschouwd. Hij is niet van die aard dat hij omwille van stedenbouwkundige impact in een eigen gebied dient te worden afgezonderd. Vele G.S.M.-installaties bevinden zich in woongebied, aangezien daar trouwens het drukst mobiel getelefoneerd wordt. De mast staat onder andere ten dienste van de mensen die in dit gebied wonen of die zich in deze woonzone bevinden en er wensen te telefoneren. Hij neemt bovendien slechts een zeer beperkte oppervlakte in. Bovendien staat de mast ook ten dienst van de gebruikers van de autosnelweg en kan als noodzakelijke nevenuitrusting van deze autosnelweg beschouwd worden.

De gemeente Wezembeek-Oppeem heeft in haar ongunstig advies ook de verenigbaarheid met de gewestplanbestemming vastgesteld. De overige argumenten van het schepencollege, die geleid hebben tot hun ongunstig advies, kunnen niet bijgetreden worden omwille van de volgende redenen.

De inplanting wordt voorzien op een spievormig restperceel tussen de autosnelweg en een villaverkaveling. De Ring rond Brussel te Wezembeek-Oppeem is één van de drukste verkeerswegen van het land, met bovendien vaak filevorming. In een dergelijk gebied wordt er zeer veel vanuit de wagen mobiel getelefoneerd. Hierdoor is de behoefte aan zendinstallaties onvermijdelijk groter dan in meer rurale gebieden. Om een wildgroei aan masten te vermijden pooft de overheid de operatoren te bewegen tot bundeling van hun zendinstallaties. De voorliggende aanvraag voorziet een mast voor vier operatoren. Hierdoor kan vermeden worden dat op deze plaats 4 verschillende masten moeten worden gebouwd. De Ring rond Brussel loopt hier in een sleuf tussen villawijken. Het vinden van een geschikte lokatie in dergelijk gebied is niet eenvoudig. Gelet op het feit dat dit restperceel de meest verantwoorde locatie is in dit hoogresidentieel gebied, kan de aanvraag aanvaard worden mits de hoogte van de pyloon beperkt wordt tot 30 meter (zoals aangevraagd) en de pyloon groen geschilderd wordt voor een betere integratie in het bebost perceel. Op die manier wordt de te verwachten visuele hinder voor de omwonenden (de dichtstbijzijnde woning ligt op 30 meter) tot een minimum beperkt. De aanvraag is aldus verenigbaar met de onmiddellijke omgeving”.

2. Wat betreft het verzoek tot samenvoeging

2.1. De verzoeker vraagt in zijn verzoekschrift tot voortzetting en in zijn memorie van wederantwoord om deze zaak om proceseconomische redenen samen te voegen met de zaak G/A 90.743/X-9468. Het voorwerp in beide zaken is identiek.

2.2. De tussenkomende partij betoogt in haar memorie zich naar de wijsheid van de Raad van State te gedragen, evenwel onder het voorbehoud dat zij zou kunnen antwoorden op de middelen die in voormelde procedure waarin zij niet is tussengekomen, worden ingeroepen.

2.3. Het thans samenvoegen van beide zaken zou proceseconomisch niet verantwoord zijn. Het blijkt niet dat de samenvoeging om een eventuele andere reden echt noodzakelijk zou zijn. Het verzoek tot samenvoeging wordt afgewezen.

3. De ontvankelijkheid

3.1. De verzoeker argumenteert in zijn memorie van wederantwoord dat zijn belang dat hij “kan doen gelden bij de vernietiging van de bestreden beslissing (...) beperkt is tot de GSM-zendmast (...) te Wezembeek-Oppem (...)”, dat hij “geen enkel rechtens vereist belang zou kunnen doen gelden om de nietigverklaring van de verleende bouwvergunning te vorderen voor die zendmasten die gelegen zijn in Oevel, Ham, Tienen, Hoeselt, Kuringen, Lummen, Hasselt, Peuti, Diegem en Groot-Bijgaarden, aangezien de nadelige gevolgen die uit de bouw van voormelde zendmasten zouden voortvloeien geenszins tot in Wezembeek-Oppem voelbaar of waarneembaar zijn”, dat het “evident (is) dat de vernietiging van de bouwvergunning voor die zendmasten (hem) geen enkel voordeel kan opleveren (...)”, dat “uit de behandeling van de aanvraag en de inhoud van de (...) vergunning (...) duidelijk blijkt dat zowel de vergunningverlenende overheid, als de aanvrager zelf reeds hebben geoordeeld dat de gedeeltelijke niet vergunning of intrekking van de oorspronkelijke aanvraag geenszins de algemene economie van de oorspronkelijk gevraagde beslissing zouden aantasten”, “dat zowel de vergunningverlenende overheid als de aanvrager zelf hebben geoordeeld dat hoewel er een aanvraag voor elf zendmasten werd ingediend het de facto ging om elf afzonderlijke bouwvergunningen die weliswaar collectief werden aangevraagd” en dat de verwerende partij geen exceptie van ontvankelijkheid heeft opgeworpen in de memorie van antwoord.

3.2. De tussenkomen partij betwist de ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring niet.

3.3. De verwerende partij argumenteert met verwijzing naar de rechtspraak van de Raad van State voor het eerst in haar laatste memorie dat het beroep tot nietigverklaring onontvankelijk is omdat het beperkt wordt tot de vergunning voor de zendmast te Wezembeek-Oppem terwijl een bouwvergunning “een ondeelbare administratieve beslissing vormt”.

3.4. Om de al dan niet afsplitsbaarheid van het bestreden onderdeel van de bouwvergunning van 28 januari 2000 te beoordelen, volstaat een eenvoudige lezing van de motieven van het vergunningsbesluit, zonder dat die motieven daarom ook inhoudelijk moeten worden beoordeeld. Uit het besluit van 28 januari 2000 van de directeur-generaal van A.R.O.H.M. blijkt dat een aanvraag voor elf zendmasten werd ingediend. Zeven zendmasten werden in het kader van die aanvraag vergund, telkens op gronden die specifiek zijn voor de betrokken onderdelen van de vergunningenaanvraag. Twee zendmasten werden niet vergund omdat de aanvrager zelf in de loop van de vergunningenprocedure had meegedeeld af te zien van de voorgenomen inplanting. De vergunning voor twee andere zendmasten werd geweigerd, telkens op gronden die specifiek zijn voor die onderdelen van de vergunningenaanvraag.

3.5. Uit het voorgaande blijkt niet dat het bestreden onderdeel van voormeld vergunningenbesluit van 28 januari 2000 onlosmakelijk verbonden is met de niet bestreden rest van dat besluit. De gedeeltelijke nietigverklaring van het vergunningenbesluit van 28 januari 2000 brengt de verwerende partij niet in een toestand waarbij zij manifest tegen haar wil de overige zendmasten zou hebben vergund. De verwerende partij beweert ten andere noch het één, noch het ander. Het beroep tot nietigverklaring is ontvankelijk.

4. Ten gronde

4.1.1. Het derde middel is afgeleid uit de schending van artikel 2 van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996, het gewestplan Halle-Vilvoorde-Asse, de artikelen 5.1.0 en 20 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en gewestplannen (het inrichtingsbesluit), het redelijkheids-, het zorgvuldigheids- en het voorzorgsbeginsel, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, alsook “uit de manifeste beoordelingsvergissing zowel in feite als in rechte” en “uit machtsoverschrijding”.

4.1.2. In het derde onderdeel van dit middel argumenteert de verzoeker in het verzoekschrift dat het bestreden besluit “de bouw toelaat van een G.S.M.-zendmast van dertig meter hoog vlak naast een residentiële woonwijk zonder dat in de bestreden beslissing de redenen kunnen teruggevonden worden op grond waarvan

de verwerende partij heeft kunnen oordelen dat de nadelige invloed van de pyloon dermate beperkt zou zijn dat zijn plaatsing op die plaats gerechtvaardigd wordt”. De verzoeker zet in de toelichting uiteen dat uit het bestreden besluit nergens blijkt dat de verenigbaarheid met de onmiddellijke omgeving terdege werd onderzocht. In de memorie van wederantwoord verwijst hij naar de bespreking van het ernstig bevonden derde middel in het in het kader van het administratief kort geding opgestelde auditoraatsverslag.

4.1.3. De verwerende partij betoogt in de memorie van antwoord dat “niet (kan) gesteld worden dat de verenigbaarheid van een zendmast met een woongebied a priori dient uitgesloten te worden” en dat “niet (kan) gesteld worden dat de betreffende zendmast niet verenigbaar is met de onmiddellijke omgeving, die gekenmerkt wordt door ondermeer een autosnelweg”. In de laatste memorie argumenteert de verwerende partij nog dat bij de vergunningverlening “zowel rekening (werd) gehouden met de aard en specifieke kenmerken van de betreffende woonomgeving als met de eventuele gebeurlijke effecten van de werking van de installatie voor de volksgezondheid”, dat uit “deze motivering (...) duidelijk (blijkt) dat verweerster weldegelijk de inpasbaarheid van de zendmast in de omgeving heeft onderzocht en zelfs zoveel mogelijk rekening heeft gehouden met de beperkte impact van deze inplanting” en dat men “bezwaarlijk (kan) eisen dat in een bouwvergunning een litteraire omschrijving van de nabije woonomgeving wordt gegeven”.

4.1.4. De tussenkomenende partij argumenteert in haar memorie dat “(m)et betrekking tot de verenigbaarheid met de onmiddellijke omgeving (...) de Gemachtigde Ambtenaar de aanvraag (heeft) getoetst aan de specifieke kenmerken van de onmiddellijke omgeving: vertrekkend van de vaststelling dat het vinden van een geschikte locatie in het hoogresidentieel gebied niet eenvoudig is, acht hij de weerhouden locatie op het restperceel aan de rand van de autosnelweg het meest geschikt. Wel moet de hoogte beperkt worden in functie van de onmiddellijke omgeving en moet de pyloon groen geschilderd worden voor een betere integratie in het bebost perceel. Hij besluit dat op die manier de te verwachten visuele hinder voor de omwonenden (de dichtstbijzijnde woning ligt op 30 meter) tot een minimum beperkt wordt”.

4.2.1. Luidens artikel 5.1.0. van het inrichtingsbesluit zijn de woongebieden bestemd voor wonen, alsmede voor handel, dienstverlening, ambacht en kleinbedrijf voor zover deze taken van bedrijf om redenen van goede ruimtelijke ordening niet in een daartoe aangewezen gebied moeten worden afgezonderd, voor groene ruimten, voor sociaal-culturele inrichtingen, voor openbare nutsvoorzieningen, voor toeristische voorzieningen, voor agrarische bedrijven. Dit artikel luidt verder als volgt: “Deze bedrijven, voorzieningen en inrichtingen mogen echter maar worden toegestaan voor zover ze verenigbaar zijn met de onmiddellijke omgeving”.

4.2.2. Luidens de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen moet 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 vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen. De motivering moet afdoende zijn. Hieruit volgt dat enkel met de in het bestreden besluit vermelde redengeving rekening kan worden gehouden.

4.3. Wat de verenigbaarheid met de onmiddellijke omgeving van de vergunde zendmast betreft, bevat de bestreden stedenbouwkundige vergunning, behalve de vermelding dat de dichtstbijzijnde woning in het “hoogresidentieel gebied” zich op 30 meter van de zendmast bevindt, geen feitelijke gegevens met betrekking tot de woningen die in de onmiddellijke omgeving aanwezig zijn. Derhalve blijkt niet dat de vergunningverlenende overheid de in de onmiddellijke omgeving gelegen woningen bij de beoordeling van de aanvraag heeft betrokken. De omstandigheid dat “(v)ele G.S.M.-installaties (...) zich in woongebied” bevinden, in een woongebied “het drukst mobiel getelefoneerd wordt”, “(d)e mast (...) ten dienste (staat) van de mensen die in dit gebied wonen (...)” en “slechts een zeer beperkte oppervlakte in(neemt)”, “(d)e gemeente (...) de verenigbaarheid met de gewestplanbestemming (heeft) vastgesteld”, “dit restperceel de meest verantwoorde locatie is in dit hoogresidentieel gebied”, “de hoogte van de pyloon beperkt wordt tot 30 meter” en “de pyloon groen geschilderd wordt” volstaat op zich niet om te kunnen besluiten dat de zendmast verenigbaar is met de onmiddellijke omgeving. Ook deze argumenten geven geen afdoende, concrete, aan de verenigbaarheid met de onmiddellijke omgeving ontleende feitelijke gegevens aan die op afdoende wijze

aantonen waarom de aanvraag daarmee verenigbaar is. Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van 28 januari 2000 van de gemachtigde ambtenaar voor zover aan de administratie wegen en verkeer een bouwvergunning wordt verleend voor het bouwen van een zendmast op een perceel gelegen te Wezembeek-Oppem, Kollebloemlaan, kadastraal bekend sectie D, nr. 87/c/11.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 347,06 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

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 veertien mei 2008, door de Xe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	R. STEVENS,	kamervoorzitter,
	J. BOVIN,	staatsraad,
	P. LEFRANC,	staatsraad,
Mevr.	T. TEMMERMAN,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

T. TEMMERMAN.

R. STEVENS.