

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 189.808 van 27 januari 2009
in de zaak A. 140.364/X-11.538.**

In zake : de stad DIEST,
die woonplaats kiest bij
advocaat H.-K. CARÊME,
kantoor houdende te 3001 HEVERLEE,
Industrieweg 4, bus 1

tegen :

het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
advocaat P. DECLERCQ,
kantoor houdende te 3000 LEUVEN,
J.P. Minckelersstraat 33.

tussenkommende partij :

de n.v. PROXIMUS,
die woonplaats kiest bij
advocaat H. DE BAUW,
kantoor houdende te 1050 BRUSSEL,
Louizalaan 99.

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 stad DIEST op 13 augustus 2003 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit van 23 juni 2003 van de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar waarbij de stedenbouwkundige vergunning aan de n.v. PROXIMUS wordt verleend voor het oprichten van een zendstation voor het GSM-netwerk te DIEST (Deurne), Tessenderloseweg, kadastraal bekend sectie A, nr. 253/l en waarbij het besluit van 18 oktober 2002 van de stedenbouwkundige ambtenaar waarbij de stedenbouwkundige vergunning wordt verleend voor het oprichten van het voormelde zendstation op hetzelfde perceel wordt ingetrokken;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst, op 30 september 2003 ingediend door de n.v. PROXIMUS;

Gelet op de beschikking van 2 oktober 2003 die de tussenkomst van de n.v. PROXIMUS toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur
A. VAN MINGEROET;

Gelet op de beschikking van 21 december 2005 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 17 november 2008 waarbij de
terechtzingting bepaald wordt op 12 december 2008;

Gehoord het verslag van staatsraad P. LEFRANC;

Gehoord de opmerkingen van advocaat H.-K. CARÊME, die
verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat I. BOCKSTAELE, die loco
advocaat P. DECLERCQ verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat
B. DEN TANDT, die loco advocaat H. DE BAUW verschijnt voor de
tussenkommende partij;

Gehoord het gedeeltelijk eensluidend advies van auditeur
A. VAN MINGEROET;

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

OVERWEEGT WAT VOLGT :

1. Feiten

1.1. Op 23 april 2002 (datum van het ontvangstbewijs) werd door de
n.v. PROXIMUS bij de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar een aanvraag
ingediend tot het oprichten van een zendstation voor het GSM netwerk aan de
Tessenderloseweg te Diest (Deurne).

1.2. Het perceel is overeenkomstig het gewestplan Aarschot-Diest, vastgesteld bij koninklijk besluit van 7 november 1978, gelegen in woongebied met landelijk karakter.

1.3. Naar aanleiding van het openbaar onderzoek werden 61 bezwaarschriften ingediend, een petitie met 293 handtekeningen en een bezwaarschrift via e-mail.

1.4. Het college van burgemeester en schepenen van de stad Diest verleent op 22 juli 2002 een ongunstig advies.

1.5. Bij besluit van 18 oktober 2002 verleent de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar de vergunning.

1.6. Bij 's Raads arrest nr. 118.573 van 24 april 2003 werd de schorsing van de tenuitvoerlegging van dit besluit van 18 oktober 2002 bevolen.

1.7. Met het besluit van 23 juni 2003 wordt dit besluit van 18 oktober 2002 door de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar ingetrokken en wordt een nieuwe stedenbouwkundige vergunning verleend waartegen de verzoekende partij een beroep tot nietigverklaring instelt.

2. Ten gronde

2.1. Het derde middel is genomen uit de schending van artikel 4 van het decreet van 18 mei 1999 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening (hierna: DRO), artikel 19 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en gewestplannen (hierna: inrichtingsbesluit), de artikelen 1, 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen (hierna: de motiveringswet), de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel, en uit machtsoverschrijding.

In een eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij dat “in de bestreden beslissing de aanvraag geenszins op afdoende wijze wordt getoetst aan de verenigbaarheid met de goede ruimtelijke ordening, minstens terzake slechts een stereotypische en nietszeggende motivering wordt gegeven”, door de verschillende bouwhoogtes “de GSM-mast (g)één geïntegreerd geheel (kan vormen) met de

noodtrap van de naastliggende meubelzaak”, “de overweging (in het bestreden besluit) dat ‘het woongebied met landelijk karakter een lintvormig geheel is dat samengesteld is uit zowel middenschalige en kleinschalige bedrijven als woongelegenheden in open bebouwing en er dan ook in de omgeving verschillende gelijkschalige gebouwen opgetrokken zijn’ (...) eerder (slaat) op de bestaande meubelzaak c.q. loods, dan op de GSM-mast”, “de motivering dat ‘de zeer slanke buismast nauwelijks herkenbaar zal zijn en geen visuele vervuiling zal genereren’ (...) strijdig (is) met de vaststellingen in het arrest nr. 118.573 (van de Raad van State)”, “de beoordeling van de goede ruimtelijke ordening in geen enkel opzicht (berust) op een afweging ten opzichte van het naastgelegen landschappelijk waardevol agrarisch gebied”, “wordt (...) voorbijgegaan aan de bezwaren van de naburen en het ongunstig advies van de stad Diest, waarin precies werd gesteld dat de aanvraag niet verenigbaar met de goede ruimtelijke ordening is”, “de zgn. beoordeling van de verenigbaarheid met de goede ruimtelijke ordening louter wordt beperkt tot de visuele invloed van de GSM-mast”, “andere elementen van goede ruimtelijke ordening, ondermeer met betrekking tot ev. burenhinder, de invloed op het leefmilieu c.q. de gezondheid, en de ruimtelijke draagkracht” niet in de beoordeling werden betrokken terwijl “de beoordeling van de goede ruimtelijke ordening (...) een milieutoets (vergt)”, de “beantwoording van de bezwaarschriften dat ‘alle GSM-installaties moeten voldoen aan de federale gezondheidsregelgeving terzake’ en ‘deze (...) vier maal strenger (is) dan de normen, zoals uitgevaardigd door de Wereld Gezondheidsorganisatie, zodat mag aangenomen worden dat er geen gezondheidsrisico's te verwachten zijn’ (...) een stijlformule” is, niet blijkt “dat de uitbreiding en verhoging van de installatie daadwerkelijk beantwoordt aan de blootstellingsnormen”, en het bestreden besluit “in weerwil van artikel 2 van het K.B. van 29 april 2001” niet verwijst “naar enig conformiteitsattest van het BIPT”.

In een tweede onderdeel laat de verzoekende partij gelden dat minstens het negatief advies van het college van burgemeester en schepenen in geen enkel opzicht wordt weerlegd of tegengesproken, het bestreden besluit ten onrechte stelt dat het advies “noch van verkeersplanologische noch van planologische aard” is omdat ‘gezondheidsrisico's e.d. (...) vanzelfsprekend (dienen) te worden betrokken bij de beoordeling van de goede ruimtelijke ordening en de bestaanbaarheid met de onmiddellijke omgeving”.

2.2. De verwerende partij repliceert dat “de overweging i.v.m. het visueel aspect op de juiste feitelijke grondslag steunt, en juist is”, de kritiek van de verzoekende partij op de overwegingen in het bestreden besluit met betrekking tot

de omschrijving van het betrokken woongebied met landelijk karakter en de visuele vervuiling onjuist is, “de stelling (...) dat (...) ook met het naastgelegen landschappelijk waardevol agrarisch gebied dient rekening gehouden te worden, en dat daarmee geen rekening zou zijn gehouden, (...) onterecht” is, “in de bestreden beslissing uitvoerig gemotiveerd (wordt) waarom de aanvraag bestaanbaar is met de bestemming landelijk woongebied, en waarom de plaatselijke goede ordening niet in het gedrang wordt gebracht”, “de kritiek als zou voorbijgegaan worden aan de bezwaren van de naburen en het ongunstig advies van de stad Diest (...) onterecht” is nu de bezwaren “gegroepeerd weerlegd” worden en het advies van de stad Diest uitdrukkelijk beantwoord wordt zodat onterecht wordt gesteld “dat een milieutoets, meer in het bijzonder i.v.m. de gezondheid van de burens, niet zou in acht genomen zijn bij de beoordeling van de aanvraag”, in het bestreden besluit niet moet overwogen worden dat de aanvraag beantwoordt aan de blootstellingsnormen “temeer daar in het administratief dossier het ontvangsbewijs van het B.I.P.T. is terug te vinden dat precies bevestigt dat de bouwaanvrager een technisch antennedossier overeenkomst(ig) de bepalingen in het K.B. houdende de normering van zendmasten voor elektromagnetische golven tussen 10 MHz en 10 GHz van 29 april 2001, gewijzigd bij K.B. van 21 december 2001, heeft ingediend”, en “de voorgehouden gezondheidsrisico's als bezwaar werden beantwoord (...) als zijnde noch van verkeersplanologische (...) aard, noch van planologische aard”.

2.3. De tussenkomende partij repliceert dat “de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar een afweging heeft gemaakt van de verenigbaarheid van de geplande zendmast met de feitelijke omstandigheden” en “zelfs rekening heeft gehouden met de bezwaren inzake de beweerdde gezondheidsrisico's, hoewel deze strikt genomen geen uitstaans hebben met de vraag naar de verenigbaarheid met de goede ruimtelijke ordening” door te oordelen “dat deze bezwaren, in het licht van het K.B. van 29 april 2001, geen grond hebben en er ‘geen omgevingsrisico's te verwachten zijn’”, de verzoekende partij “in wezen enkel opportuiniteitskritiek geeft ten opzichte van de motivering van de bouwvergunning”, de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar “terecht heeft vastgesteld dat de kritiek van de stad Diest ten aanzien van de geplande zendmast enkel te maken heeft met de beweerdde gezondheidsrisico's, en niet de eventuele planologische onverenigbaarheid van de geplande zendmast met de omliggende woningen”, “nu het K.B. van 29 april 2001 waaraan Belgacom Mobile (lees: Proximus) verplicht is zich te houden (...), sowieso het gezondheidsrisico behandelt, het (...) niet meer nodig is om hierover in de bouwvergunning uitspraak te doen”, “de bewering als zou er in de

stedenbouwkundige vergunning een ‘milieutoets’ (...) moeten plaatsvinden, dan ook achterhaald is”, het bestreden besluit nochtans wel een motivering “inzake de beweerde gezondheidsrisico's” bevat die geen stijlformule is nu de “vergunningverlenende overheid (...) de door de stad Diest en de omwonenden aangehaalde gezondheidsargumenten expliciet heeft beantwoord door te verwijzen naar het feit dat Belgacom Mobile (lees: Proximus) gehouden is de federale normen opgelegd bij K.B. van 29 april 2001 te respecteren”, zij “de normen van het K.B. van 29 april 2001 ruimschoots naleeft”, een conformiteitsattest als bedoeld in het voormelde koninklijk besluit “slechts vereist is wanneer bepaalde waarden zijn overschreden, quod non in casu” en geenszins is aangetoond dat een verplichting bestaat “om in de bestreden beslissing naar het betrokken conformiteitsattest te verwijzen”.

2.4. In de laatste memorie laat de verwerende partij gelden dat artikel 4 DRO en artikel 19 van het inrichtingsbesluit niet “kunnen (...) inhouden dat in het kader van een stedenbouwkundige vergunning de administratieve overheid verplicht zou moeten zijn in concreto te motiveren wat het gezondheidsrisico is dat verwacht mag worden van de exploitatie van het vergunde”.

2.5. De tussenkomende partij antwoordt in de laatste memorie dat het argument dat “de bestreden beslissing niet meer voldoende is gemotiveerd door de vernietiging van het koninklijk besluit van 29 april 2001” niet werd ontwikkeld door de verzoekende partij die dit koninklijk besluit “nooit heeft betwist”, “op 10 augustus 2005 een nieuw koninklijk besluit houdende de normering van zendmasten voor elektromagnetische golven tussen 10 Mhz en 10 Ghz werd uitgevaardigd”, “beide koninklijke besluiten in grote mate identiek zijn” en “de blootstellingsnormen volledig gelijk zijn”, “de verantwoording voor de bestreden beslissing sindsdien in dit nieuwe koninklijk besluit moet worden gevonden” en “ook (...) een toepassing inhoudt van het voorzorgsprincipe”, “de vernietiging van het koninklijk besluit van 29 april 2001 omwille van een louter formeel gebrek geen afbreuk kan doen aan de geldigheid van de beslissingen die voordien op grond van dit besluit zijn genomen, op straffe van een ontoelaatbare rechtsonzekerheid” en “bijgevolg ook de toelatingen die zijn afgeleverd voor installaties die de normen uit het koninklijk besluit van 29 april 2001 respecteren, voldoende zijn gemotiveerd met betrekking tot het voorzorgsprincipe”.

2.6. Ter weerlegging van het ongunstig advies van de stad Diest neemt de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar in het bestreden besluit “het volgende standpunt” in : “Alle GSM-installaties moeten aan de federale regelgeving voldoen. Deze is vier maal strenger dan deze van de Wereld Gezondheidsorganisatie zodat mag aangenomen worden dat er geen gezondheidsschade te vrezen is”. De overheid die bevoegd is inzake ruimtelijke ordening kan voor de beoordeling van de risico’s voor de gezondheid, van een constructie in beginsel voortgaan op de beoordeling van de ter zake bevoegde overheid, zoals die haar uitdrukking had gevonden in een bij koninklijk besluit vastgestelde normering, meer bepaald het koninklijk besluit van 29 april 2001 houdende de normering van zendmasten voor elektromagnetische golven tussen 10 MHz en 10 GHz.

Dit koninklijk besluit werd echter bij ‘s Raads arrest nr. 138.471 van 15 december 2004 vernietigd waardoor het geacht wordt nooit te hebben bestaan. Dit vernietigingsarrest leidt ertoe dat het thans bestreden besluit, ten gevolge van de onwettigheid van het vernietigde koninklijk besluit van 29 april 2001 waarop zij gestoeld is, zelf onwettig is geworden. Het feit dat de door het bestreden besluit vergunde installatie bij de vergunningverlening voldeed aan de normen gesteld in het naderhand vernietigde koninklijk besluit van 29 april 2001, evenmin als het feit dat de vergunde installatie thans onderworpen is aan het koninklijk besluit van 10 augustus 2005 houdende de normering van zendmasten voor elektromagnetische golven tussen 10 MHz en 10 GHz, doet afbreuk aan de voorgaande vaststelling. Dit wordt door de Raad van State ambtshalve vastgesteld.

Het derde middel is gegrond in zoverre het de schending van de motiveringswet aanvoert.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van 23 juni 2003 van de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar waarbij de stedenbouwkundige vergunning aan de n.v. PROXIMUS wordt verleend voor het oprichten van een zendstation voor het GSM-netwerk te DIEST (Deurne), Tessenderloseweg, kadastraal bekend sectie A, nr. 253/1 en waarbij het besluit van 18 oktober 2002 van de stedenbouwkundige ambtenaar waarbij de stedenbouwkundige vergunning wordt verleend voor het oprichten van het voormelde zendstation op hetzelfde perceel wordt ingetrokken.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 175 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 zevenentwintig januari 2009, door de Xe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	R. STEVENS,	kamervoorzitter,
	P. LEFRANC,	staatsraad,
	J. VAN NIEUWENHOVE,	staatsraad,
Mevr.	S. DE CLERCQ,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DE CLERCQ.

R. STEVENS