

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 191.714 van 23 maart 2009
in de zaak A. 143.052/X-11.614.**

In zake : de gemeente KORTENBERG,
die woonplaats kiest bij
advocaat C. GYSEN,
kantoor houdende te 2800 MECHELEN,
Antwerpsesteenweg 18

tegen :

het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
advocaat M. van DIEVOET,
kantoor houdende te 1000 BRUSSEL,
Boomstraat 14, bus 3.

tussenkommende partij :

de n.v. BELGACOM MOBILE,
die woonplaats kiest bij
advocaten H. DE BOUW en W. TIMMERMANS,
kantoor houdende te 1000 BRUSSEL,
Havenlaan 86C B.414.

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 KORTENBERG op 23 oktober 2003 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit van 21 augustus 2003 van de gewestelijk stedenbouwkundig ambtenaar waarbij aan PROXIMUS BELGACOM MOBILE de stedenbouwkundige vergunning wordt verleend voor het bouwen van een buispyloon en het plaatsen van een container op een perceel gelegen te Kortenberg, Mechelsesteenweg, kadastraal bekend sectie A, nr. 2;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst, op 4 december 2003 ingediend door de n.v. BELGACOM MOBILE;

Gelet op de beschikking van 30 januari 2004 die de tussenkomst van de n.v. BELGACOM MOBILE toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur A. VAN MINGEROET;

Gelet op de beschikking van 1 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 memories van de verzoekende partij en van de tussenkomende partij;

Gelet op de beschikking van 7 januari 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 30 januari 2009;

Gehoord het verslag van staatsraad S. DE TAEYE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat T. RYCKALTS, die loco advocaat C. GYSEN verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat F. van DIEVOET, die loco advocaat M. van DIEVOET verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat S. VAN HOECKE, die loco advocaten H. DE BAUW en W. TIMMERMANS verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het 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. De feiten

1.1. Op 8 mei 2003 (datum van het ontvangstbewijs) dient de n.v. PROXIMUS BELGACOM MOBILE bij de gewestelijk stedenbouwkundig ambtenaar een aanvraag in tot het plaatsen van een buispyloon (17m+7m) en een container aan de Mechelsesteenweg te Kortenberg, kadastraal bekend sectie A, nr. 2.

1.2. Het voornoemd perceel is overeenkomstig het gewestplan Leuven, vastgesteld bij koninklijk besluit van 7 april 1977, gelegen in een woongebied. Het 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, niet vervallen verkaveling.

1.3. Naar aanleiding van het openbaar onderzoek worden een bezwaarschrift en twee petitieijsten ingediend.

1.4. Op 18 juni 2003 brengt het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Kortenberg een ongunstig advies uit. Dit advies luidt als volgt :

“(…)
Gezien de bouwplaats volgens het gewestplan Leuven vastgesteld bij KB van 7 april 1977 gelegen is midden in een woongebied;
Gezien een dergelijke installatie niet past in de omgeving en de goede ruimtelijke ordening in het gedrang brengt;
Besluit :
Art. 1 De aanvraag wordt om bovenvernoemde redenen ongunstig geadviseerd.
(…)”.

1.5. Na het afsluiten van het openbaar onderzoek spreekt het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Kortenberg zich op 25 juni 2003 als volgt over de bezwaren uit:

“(…)
Gelet op het ongunstig advies van het college betreffende bovenvernoemd dossier d.d. 18 juni 2003;
Gelet op de sluiting van het openbaar onderzoek d.d. 23 juni 2003 waarbij werd vastgesteld dat er 1 bezwaarschrift en twee petitieijsten werden ingediend;
Gelet op de kernpunten van de tijdens het openbaar onderzoek ingediende bezwaarschriften (twee petitiees en één individueel bezwaarschrift):
- mogelijk gevaar voor de gezondheid van de omwonenden
- in een pas gerenoveerde woonbuurt is een pyloon esthetisch niet te verantwoorden
- de buurt wordt reeds overbelast door verschillende spoorlijnen, de brug en het lawaai van dalende en stijgende vliegtuigen;
Besluit :
Art. 1: de ingediende bezwaar(s)chrijften (twee petitiees en één individueel bezwaarschrift) zijn ontvankelijk en gegrond;
(…)”.

1.6. Bij besluit van 21 augustus 2003 verleent de gewestelijk stedenbouwkundig ambtenaar de gevraagde vergunning.

Dit is het bestreden besluit.

2. Over de gegrondheid van het beroep

2.1. Eerste middel

2.1.1. Het aangevoerde eerste middel

De verzoekende partij neemt een eerste middel uit de schending van “artikel 106 (...) van het Decreet op de Ruimtelijke Ordening dd. 18 mei 1999, zoals sindsdien herhaaldelijk gewijzigd, uit de schending van de artikelen 1, 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, alsmede van het zorgvuldigheidsbeginsel, het materieel motiveringsbeginsel en uit machtsoverschrijding” :

“Doordat de bestreden beslissing werd genomen door de Gewestelijk Stedenbouwkundig Ambtenaar.

Terwijl artikel 106 DORO bepaalt dat het College van Burgemeester en Schepenen de stedenbouwkundige vergunning aflevert.

En terwijl er hier geen sprake is van een project van openbaar nut.

En terwijl er in de stedenbouwkundige vergunning niets wordt gezegd over het openbaar nuts karakter van het betrokken bouwwerk.

Zodat de in het middel aangehaalde artikelen en beginselen geschonden zijn.

Toelichting bij het eerste middel

De stedenbouwkundig Gewestelijk Ambtenaar lijkt er van uit te gaan dat één en ander een installatie van openbaar nu(t) betreft. Niets is echter minder waar.

Werken met betrekking tot het algemeen belang veronderstellen dat deze diensten geleverd worden zonder het oogmerk van winstbejag zodat de procedure zoals bepaald in artikel 127 §1 in casu geen ingang vindt.

Daarenboven was Uw Raad van oordeel dat het artikel 127, § 1, eerste lid van het Ruimtelijk Ordeningsdecreet enkel kan worden toegepast, indien het werk door of voor rekening van een publiekrechtelijke rechtspersoon zelf zal worden uitgevoerd.

Het Besluit van 5 mei 2000 van de Vlaamse regering tot aanwijzing van de werken, handelingen of wijzigingen van algemeen belang en tot regeling van het vooroverleg met de Vlaamse Bouwmeester ter bepaling van de werken zoals beschreven in artikel 103 § 1, 2^{de} lid DORO stelt dienaangaande bovendien dat:

‘4/ de openbare lokale leidingen voor het telefoonverkeer en voor andere, al dan niet draadloze, communicatienetwerken, met inbegrip van de bijbehorende infrastructuur, zoals pylonen en masten;’

De ministeriële omzendbrief van 08.07.1997 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen bepaalt in artikel 17.6.2, punt 2, b), naar analogie met de supra aangehaalde bepaling, enkel als voorbeeld de telegraaf en telefoon als een voorziening van algemeen belang.

Indien nu bepaalde werken van algemeen belang, zoals de aanleg of oprichting van bijhorige voorzieningen van communicatienetwerken, deels door een publiekrechtelijke rechtspersoon, zijnde in casu NV BELGACOM in hoofde van het vaste telefoonnetwerk, en deels door een private rechtspersoon zijnde in casu concessiehouder PROXIMUS BELGACOM MOBILE in hoofde van het draadloze communicatienetwerk -zijnde een uitbating onderhevig aan de vrije concurrentie en in essentie geen openbare dienst- tot stand moeten worden gebracht, moeten in verband met die onderdelen verschillende aanvragen worden ingediend volgens de verschillende procedures.

Daarenboven wordt in de bestreden beslissing geen motivering aangereikt met betrekking tot het openbare nutskarakter van het voorwerp van de stedenbouwkundige vergunningsaanvraag

Verweerster ging dan ook uit van de foutieve procedure”.

2.1.2. Beoordeling

2.1.2.1. Artikel 127 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening (hierna: DRO) bepaalt dat de beslissing over een stedenbouwkundige aanvraag dient genomen te worden door de Vlaamse regering of haar stedenbouwkundige ambtenaar, indien de aanvrager een publiekrechtelijke rechtspersoon is of wanneer de aanvraag betrekking heeft op werken, handelingen of wijzigingen van algemeen belang die aldus zijn aangewezen overeenkomstig artikel 103 van het decreet.

Artikel 103, § 1 DRO machtigt de Vlaamse regering om een lijst op te maken van die werken, handelingen en wijzigingen van algemeen belang.

Artikel 3, 4/ van het besluit van de Vlaamse regering van 5 mei 2000 tot aanwijzing van de werken, handelingen of wijzigingen van algemeen belang en tot regeling van het vooroverleg met de Vlaamse bouwmeester, bepaalt:

“Art. 3. Als kleine werken, handelingen en wijzigingen van algemeen belang, zoals bedoeld in artikel 103, § 1, vierde lid van het decreet, worden beschouwd: (...)

4/ de openbare lokale leidingen voor het telefoonverkeer en voor andere, al dan niet draadloze, communicatienetwerken, met inbegrip van de bijbehorende infrastructuur, zoals pylonen en masten”.

2.1.2.2. Gelet op de voormelde bepalingen is de gewestelijk stedenbouwkundig ambtenaar bevoegd om over de betrokken aanvraag tot stedenbouwkundige vergunning voor communicatie-infrastructuur te beslissen. Geen enkele bepaling of beginsel legt deze ambtenaar voorts de verplichting op om zijn bevoegdheid ter zake in het bestreden besluit te motiveren.

Het middel is niet gegrond.

2.2. Tweede middel

2.2.1. Het aangevoerde tweede middel

De verzoekende partij neemt een tweede middel uit de schending van “artikel 4 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening (DORO), uit de schendingen van de artikelen 19 en 20 van het Koninklijk Besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen, van de artikelen 1 en 2 van het decreet van 22 oktober 1996 betreffende de ruimtelijke ordening, van de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, alsmede van het zorgvuldigheidsbeginsel, het materieel motiveringsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, en uit machtsoverschrijding” :

“Doordat in de bestreden beslissing geen afdoende motivering wordt gegeven inzake de verenigbaarheid van de aanvraag met de goede ruimtelijke ordening;

En doordat in de vergunningsbeslissing met geen woord wordt gerept over de planologische verenigbaarheid van de aanvraag, en in het bijzonder geen motivering wordt gegeven met betrekking tot de bestaanbaarheid van het project met de bestemming woongebied en de verenigbaarheid met de onmiddellijke omgeving.

Terwijl bij de beoordeling van de aanvraag in het bijzonder dient te worden uitgegaan van de specifieke kenmerken van de onmiddellijke omgeving.

En terwijl de bestreden beslissing voor een dergelijk bouwwerk de aan de onmiddellijke omgeving ontleende feitelijke gegevens dient aan te geven, die op een afdoende wijze aantonen dat de aanvraag verenigbaar is met de goede ruimtelijke ordening.

En terwijl het feit zelf dat voor gemeenschapsvoorzieningen een eigensoortig bestemmingsgebied werd gecreëerd op het niveau van de gewestplannen, impliceert dat de oprichting van zulke voorzieningen in gebieden die daarvoor niet specifiek zijn aangewezen, uitzonderlijk moeten blijven en slechts verantwoord is in zoverre die voorzieningen, overeenkomstig de aard van het gebied, werkelijk onontbeerlijk zijn.

En terwijl het feit dat artikel 20 van het K.B. ontwerp-gewestplannen en gewestplannen een uitzonderingsbepaling is, houdt in concreto in dat niet alleen de verenigbaarheid met de bestemming en het architectonische karakter van het gebied moet worden aangetoond, maar dat de vergunning ook moet aangeven waarom de voorziening op die plaats noodzakelijk is hetgeen in casu niet is gebeurd.

En terwijl de Raad van State gewezen heeft op het feit dat uit de vergunning moet blijken dat men toepassing maakt van artikel 20 van het vernoemde KB en dat zulks tevens moet worden verantwoord. Dit is hier geenszins gebeurd.

Zodat de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en beginselen zijn geschonden.

Toelichting:

1. In de bestreden beslissing wordt de verenigbaarheid met de goede ruimtelijke ordening als volgt gemotiveerd:

‘Beoordeling van de goede ruimtelijke ordening.

De goede ruimtelijke ordening wordt niet in het gedrang gebracht gelet op deze passende bundeling met gelijkschalige infrastructuurelementen.’

Een dergelijke motivering kan bezwaarlijk worden geacht de verenigbaarheid van de aanvraag in de onmiddellijke omgeving van een woongebied met de goede ruimtelijke ordening weer te geven.

Uit niets blijkt dat er daadwerkelijk een beoordeling c.q. een afweging is gebeurd.

De gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar neemt er genoegen mee te verwijzen naar het feit dat er reeds infrastructuurelementen aanwezig zijn.

Of deze reeds aanwezige infrastructuurelementen er voor kunnen zorgen dat de bijkomende GSM-mast verenigbaar wordt met de goede ruimtelijke ordening in het betreffende woongebied, werd niet onderzocht.

Een installatie dient daarbij steeds verenigbaar te zijn met de algemene bestemming en met het architectonisch karakter van het betrokken gebied -quod non in casu-.

Aangaande de verenigbaarheid met de goede ruimtelijke ordening kan verzoekende partij enkel vaststellen dat deze beoordeling louter wordt beperkt tot de visuele invloed van installatie.

In geen enkel opzicht worden andere elementen van goede ruimtelijke ordening, ondermeer met betrekking tot ev. burenhinder, de invloed van bijkomende antennes op hun leefmilieu c.q. hun gezondheid, en de ruimtelijke draagkracht in het licht van de reeds zeer grote impact op deze draagkracht door de reeds aanwezige infrastructuurelementen zoals de verschillende spoorlijnen, de brug en het vliegtuigverkeer, beoordeeld en gemotiveerd. In geen enkel opzicht wordt de afweging gemaakt die spreekt uit artikel 4 DORO.

Artikel 4 DORO legt nochtans een voortdurende verplichting op om de ruimte op een duurzame wijze aan te wenden en steeds een afweging door te voeren tussen de verschillende maatschappelijke activiteiten.

Deze afweging moet steeds gelijktijdig gebeuren opdat de huidige generatie, zowel als de toekomstige generaties, van het maximale rendement kunnen genieten inzake ruimtegebruik. Daarbij wordt duidelijk gesteld dat de gevolgen voor het leefmilieu evenals de culturele, economische, esthetische en sociale gevolgen in overweging moeten worden genomen.

Daarenboven is de verenigbaarheidstoetsing een toetsing die strikt plaats-, situatie- en zelfs tijdsgebonden moet worden gemotiveerd, daar de omstandigheden waarin de ruimte zich bevindt steeds aan evolutie onderhevig zijn. (...)

Een dergelijke motiveringsverplichting die aangescherpt wordt door de vereisten van artikel 4 DORO, alsmede door de vereisten van elke verplichte toetsing inzake de verenigbaarheid wordt allerm minst geboden in de thans bestreden beslissing.

Mede ter ondersteuning van haar argumentatie verwijst verzoekster ook nog naar de omzendbrief RO/2002/01 waarin o.a. omtrent de verenigbaarheid met de goede ruimtelijke ordening het volgende wordt gesteld:

‘(...) De adviezen worden immers verstrekt vanuit een sectorale visie, terwijl vanuit ruimtelijk ordenend oogpunt een globale afweging moet worden gemaakt, ook van de gebeurlijk reeds geformuleerde visie op de toekomst van het gebied, de huidige verweving van functies binnen de omgeving, de mogelijk reeds bestaande ruimtelijke en functionele aantasting van het gebied, enz. In die optiek kan de evaluatie en het oordeel een voorafname impliceren op de resultaten van een lopend planningsproces (gemeentelijk structuur- of ruimtelijk uitvoeringsplan),

de visie op de toeristische of recreatieve ontwikkeling van het gebied, de visie op de agrarische potenties van het gebied, enz.

Van een advies, verstrekt vanuit de doelstellingen van het natuurdecreet, kan echter niet worden afgeweken als blijkt dat de voorgenomen werken of handelingen een onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuurwaarden zullen teweegbrengen.

Zoals in het vorige punt gesteld, mag door de gevraagde stalling de goede ruimtelijke ordening niet geschaad worden. Dit betekent onder meer dat de ruimtelijke draagkracht van het gebied niet mag worden overschreden, en dat de voorziene verweving van functies de aanwezige of te realiseren bestemmingen in de onmiddellijke omgeving niet in het gedrang brengt of verstoort.

De draagkracht van de ruimte wordt omschreven als het vermogen van de ruimte om, nu en in de toekomst, menselijke activiteiten op te nemen zonder dat de grenzen van het ruimtelijk functioneren worden overschreden. De draagkracht van de ruimte bepaalt de maximum omvang en de aard van de activiteiten in een bepaald gebied. Een gebied kan ofwel één specifieke activiteit bevatten (bijvoorbeeld landbouw, wonen, industrie, recreatie), ofwel een complex samengaan van verschillende activiteiten.

In de meeste gebieden is dit laatste het geval. Een duurzaam gebruik van de ruimte houdt in dat rekening wordt gehouden met een grens, een maximaal toelaatbare belasting, waarboven de ruimtelijke draagkracht van het gebied wordt overschreden. Deze grens kan per gebied verschillen. Het bepalen van de draagkracht van een gebied is niet eenvoudig en het resultaat ervan is dikwijls niet eenduidig. Ze is plaats-, situatie-, en soms tijdsgebonden. Algemene normeringen volstaan niet om de grenswaarden van de draagkracht te bepalen. Het is noodzakelijk de draagkracht gebied per gebied, geval per geval, na te gaan.

Betreffende de vraag of de voorziene verweving van functies de aanwezige of te realiseren bestemmingen in de onmiddellijke omgeving niet in het gedrang brengt of verstoort, dient onder meer te worden onderzocht de manier waarop het gewestplan omgaat met de bovenbedoelde menselijke activiteiten, en of er al dan niet een verwevenheid van functies of eerder een strikte opdeling qua functies en qua aard is gepland (bijvoorbeeld omvangrijke agrarische gebieden die hele dorpen of gehuchten (mede) omvatten, tegenover een sterk gedetailleerd gewestplan waar zelfs het karakter van woonwijken wordt vastgelegd). Zo dient de realiteit van een bepaald gebied te worden afgewogen tegenover de in het gewestplan vastgelegde, te realiseren bestemming. Het eventueel voor die realisatie beperkende van de gevraagde bebouwing of functie dient bovendien te worden afgewogen tegenover de andere functies die binnen dat gebied voorkomen. Onbestaanbaarheid met een al dan niet voorziene verweving van functies kan worden veroorzaakt door het intrinsiek of hinderlijk of storend karakter van hetgeen wordt gepland, ofwel wegens het bijzondere karakter van het gebied (bijvoorbeeld een open, schaars bebouwd gebied dat louter op grondgebonden landbouw is afgestemd). Bij dit onderzoek dient dus steeds te worden uitgegaan van de specifieke kenmerken van de onmiddellijke omgeving. Die zijn voornamelijk afhankelijk van de aard en het gebruik of de bestemming van de in die omgeving bestaande gebouwen of open ruimten, of van de bijzondere bestemming die een plan van aanleg of uitvoeringsplan aan die omgeving heeft gegeven. In bepaalde gebieden kan een streven naar of een tendens van verweving van elkaar ondersteunende functies worden verdragen of gestimuleerd,

terwijl in andere gebieden eerder dient te worden gestreefd naar een ruimtelijke verscheidenheid.'

Dit citaat toont duidelijk aan dat een afweging in casu op zijn plaats, zelfs verplicht, was geweest.

De bestreden beslissing getuigt echter niet van een dergelijke afweging, daar bijvoorbeeld een belangrijk aspect van de maximaal toelaatbare belasting voor een gebied, welke in deze gezien de ruimtelijke context van zeer groot belang is, geheel niet in de bestreden beslissing aan de orde komt terwijl in casu de bouw van een GSM-installatie, vanzelfsprekend een eigen, idiosyncratische combinatie van gevolgen heeft.

De oprichting van GSM-masten in gebieden die daarvoor niet specifiek zijn aangewezen, dient uitzonderlijk te blijven en is slechts verantwoord in zoverre deze inrichting, overeenkomstig de aard van het gebied, werkelijk onontbeerlijk zijn.

Verzoekende partij is van oordeel dat het begrip verenigbaarheid schijnbaar wordt vermengd met het begrip bestaanbaarheid en men daarenboven enkel met visuele aspecten rekening houdt ter staving en motivering van de vermeende verenigbaarheid met de goede ruimtelijke ordening

De beoordeling van de goede ruimtelijke ordening vergt daarenboven een milieutoets.

Krachtens een vaste rechtspraak van Uw Raad is de beoordeling van de eventuele effecten op gezondheid en/of leefmilieu nodig in het kader van de toekenning van vergunningen voor de bouw van GSM-masten.

Hoewel een stedenbouwkundige vergunning betreffende de installatie van een GSM-antennemast op zichzelf alleen maar toelating verleent tot de bouw van de antenne zal die onmiddellijk in gebruik mogen worden genomen aangezien voor deze ingebruikneming achteraf geen exploitatievergunning vereist is die specifieke voorwaarden kan vastleggen die zijn aangepast aan de inplantingsplaats ervan.

In die omstandigheden moet de overheid die de vergunning uitreikt, oordelen over de verenigbaarheid van de geplande installatie en de ingebruikneming ervan met het landschap en over de risico's op mens en leefmilieu die verbonden zijn aan de exploitatie van de antenne op de plaats waar zij zich zal bevinden (...).

In geen enkel opzicht worden andere elementen van goede ruimtelijke ordening, ondermeer met betrekking tot ev. burenhinder, de invloed van antennes op het leefmilieu c.q. de gezondheid, en de ruimtelijke draagkracht, beoordeeld en gemotiveerd.

In de mate dat zou worden aangenomen dat de inrichting zou beantwoorden aan de blootstellingsnormen krachtens het K.B. van 29 april 2001 - hetgeen niet vaststaat - moet worden opgemerkt dat zulks uitdrukkelijk in de bestreden beslissing diende te worden gemotiveerd, quod non.

'Of de overheid de mogelijke gezondheidsrisico's of milieuverstoring in zijn besluitvorming heeft geïntegreerd, m.a.w. bij de beoordeling van de bouwvergunningsaanvraag een milieutoets heeft doorgevoerd, moet blijken uit de motivering van de vergunningsbeslissing. Indien die motivering ontbreekt, censureert de Raad van State de bestreden beslissing stevast op grond van miskennen van de formele motiveringsplicht. De Raad van State steunt zich met andere woorden niet rechtstreeks op middelen geput uit de schending van het voorzorgsbeginsel (ook al wordt de schending van dit principe soms expliciet als middel aangewend) maar concentreert zijn wettigheidstoezicht op de vraag of uit de motivering van de bestreden beslissing blijkt dat de overheid het risico op gezondheidsschade en milieuverstoring in de beoordeling van de aanvraag om de stedenbouwkundige vergunning heeft betrokken, hetzij op basis van de

specifieke wetsbepalingen die de toetsing aan de goede ruimtelijke ordening of de verenigbaarheid met de omgeving opleggen, hetzij op grond van de algemene doelstelling van de ruimtelijke ordening' (...).

De motivering van de bestreden beslissing dient minstens verband te houden met een degelijke ruimtelijke ordening of een goede plaatselijke aanleg (...).

In de bestreden beslissing wordt echter géén motivering aangereikt.

In géén enkel opzicht maakt de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar aannemelijk dat de installatie daadwerkelijk beantwoordt aan de blootstellingsnormen. In de bestreden beslissing wordt geenszins - en in weerwil van artikel 2 van het K.B. van 29 april 2001 - verwezen naar enig conformiteitsattest van het BIPT.

Dit motiveringsgebrek kan vanzelfsprekend niet 'achteraf' en hangende de procedure worden rechtgezet.

Het eerste middel is dan ook gegrond".

2.2.2. Beoordeling

2.2.2.1. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift op ontvankelijke wijze de schending van de formele motiveringsplicht met betrekking tot de beoordeling van de effecten van de vergunde installatie op de gezondheid aan. De exceptie in de laatste memorie van de tussenkomende partij dat het middel hangende de procedure een andere draagwijdte heeft gekregen, kan niet worden bijgetreden.

2.2.2.2. In antwoord op de bezwaren betreffende de vrees voor de aantasting van de gezondheid stelt het bestreden besluit :

“evaluatie : alhoewel noch van stedenbouwkundige noch van planologische aard kan vermeld worden dat alle G.S.M.-installaties moeten voldoen aan de federale regelgeving terzake. Deze is vier maal strenger dan de normen uitgevaardigd door de Wereld Gezondheidsorganisatie zodat aangenomen worden mag dat er geen gezondheidsrisico's zijn”.

2.2.2.3. 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. Op het ogenblik van het bestreden besluit vond deze haar uitdrukking 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, in het bestreden besluit aangegeven als “de federale regelgeving terzake”.

Het voormelde koninklijk besluit werd bij 's Raads arrest nr. 138.471 van 15 december 2004 vernietigd waardoor het geacht wordt nooit te

hebben bestaan. Het bestreden besluit is, ingevolge de vernietiging van het voormelde koninklijk besluit, waarop het, verwijzend naar “de federale regelgeving terzake”, is gestoeld, zelf onwettig. Het feit dat de door het bestreden besluit vergunde installatie aan de normen van het voormelde koninklijk besluit zou beantwoorden, 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.

2.2.2.4. Het betoog in de laatste memorie van de tussenkomende partij dat de werking van het gezag van gewijsde van het voormelde arrest nr. 138.471 van de Raad van State dient “gematigd” te worden om reden dat het bestreden besluit enkel “verwijst” naar de federale normen, omdat het koninklijk besluit van 29 april 2001 later vervangen werd door het koninklijk besluit van 10 augustus 2005, omdat de vernietiging van het koninklijk besluit van 29 april 2001 enkel gestoeld was op een “formaliteit”, te weten het niet inwinnen van het advies van de Hoge Gezondheidsraad, omdat stedenbouwkundige vergunningen die niet verwijzen naar de toepasselijke normen zouden “geïmmuniseerd” zijn in tegenstelling tot de vergunningen die dit wel doen, en om redenen van rechtszekerheid, de continuïteit van de openbare dienst en billijkheid, kan evenmin worden bijgetreden.

Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van 21 augustus 2003 van de gewestelijk stedenbouwkundig ambtenaar waarbij aan PROXIMUS BELGACOM MOBILE de stedenbouwkundige vergunning wordt verleend voor het bouwen van een buispyloon en het plaatsen van een container op een perceel gelegen te Kortenberg, Mechelsesteenweg, kadastraal bekend sectie A, nr. 2.

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 drieëntwintig maart 2009, door de Xe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	R. STEVENS,	kamervoorzitter,
	J. CLEMENT,	staatsraad,
	S. DE TAEYE,	staatsraad,
Mevr.	G. SCHEVENEELS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

G. SCHEVENEELS.

R. STEVENS.