

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 199.332 van 5 januari 2010
in de zaak A. 126.049/X-11.095.**

In zake: de gemeente OVERIJSE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bob Martens
kantoor houdend te 1050 BRUSSEL
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse
regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Michel van Dievoet
kantoor houdend te 1000 BRUSSEL
Boomstraat 14
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 28 augustus 2002, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van 24 juni 2002 van de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar waarbij aan de directeur-generaal van de administratie Wegen en Verkeer de stedenbouwkundige vergunning wordt verleend voor het plaatsen van vier zendmasten te Gingelom, E40, Abdijstraat, en twee zendmasten te Overijse, E411, Leemveldstraat.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 189.277 van 5 januari 2009 waarbij de debatten worden heropend en het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt gelast met het aanvullend onderzoek.

Auditeur Ann Van Mingeroet heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 juni 2009.

Staatsraad Jeroen Van Nieuwenhove heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Pieter Callebaut, die loco advocaat Bob Martens verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Filip van Dievoet, die loco advocaat Michel van Dievoet verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ann Van Mingeroet heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3. Er kan worden verwezen naar het feitenrelaas in het tussenarrest nr. 189.277 van 5 januari 2009.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. In een eerste middel wordt de schending aangevoerd van artikel 20 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen (hierna: het inrichtingsbesluit), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: de motiveringswet), van de motiveringsplicht, alsook van het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij stelt dat geen toepassing kan worden gemaakt van artikel 20 van het inrichtingsbesluit omdat de zendmast niet als een gemeenschapsvoorziening of een openbare voorziening kan worden beschouwd. De operator van de zendmasten streeft immers winstbejag na en de infrastructuur staat enkel ten dienste van gsm-gebruikers op de nabijgelegen autosnelweg en in de onmiddellijke omgeving die aangesloten zijn op het netwerk van KPN Orange.

Er bestaat ook geen dringende en absolute noodzaak voor de toepassing van artikel 20 van het inrichtingsbesluit. Het was immers mogelijk om te wachten op een herziening van het gewestplan of op de opmaak van een gemeentelijk plan.

Beoordeling

5. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij voorhoudt, kan een GSM-mast wel degelijk worden beschouwd als een bouwwerk voor openbare diensten of een gemeenschapsvoorziening in de zin van artikel 20 van het inrichtingsbesluit, gelet op de functie inzake telecommunicatie die ze vervullen. Het feit dat de betrokken masten na de oprichting vooralsnog door één operator worden gebruikt en dat die operator een winstdoelstelling nastreeft, doet hieraan geen afbreuk.

Het vereiste van een “dringende en absolute noodzaak” komt niet voor in artikel 20 van het inrichtingsbesluit en in de omzendbrief van 8 juli 1997 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en gewestplannen. De voorgehouden schending van een dergelijke omzendbrief, die geen regelgevend karakter heeft, kan niet tot de onwettigheid van het bestreden besluit leiden.

Ten slotte blijkt uit de uiteenzetting van het middel niet hoe de aangehaalde bepalingen van de motiveringswet en de aangehaalde beginselen geschonden zouden zijn.

Het eerste middel is niet gegrond.

B. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een derde middel wordt de schending aangevoerd van artikel 90bis, § 1 van het bosdecreet van 13 juni 1990 (hierna: het bosdecreet), van artikel

99, § 1, 2° en 3° van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening (hierna: DRO), van de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, alsook van de motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel. Tevens wordt de afwezigheid van een feitelijke en juridische grondslag aangevoerd.

De verzoekende partij stelt dat de plaatsing van de twee zendmasten op site 2 het rooien van bomen noodzakelijk zal maken, zoals ook blijkt uit het advies van de afdeling Natuur. Er is bijgevolg sprake van ontbossing in de zin van het bosdecreet, terwijl het bestreden besluit hiermee geen rekening houdt en niet eens nagaat of er al dan niet sprake is van een bos, wat neerkomt op een schending van de aangehaalde bepalingen van de motiveringswet en van de aangehaalde beginselen.

Overeenkomstig de eerste aangehaalde decretale bepaling is bovendien een voorafgaande vergunning vereist voor het ontbossen. De vergunningverlenende overheid had moeten vaststellen dat niet eens een aanvraag tot ontbossing was ingediend, laat staan een vergunning bekomen. Zelfs indien geen dergelijke vergunning vereist zou zijn, is overeenkomstig de tweede aangehaalde decretale bepaling een stedenbouwkundige vergunning vereist voor het vellen van hoogstammige bomen. Nergens blijkt dat een dergelijke vergunning werd verleend.

Beoordeling

7. Bij de bespreking van het tweede middel in het tussenarrest nr. 189.277 van 5 januari 2009 werd reeds geoordeeld dat de stelling van de verzoekende partij dat bomen moeten worden gerooid, een veronderstelling is die niet nader wordt onderbouwd. Overigens wordt in het beschikkend gedeelte van het bestreden besluit uitdrukkelijk gesteld dat “de bestaande houtachtige vegetaties, de bodemstructuur en de hoogopgaande bomen (...) maximaal gespaard (dienen) te blijven tijdens en na de werken”. Tevens wordt bepaald dat artikel 14 van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu strikt moet worden nageleefd.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij in haar laatste memorie betoogt, kan uit het feit dat de betrokken masten tussen bestaande bomen en struiken worden opgericht, nog niet worden opgemaakt dat daartoe moet worden overgegaan tot ontbossing, mede gelet op de zo-even aangehaalde voorwaarden bij de bestreden vergunning. Met de loutere stelling dat die voorwaarden niet afdoende zouden zijn om het rooien van één of meer bomen te verhinderen, wordt evenmin aangetoond dat sprake zou zijn van ontbossing in de zin van het bosdecreet. Voor

het overige kan het niet beschikken over de eventueel noodzakelijke vergunningen voor het ontbossen of voor het vellen van hoogstammige bomen de wettigheid van het bestreden besluit niet aantasten. Evenmin is sprake van een ondeugdelijke motivering of van een onzorgvuldige beoordeling door de vergunningverlenende overheid.

Het derde middel is niet gegrond.

C. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

8. In een vierde middel wordt de schending aangevoerd van artikel 2, 7° van het besluit van 5 mei 2000 van de Vlaamse regering betreffende de adviesverlening inzake aanvragen tot stedenbouwkundige vergunningen en verkavelingsaanvragen, van de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, alsook van de motiveringsplicht, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij stelt dat de aanvraag die geleid heeft tot het bestreden besluit betrekking heeft op een bos in de zin van het bosdecreet, maar dat het advies van de afdeling Bos en Groen ten onrechte niet werd ingewonnen, en derhalve met de eerste aangehaalde bepaling werd geschonden. Evenmin wordt gemotiveerd waarom dat advies niet werd ingewonnen.

Beoordeling

9. De zendmasten op site 2 die door het bestreden besluit worden vergund, zijn gelegen in natuurgebied respectievelijk bufferzone. Uit de stelling dat “zomereiken, beuken en struikgewassen” deel uitmaken van deze gebieden, kan nog niet worden afgeleid dat er sprake zou zijn van een bos in de zin van het bosdecreet. De verwijzing naar de foto's die bij de bouwaanvraag werden gevoegd, volstaan evenmin om tot een dergelijke conclusie te komen, temeer daar de verzoekende partij in haar ongunstig advies van 12 november 2001 over de bouwaanvraag stelt dat “de omgeving van het terrein wordt gekenmerkt door een onaantast, sterk natuurlijk, agrarisch, open karakter”.

Uit de “officiële boskaart” waar de verzoekende partij in haar laatste memorie naar verwijst, kan worden opgemaakt dat de zendmasten worden opgericht aan de rand van een bosrijk gebied, maar die vaststelling, evenmin als de vaststelling dat de masten tussen bestaande bomen en struiken worden opgericht,

volstaat niet om te kunnen besluiten dat sprake is van een bos in de zin van artikel 3, § 1 van het bosdecreet, zijnde een grondoppervlakte “waarvan de bomen en de houtachtige struikvegetaties het belangrijkste bestanddeel uitmaken, waartoe een eigen fauna en flora (behoort) en die één of meer functies vervul(t)”.

Het vierde middel mist feitelijke grondslag.

D. Vijfde en zesde middel

Uiteenzetting van de middelen

10. In een vijfde middel wordt de schending aangevoerd van artikel 90bis, § 1 van het bosdecreet, van de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, alsook van de motiveringsplicht, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

In een zesde middel wordt de schending aangevoerd van artikel 90bis, § 2, 1° en §§ 4, 5 en 7 van het bosdecreet, van artikel 2 van het besluit van 16 februari 2001 van de Vlaamse regering tot vaststelling van nadere regels inzake compensatie van ontbossing en ontheffing van het verbod op ontbossing, van de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, alsook van de motiveringsplicht, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij stelt in het vijfde middel dat de bestreden vergunning niet kon worden verleend dan na voorafgaand advies van de afdeling Bos en Groen, maar dat niet wordt gemotiveerd waarom dit advies niet moest worden ingewonnen. In het zesde middel betoogt ze dat noch de vergunningverlenende overheid, noch de afdeling Bos en Groen zich hebben uitgesproken over de verplichte compensatie voor ontbossing, terwijl de aangehaalde bepalingen voorschrijven dat de bestreden vergunning niet kan worden verleend vooraleer de afdeling Bos en Groen een voorstel tot compensatie al dan niet stilzwijgend heeft goedgekeurd of aangepast. De aanvrager van de vergunning heeft ook geen dergelijk voorstel ingediend.

Beoordeling

11. Uit de bespreking van het derde en het vierde middel bleek reeds dat niet wordt aangetoond dat er sprake zou zijn van een bos in de zin van het bosdecreet of van vergunningsplichtige ontbossing. In die omstandigheden missen het vijfde en het zesde middel feitelijke grondslag.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vijf januari 2010, door de Raad van State, Xe kamer, samengesteld uit:

Roger Stevens,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Jeroen Van Nieuwenhove,	staatsraad,
met bijstand van	
Silvan De Clercq,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silvan De Clercq

Roger Stevens