

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 212.367 van 1 april 2011
in de zaak A. 191.596/X-14.092.**

In zake : 1. Bruno CLAIKENS
 2. Denis CLAIKENS
 3. Hugues CLAIKENS
 4. Josée PALMERS
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Marie-Josée Deuss
 kantoor houdend te 3740 BILZEN
 Rode Kruislaan 142/A
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse
regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Lieve Dehaese
kantoor houdend te 3500 HASSELT
Luikersteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

de n.v. BELGACOM MOBILE
Rechtsgeding hervat door :
de n.v. BELGACOM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Herman De Bauw en Kaat Leus
kantoor houdend te 1050 BRUSSEL
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 25 februari 2009, strekt tot de
nietigverklaring van het besluit van 4 april 2008 van de gewestelijke
stedenbouwkundige ambtenaar houdende afgifte aan de n.v. BELGACOM

MOBILE van de stedenbouwkundige vergunning voor het wijzigen van een bestaande installatie voor mobiele telecommunicatie op een perceel gelegen te Voeren, Mariahof, kadastraal bekend sectie C, nrs. 709/a en 710/a.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partijen hebben een memorie van wederantwoord ingediend.

De n.v. BELGACOM MOBILE heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 28 mei 2009. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Op 16 maart 2010 dient de n.v. BELGACOM een verzoekschrift tot hervatting van het rechtsgeding in.

Auditeur Barbara Speybrouck heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen en de tussenkomende partij hebben een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 januari 2011.

Staatsraad Pierre Lefranc heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Kathleen Lafosse, die loco advocaat Marie-Josée Deuss verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Jivan Dasgupta, die loco advocaat Lieve Dehaese verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Sara Van Hoecke, die loco advocaten Herman De Bauw en Kaat Leus verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Barbara Speybrouck 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

3.1. De verzoekende partijen zijn eigenaar van het perceel kadastraal bekend sectie C, nr. 707/a, dat paalt aan de percelen nrs. 709/a en 710/a, waarop de bestreden stedenbouwkundige vergunning betrekking heeft.

3.2. Deze laatste percelen zijn volgens het bij koninklijk besluit van 5 april 1977 vastgestelde gewestplan Sint-Truiden-Tongeren gelegen in landschappelijk waardevol agrarisch gebied.

Deze percelen zijn niet gelegen binnen het gebied van een goedgekeurd bijzonder plan van aanleg of gemeentelijk ruimtelijk uitvoeringsplan, of van een vergunde verkaveling.

3.3. In 2006 dient de tussenkomende partij een aanvraag in voor een stedenbouwkundige vergunning voor een “wijziging bestaande GSM site” op een perceel gelegen te Voeren, Mariahof, kadastraal bekend sectie C, nr. 704/e. Deze aanvraag resulteert niet in een beslissing.

3.4. Op 22 juni 2007 (datum van het ontvangstbewijs) dient de tussenkomende partij een aanvraag in voor een stedenbouwkundige vergunning voor een “wijziging van een bestaande GSM site” op de voormelde percelen nrs. 709/a en 710/a te Voeren, Mariahof.

3.5. Het agentschap R-O Vlaanderen, Onroerend Erfgoed verleent op 25 juni 2007 advies in het kader van het decreet van 30 juni 1993 houdende

bescherming van het archeologisch patrimonium. Het stelt “geen bezwaar” te hebben.

3.6. Het agentschap R-O Vlaanderen, Onroerend Erfgoed stelt op 28 juni 2007 “vanuit landschappelijk oogpunt geen bemerkingen” te hebben.

3.7. Het departement Landbouw en Visserij, Duurzame Landbouwonwikkeling Limburg verleent op 2 juli 2007 een gunstig advies.

3.8. Tijdens het openbaar onderzoek, georganiseerd van 4 juli 2007 tot 3 augustus 2007, worden er geen bezwaren ingediend.

3.9. Het agentschap voor Natuur en Bos verleent op 3 augustus 2007 een ongunstig advies.

3.10. Het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Voeren verleent op 14 augustus 2007 een gunstig advies.

3.11. Op 18 februari 2008 (datum van het ontvangstbewijs) dient de tussenkomende partij andermaal een aanvraag in voor een stedenbouwkundige vergunning voor een “wijziging van een bestaande GSM site” op de in de vorige aanvraag bedoelde percelen. Ten opzichte van de vorige aanvraag, wijzigt de nieuwe aanvraag de inplantingsplaats van de op te richten vakwerkpyploen met topbuis van 42 m hoog.

3.12. Het departement Landbouw en Visserij, Duurzame Landbouwonwikkeling Limburg verleent op 21 februari 2008 een gunstig advies.

3.13. Het agentschap voor Natuur en Bos verleent op 26 februari 2008 een voorwaardelijk gunstig advies.

3.14. Het agentschap R-O Vlaanderen, R-O Limburg, Onroerend Erfgoed verleent op 12 maart 2008 een advies, waarin wordt gesteld dat “de

geplande constructie geen afbreuk doet aan de erfgoedwaarden van de voorlopig aangeduide ankerplaats en zijn omgeving waarin de constructie gepland wordt”.

3.15. Het agentschap Ruimtelijke Ordening, Onroerend Erfgoed Vlaanderen, Onroerend Erfgoed Limburg verleent op 18 maart 2008 advies in het kader van het decreet van 30 juni 1993 houdende bescherming van het archeologisch patrimonium. Het stelt “geen bezwaar” te hebben.

3.16. Het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Voeren verleent op 25 maart 2008 een gunstig advies.

3.17. Op 4 april 2008 verleent de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar de bestreden stedenbouwkundige vergunning onder voorwaarden.

3.18. Bij aangetekend schrijven van 31 december 2008 richten de verzoekende partijen aan de burgemeester van de gemeente Voeren een klacht in verband met de ten opzichte van de eerste aanvraag die in 2006 was ingediend, gewijzigde inplantingsplaats van de GSM-mast. De verzoekende partijen sturen de burgemeester van de gemeente Voeren op 12 februari 2009 een e-mailbericht waarin zij, onder meer, het gebrek aan een openbaar onderzoek naar aanleiding van de derde aanvraag aanklagen.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verzoekende partijen stellen dat zij “op 28.12.2008 vastgesteld (hebben) dat werken werden uitgevoerd door BELGACOM MOBILE NV en (...) onmiddellijk contact (hebben) opgenomen met de gemeente Voeren om alsdan voor het eerst kennis te krijgen van de bestreden beslissing van 4.4.2008”.

5. De tussenkomende partij betwist de tijdigheid van het annulatieberoep. Zij stelt dat “de werken op de site (...) reeds in oktober 2008” en “de werkzaamheden aan de funderingen (...) op 19 november 2008” gestart

zijn, zodat de “verzoekende partijen (...) redelijkerwijze op de hoogte (dienden) te zijn, van het bestaan van de stedenbouwkundige vergunning in de loop van de maand november”. De verzoekende partijen hebben niet “dadelijk het nodige (...) gedaan teneinde kennis te nemen van de bestreden beslissing” door “meer dan twee maanden (te hebben) gewacht om inzage in het dossier te vragen en meer dan drie maanden alvorens een verzoekschrift in te dienen” bij de Raad van State.

6. De bestreden stedenbouwkundige vergunning diende noch bekendgemaakt, noch aan derden betekend te worden, zodat krachtens artikel 4 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: het algemeen procedurereglement), de beroepstermijn van zestig dagen ingaat met de dag waarop de verzoekende partij er kennis van heeft gehad of geacht moet worden er kennis van te hebben gehad.

Het mag evenwel niet in de macht van een potentiële verzoekende partij liggen, wanneer zij in de mogelijkheid is kennis te nemen van de bestuurshandeling die zij eventueel met een annulatieberoep wenst te bestrijden, die kennisneming voor onbepaalde tijd uit te stellen en daardoor de aanvangsdatum van de termijn van beroep willekeurig te verschuiven, zodat de rechtsgeldigheid en het voortbestaan van de bedoelde bestuurshandeling buiten weten, zowel van de overheid van wie zij uitgaat, als van alle andere belanghebbenden, in het ongewisse worden gehouden, met alle nadelige gevolgen van dien.

Het beginsel volgens hetwelk voorkomen moet worden dat de gelding van administratieve beslissingen te lang onzeker blijft en dat aan het voormelde artikel 4 van het algemeen procedurereglement ten grondslag ligt, eensdeels, en de noodzaak van een evenwichtige bescherming van de belangen én van de bouwheer én van de omwonenden en andere belanghebbende personen, anderdeels, brengen met zich mee dat degene die meent te worden benadeeld door een stedenbouwkundige vergunning en die het bestaan van die vergunning moet vermoeden, de verplichting heeft om binnen een redelijke termijn gebruik te maken van de hem ter beschikking staande middelen om kennis te nemen van de inhoud van de afgegeven stedenbouwkundige vergunning.

Eens die redelijke termijn verstreken, neemt de termijn van zestig dagen om een annulatieberoep in te dienen, een aanvang. Het is zaak van de partij die aanvoert dat het beroep laattijdig is, het bewijs te leveren van het tijdstip waarop de verzoekende partij kennis had of kon hebben van de mogelijke afgifte van de bestreden vergunning, bijvoorbeeld door aan te tonen wanneer de kwestieuze werken werden aangevat.

7. De tussenkomende partij toont niet aan dat de verzoekende partijen eerder kennis konden hebben van het feit dat er een vergunning zou kunnen zijn verleend dan op 28 december 2008, datum waarop zij de uitvoering van werken op het bouwterrein hebben vastgesteld. Noch de brief van 12 september 2008 van de tussenkomende partij, gericht aan het agentschap R-O Limburg, Ruimtelijke Ordening, waarin wordt meegedeeld dat de werken zullen worden aangevat op 31 oktober 2008, noch het werfverslag van 11 september 2008 waaruit blijkt dat de tussenkomende partij samen met de architect, de eigenaar van het bouwterrein en de aannemers de uit te voeren werken heeft besproken en dat een nieuwe vergadering met de eigenaar voor het aanvangen van de werken was gepland, toont op zich aan dat de verzoekende partijen eerder dan op 28 december 2008 kennis hadden of konden hebben van de afgifte van de bestreden vergunning. In die omstandigheden is het op 25 februari 2009 ingediende beroep tot nietigverklaring niet laattijdig.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

8. De verzoekende partijen voeren de schending aan “van het zorgvuldigheidsbeginsel, met name de afwezigheid van verplicht openbaar onderzoek”.

Zij betogen dat in het bestreden besluit ten onrechte wordt overwogen dat “de aanvraag werd openbaar gemaakt volgens de regels van het uitvoeringsbesluit betreffende de behandeling en de openbaarmaking van de

bouwaanvragen” en dat er “geen bezwaarschriften (werden) ingediend” omdat “uit de stukken van het dossier blijkt (...) dat geen openbaarmaking gebeurde”. Zij stellen nog dat het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Voeren in het advies van 25 maart 2008 ten onrechte overweegt ter verantwoording van het feit dat er geen openbaar onderzoek werd gehouden “dat de aanvraag (...) niet valt onder de bouwaanvragen die moeten openbaar gemaakt worden volgens artikel 3 van het besluit van de Vlaamse regering van 5 mei 2000 betreffende de openbare onderzoeken over aanvragen tot stedenbouwkundige vergunning en verkavelingsaanvragen, gewijzigd bij besluit van de Vlaamse regering van 30 maart 2001 en 8 maart 2002”. Volgens de verzoekende partijen had “een openbaar onderzoek gevoerd (...) moeten worden vermits een inplanting voorzien werd op een ander perceel dan waaromtrent voorheen een aanvraag gebeurde, met name het perceel sectie C 704 E”. Zij wijzen er op dat naar aanleiding van “de bouwaanvraag die in 2006 werd ingediend (...) wel degelijk een openbaar onderzoek” heeft plaatsgevonden en dat zij toen “geen bezwaarschrift (hebben) ingediend vermits de verplaatsing van de GSM site op dat ogenblik geen enkel nadeel aan hun eigendom toebracht en ingeplant werd aan de grens van Vlaanderen en Wallonië en de GSM site daarenboven afgeschermd wordt door omliggende bossen”.

9. De verwerende partij repliceert dat in het bestreden besluit verwezen wordt naar het openbaar onderzoek dat gehouden werd van 4 juli 2007 tot 3 augustus 2007 en tijdens hetwelk geen bezwaren werden ingediend.

10. De verzoekende partijen dupliceren dat “zij nooit kennis hebben gehad van het onderzoek de commodo en incommodo”.

11. De tussenkomen partij stelt dat uit het administratief dossier, ingediend door de verwerende partij, meer bepaald uit stuk 5, blijkt dat de aanvraag van 22 juni 2007 werd onderworpen aan een openbaar onderzoek en dat “de gewijzigde plannen die in 2008 werden ingediend (...) nog steeds de inplanting op hetzelfde kadastraal perceel nl. sectie C nummer 709 A en 710 A (voorzien)” maar dat “de zendmast (...) nu (...) (zal) worden ingeplant aan de rand

van het perceel in de plaats van tussen de bomen” en “voorzien (wordt) in de aanplanting van nieuwe bomen” zodat “de plannen die de basis vormden voor het verlenen van de stedenbouwkundige vergunning (...) geen essentiële wijzigingen (bevatten) ten opzichte van de plannen die voorlagen ten tijde van het openbaar onderzoek”.

Beoordeling

12. Het bestreden besluit verleent in landschappelijk waardevol agrarisch gebied met toepassing van artikel 20 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en gewestplannen een stedenbouwkundige vergunning voor:

“de plaatsing van een vakwerkpyloon met topbuis met een totale hoogte van 42m (waaraan) de antennes van de operatoren worden bevestigd, de nodige antenne- en elektrische kabels tussen de antennes en de technische apparatuur lopen via de kabelladers aan de pyloon. De technische installaties worden aan de voet van de pyloon geplaatst. (...) De site (het station) zal een oppervlakte bedragen van ongeveer 61m²”.

Het bestreden besluit bevat de volgende relevante overwegingen:

“De aanvraag werd openbaar gemaakt volgens de regels van het uitvoeringsbesluit betreffende de behandeling en de openbaarmaking van de bouwvoorvragen. Er werden geen bezwaarschriften ingediend.

(...)

ALGEMENE CONCLUSIE

De aanvraag is in overeenstemming met de stedenbouwkundige voorschriften en is bestaanbaar met de onmiddellijke omgeving. Aangezien bovendien naar aanleiding van het openbaar onderzoek geen bezwaarschriften werden ingediend en ook de adviezen van de openbare besturen (voorwaardelijk) gunstig zijn, kan deze aanvraag positief worden geëvalueerd”.

13. Uit de samenlezing van het bepaalde in artikel 3, § 3, artikel 8, vijfde lid en artikel 11, § 1 van het besluit van de Vlaamse regering van 5 mei 2000 betreffende de openbare onderzoeken over aanvragen tot stedenbouwkundige vergunning en verkavelingsaanvragen blijkt dat de in het voornoemde artikel 3, § 3 vermelde aanvragen tot stedenbouwkundige

vergunning, behoudens de in § 2 van hetzelfde artikel bepaalde gevallen, aan een openbaar onderzoek worden onderworpen, dat iedereen gedurende de periode van het openbaar onderzoek bezwaren of opmerkingen in verband met het ontwerp ter kennis kan brengen van het college van burgemeester en schepenen en dat de vergunningverlenende overheid zich over de ingediende bezwaren en opmerkingen dient uit te spreken. Deze openbaarmaking is voorgeschreven, eensdeels, om degenen die bezwaren zouden hebben tegen de aanvraag de mogelijkheid te bieden hun bezwaren en opmerkingen te doen gelden, anderdeels, om de bevoegde overheden de nodige inlichtingen en gegevens te verstrekken opdat zij met kennis van zaken zouden kunnen oordelen. De formaliteit van het openbaar onderzoek is een substantiële pleegvorm.

Op straffe van anders de waarborgen die de voormelde procedure van openbaarmaking belanghebbende derden biedt volkomen te negeren, wordt deze substantiële pleegvorm miskend indien, na het organiseren van het openbaar onderzoek, een aangepast plan wordt ingediend dat essentiële wijzigingen omvat, dat niet aan de formaliteit van het openbaar onderzoek wordt onderworpen en dat als grondslag dient voor het nemen van de beslissing over de aanvraag.

14. Artikel 3, § 3, 12° van het voormelde besluit van de Vlaamse regering van 5 mei 2000 bepaalt dat de volgende aanvraag tot een stedenbouwkundige vergunning aan een openbaar onderzoek is onderworpen:

“aanvragen waarvoor de toepassing is vereist van artikel 20 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen, voorzover het bovengrondse constructies betreft met een grondoppervlakte groter dan 10 vierkante meter of een hoogte van meer dan 10 meter”.

Artikel 5 van het voormelde besluit legt in dit geval de aanvrager de aangeplakte bekendmaking op het terrein op en artikel 7 legt het gemeentebestuur op dat “de eigenaars van alle aanpalende percelen voor de aanvang van het openbaar onderzoek (...) bij een ter post aangetekende brief of bij een individueel bericht tegen ontvangstbewijs in kennis (worden) gesteld van de aanvraag tot stedenbouwkundige vergunning” behalve “indien eigenaars van

aanpalende percelen het aanvraagformulier en alle plannen voor akkoord” hebben ondertekend.

15. Uit de voormelde gegevens van het dossier blijkt dat de aanvraag van de tussenkomenende partij waarvoor op 18 februari 2008 een ontvangstbewijs werd verleend, overeenkomstig het voormelde besluit van de Vlaamse regering van 5 mei 2000 aan een openbaar onderzoek moest worden onderworpen. De verzoekende partijen hebben het bij deze aanvraag horende aanvraagformulier en de daarbij horende plannen niet ondertekend en dienden derhalve als eigenaar van het aanpalende perceel nr. 707/a, individueel en tegen ontvangstbewijs in kennis te worden gesteld van deze aanvraag tot stedenbouwkundige vergunning.

Het administratief dossier bevat geen gegevens waaruit blijkt dat de voormelde aanvraag aan een openbaar onderzoek werd onderworpen middels een aanplakking van bekendmaking en een individuele kennisgeving aan de verzoekende partijen.

16. Het openbaar onderzoek dat werd gevoerd zonder een individuele kennisgeving aan de verzoekende partijen naar aanleiding van de eerdere aanvraag van de tussenkomenende partij waarvoor op 22 juni 2007 een ontvangstbewijs werd verleend, kan niet gelden als het nakomen van de verplichting tot openbaar onderzoek inzake de latere gewijzigde aanvraag van 18 februari 2008. De in deze aanvraag voorziene inplantingsplaats van de GSM-installatie aan de perceelgrens van de verzoekende partijen is immers een essentiële wijziging omdat deze inplanting een gunstig advies kreeg van het agentschap voor Natuur en Bos en de in de vorige aanvraag voorziene inplanting van de GSM-installatie in het bos halfweg het perceel geleid had tot een ongunstig advies van hetzelfde agentschap. Dit geldt des te meer nu uit het aangehaalde bestreden besluit blijkt dat de bestreden vergunning wordt verleend op grond van onder meer de verleende “(voorwaardelijk) gunstig(e)” adviezen.

Het bestreden besluit werd aldus genomen met miskennis van de voormelde substantiële pleegvorm, waardoor de verzoekende partijen niet de mogelijkheid hebben gehad hun bezwaren en opmerkingen bij de gewijzigde

aanvraag van 18 februari 2008 te doen gelden en de vergunningverlenende overheid ten onrechte heeft aangenomen dat over deze gewijzigde aanvraag een openbaar onderzoek werd gehouden dat niet geleid heeft tot het indienen van bezwaren.

Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van 4 april 2008 van de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar houdende afgifte aan de n.v. BELGACOM MOBILE van de stedenbouwkundige vergunning voor het wijzigen van een bestaande installatie voor mobiele telecommunicatie op een perceel gelegen te Voeren, Mariahof, kadastraal bekend sectie C, nrs. 709/a en 710/a.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 700 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van een april 2011, door de Raad van State, Xe kamer, samengesteld uit:

Roger Stevens,	kamervoorzitter,
Pierre Lefranc,	staatsraad,
Jan Clement,	staatsraad,
bijgestaan door	
Tiny Temmerman,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Tiny Temmerman

Roger Stevens