

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 215.285 van 22 september 2011
in de zaak A. 189.699/X-13.900.**

In zake : Dirk BAFORT
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Xavier D'Hulst en Michiel Deweirdt
 kantoor houdend te 8500 KORTRIJK
 Doorniksewijk 66
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse
regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Veerle Tollenaere
kantoor houdend te 9000 GENT
Koning Albertlaan 128
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij :

de n.v. MOBISTAR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Pascal Mallien
kantoor houdend te 2000 ANTWERPEN
Meir 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 12 september 2008, strekt tot de
nietigverklaring van het besluit van 14 juli 2008 van de gewestelijke
stedenbouwkundige ambtenaar waarbij de stedenbouwkundige vergunning
verleend aan de n.v. Mobistar, voor het bouwen van een zendstation voor mobiele
communicatie op een perceel gelegen aan de Burgemeester Lionel
Pussemierstraat te Eeklo, kadastraal bekend sectie D, nr. 263/b, wordt
ingetrokken en een nieuwe stedenbouwkundige vergunning wordt verleend.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 31 december 2008. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Ronny Vercruyssen heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend. De tussenkomende 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 27 mei 2011.

Kamervoorzitter Roger Stevens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stefaan Desrumaux, die loco advocaten Xavier D'Hulst en Michiel Deweydt verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Veerle Tollenaere, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Jeroen De Coninck, die loco advocaat Pascal Mallien verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ronny Vercruyssen 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. Op 17 juli 2006 dient de tussenkomende partij bij de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar een aanvraag in tot het verkrijgen van een stedenbouwkundige vergunning voor het bouwen van een zendstation voor mobiele communicatie op een perceel gelegen aan de Burgemeester Lionel Pussemierstraat te Eeklo, kadastraal bekend sectie D, nr. 263/b.

Het voormelde perceel is overeenkomstig het bij koninklijk besluit van 24 maart 1978 vastgestelde gewestplan Eeklo – Aalter gelegen in gebied voor dagrecreatie.

Het is niet gelegen binnen het gebied van een goedgekeurd bijzonder plan van aanleg of gemeentelijk ruimtelijk uitvoeringsplan, of van een vergunde verkaveling.

4. Uit de gegevens van het dossier blijkt dat twee bestaande pylonen worden vervangen door twee nieuwe pylonen met een hoogte van 25 meter, waar aan de bovenzijde antennes worden bevestigd. De bijhorende technische installaties worden voorzien aan de voet van de nieuwe pylonen.

5. Van 27 juli 2006 tot 28 augustus 2006 wordt een openbaar onderzoek gehouden over de betrokken aanvraag. Er worden twee bezwaarschriften ingediend.

6. Op 10 november 2006 behandelt het college van burgemeester en schepenen van de stad Eeklo de ingediende bezwaren en geeft het een gunstig advies over de betrokken aanvraag. Wat de gevaren van de straling betreft, wordt uitdrukkelijk verwezen naar het koninklijk besluit van 10 augustus 2005 houdende de normering van zendmasten voor electromagnetische golven tussen 10 MHz en 10 GHz.

7. Op 15 februari 2007 verleent de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar de gevraagde vergunning.

Deze vergunning wordt bij de Raad van State aangevochten met een annulatieberoep. In zijn arrest nr. 201.007 van 17 februari 2010 vernietigt de Raad het vergunningsbesluit van 15 februari 2007 omwille van de duidelijkheid in het rechtsverkeer.

8. Bij het bestreden besluit van 14 juli 2008 trekt de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar zijn vergunningsbesluit van 15 februari 2007 in en verleent hij aan de tussenkomende partij een nieuwe stedenbouwkundige vergunning.

IV. Voorwerp van het beroep

9. Er moet, desnoods ambtshalve, worden onderzocht of het beroep nog een voorwerp heeft.

10. Met een aangetekende brief van 17 mei 2010 deelt de verwerende partij aan de Raad van State mee dat zij geen verzoek tot voortzetting zal indienen, aangezien de bestreden beslissing op 14 mei 2010 werd ingetrokken.

11. Tegen de beslissing tot intrekking van het thans bestreden besluit, waarnaar de verwerende partij in haar brief van 17 mei 2010 verwijst, wordt zowel bij de Raad van State als bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen een beroep tot nietigverklaring ingediend.

In zijn arrest nr. 215.286 van 22 september 2011 (in de zaak A. 196.913/X-14.582) stelt de Raad van State vast dat hij onbevoegd is om uitspraak te doen over het geschil.

Gelet op het voormelde, nog hangende beroep bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen is het beroep niet zonder voorwerp geworden.

12. In de mate het huidige beroep gericht is tegen de intrekking van de beslissing van 15 februari 2007, dient het als onontvankelijk te worden

beschouwd bij gebrek aan voorwerp, gelet op de tussengekomen vernietiging van deze beslissing, zoals uitgesproken in het arrest nr. 201.007.

V. Belang

Standpunten van de partijen

13. De verzoeker stelt in zijn verzoekschrift met betrekking tot zijn belang dat hij in de onmiddellijke omgeving van de op te richten zendmasten woont en werkt. Hij voert tevens visuele hinder en een ernstig gezondheidsrisico aan.

14. De tussenkommende partij betwist in haar verzoekschrift tot tussenkomst het belang van de verzoekende partij. Ze betoogt dat de zonevreemde woning van de verzoeker mogelijks onwettig is en dat uit een onwettige toestand geen rechten kunnen worden geput. Dit geldt des te meer aangezien de verzoeker zich beroept op visuele hinder vanuit zijn woning. Wat de aangevoerde visuele hinder betreft stelt de tussenkommende partij dat de woning van de verzoeker op 250 meter van de bouwplaats is gelegen en dat de dichte bebossing in de omgeving van de woning van de verzoeker ervoor kan zorgen dat er geen visuele hinder is. De foto's die de verzoeker bijbrengt werden niet uit zijn woning genomen, zodat de aangevoerde hinder geenszins vaststaat. Bovendien was er reeds een pyloon met een hoogte van 19 meter aanwezig en toont de verzoeker niet aan in welke mate die bestaande pyloon visuele hinder met zich meebracht en in welke mate die pyloon een element van zijn omgeving vormde.

Wat betreft het gezondheidsrisico verwijst de tussenkommende partij op de eerste plaats naar de bespreking van het vierde middel. Verder stelt ze dat er geen enkele overschrijding van de stralingsnormen zal plaatsvinden op het eigendom van de verzoeker.

15. In zijn memorie van wederantwoord stelt de verzoeker onder meer dat de rechtbank van eerste aanleg te Gent het bestaan van de visuele hinder heeft bevestigd en dat de tussenkommende partij niet in beroep is gegaan tegen de

betrokken uitspraak. Hij brengt tevens bijkomend fotomateriaal aan waaruit de visuele impact van de mast moet blijken. Verder betoogt hij dat zijn eigendom pas na de bouw van zijn woning tot parkgebied werd bestemd en brengt hij gegevens bij m.b.t. het wettige karakter van zijn woning.

16. In haar toelichtende memorie stelt de tussenkomende partij dat op Europees niveau een norm wordt gehanteerd waarbij de blootstelling aan RF-stralingen niet hoger mag zijn dan 4.5W/m². In België wordt sinds enkele jaren een 4 maal strengere norm gehanteerd. Op basis van de heden gekende studies blijkt dat de blootstellingsnormen niet moeten worden herzien. De verzoeker vermag zich dan ook niet te beroepen op de gezondheidsproblematiek.

Beoordeling

17. Het wordt niet betwist dat de woning van de verzoeker op 250 meter van de bouwplaats is gelegen.

Uit de gegevens van de zaak blijkt dat, zoals ook reeds de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Gent, zetelend in kort geding, op van 22 februari 2008 oordeelde, dat “de oprichting van een zendmast van 25 meter hoog, zeker in de herfst en de winter, visuele hinder zal teweegbrengen” voor de verzoeker. De loutere opwerping van de tussenkomende partij dat “de woonst van de verzoeker mogelijk onwettig is” toont geenszins aan dat het belang van de verzoeker ongeoorloofd zou zijn. Het is immers degene die een exceptie opwerpt, die de bewijslast ter zake draagt.

De verzoeker beschikt aldus over het rechtens vereiste belang bij zijn vordering.

V. Onderzoek van het vierde middel

Standpunten van de partijen

18. In een vierde middel wordt de schending aangevoerd van artikel 8 EVRM, van artikel 23, eerste lid en artikel 23, derde lid, 4° van de

Grondwet, van het voorzorgsbeginsel, en, blijkens de toelichting bij het middel, van de materiële motiveringsverplichting.

De verzoeker betoogt dat er tot op heden geen uitsluitel bestaat over de mogelijke negatieve impact van de stralingen afkomstig van gsm- en umts-masten op mens en leefmilieu en dat bijgevolg, het voorzorgsbeginsel indachtig, de verwerende partij de bestreden vergunning niet vermocht af te leveren. Het koninklijk besluit van 10 augustus 2005 houdende de normering van zendmasten voor elektromagnetische golven tussen 10 MHz en 10 GHz moet op grond van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing worden gelaten, aangezien de gewesten bevoegd zijn voor deze materie en het besluit derhalve de bevoegdheidsverdelende regelen schendt. Het koninklijk besluit miskent bovendien eveneens het voorzorgsbeginsel, vermits het zendmasten toelaat terwijl er mogelijks schadelijke effecten kunnen optreden. Verder worden de mogelijke gezondheidsrisico's in de bestreden beslissing niet onderzocht, wat een schending van de motiveringsplicht inhoudt, aangezien de verwerende partij ertoe verplicht was in het bestreden besluit die risico's te onderzoeken. De verzoeker betwist voorts de waarde van de attesten van het BIPT, aangezien erin geen rekening wordt gehouden met cumulatieve effecten, noch met de reflectie van de stralingen op de hoge bebouwing in de omgeving van de bouwplaats.

19. De verwerende partij antwoordt dat de Belgische normering ter zake wordt nageleefd en dat de Belgische normen vier keer strenger zijn dan de normen die worden gehanteerd door de Wereldgezondheidsorganisatie en vijftig keer strenger dan de Europese aanbevelingen. Aangezien er derhalve een concrete norm bestaat die het voorzorgsbeginsel in acht neemt en aangezien de verzoeker niet betwist dat die norm wordt nageleefd, is het voorzorgsbeginsel bijgevolg niet geschonden. Wat betreft het koninklijk besluit van 10 augustus 2005 stelt de verwerende partij dat ermee de bescherming van de volksgezondheid wordt beoogd en dat de betrokken materie als dusdanig tot de bevoegdheid van de federale overheid behoort. Het besluit doet niet op een buitensporige wijze afbreuk aan de bevoegdheden van de gemeenschappen en gewesten.

20. In zijn memorie van wederantwoord stelt de verzoeker dat het Grondwettelijk Hof ondertussen heeft geoordeeld dat de bevoegdheid om stralingsnormen van gsm-antennes vast te stellen toekomt aan de gewesten, zodat het betoog van de verwerende partij in dat verband niet langer relevant is.

21. De tussenkomende partij argumenteert in haar verzoekschrift tot tussenkomst dat het geschonden geachte artikel 23 van de Grondwet geen directe werking heeft. Wat betreft artikel 8 EVRM zet de verzoeker niet uiteen waaruit de concrete milieuhinder bestaat of op welke wijze deze bepaling door de bestreden beslissing wordt geschonden. Verder stelt ze dat het voorzorgsbeginsel op zich geen algemeen beginsel van behoorlijk bestuur uitmaakt. Overigens heeft de wetgever rekening gehouden met dit beginsel voor wat betreft de gevolgen van radiofrequente stralingen. Het komt de Raad van State niet toe zich uit te spreken over opportuïteïtskritiek van de verzoeker in dit verband. Voorts maakt de verzoeker in zijn verzoekschrift niet aannemelijk dat het koninklijk besluit van 10 augustus 2005 de bevoegdheidsverdelende regelen schendt.

In haar memorie betoogt de tussenkomende partij dat uit het aangehaalde arrest van het Grondwettelijk Hof enkel kan worden afgeleid dat de gewesten als enige bevoegd zijn voor het bepalen van de normering van niet-ioniserende straling. Er kan evenwel niet uit worden afgeleid dat de bestaande normen op zich niet zouden voldoen aan het voorzorgsbeginsel.

In haar laatste memorie betwist de tussenkomende partij de ontvankelijkheid van het vierde middel aangezien de verzoeker niet aantoont dat hij effectief onderworpen is aan te hoge stralingen.

Beoordeling

22. In het bestreden besluit worden de bezwaren met betrekking tot de stralingsproblematiek beantwoord als volgt:

“Inzake het respecteren van het voorzorgsbeginsel kan nog het volgende worden gesteld. De problematiek van de straling die antennes opwekken wordt geregeld door het KB van 10/08/2005 dat tot op heden nog steeds van toepassing is.

De gezondheidsnormen die in dit KB werden vastgelegd, zijn 4 keer strenger dan die van de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) en 200 keer strenger dan de effectieve risicogrens. Op die wijze wordt het voorzorgsprincipe volledig gerespecteerd. Alle nieuwe en bestaande installaties moeten aan de normen van dit KB voldoen. Het BIPT heeft tot taak via metingen toe te zien op de naleving ervan. De vergunningverlenende overheid kan er dan ook in alle redelijkheid van uit gaan dat het gezondheidsaspect voldoende onder controle is en het verlenen van de stedenbouwkundige vergunning niet in de weg staat”.

Hieruit blijkt dat de vergunningverlenende overheid zich voor de toepassing van het voorzorgsbeginsel uitsluitend heeft laten leiden door het koninklijk besluit van 10 augustus 2005.

In zijn arrest nr. 193.456 van 20 mei 2009 heeft de Raad van State dit koninklijk besluit evenwel vernietigd, zodat de erin vervatte formele rechtsregels met betrekking tot de toetsing van de gezondheidsrisico's van GSM-masten moeten worden geacht nooit te hebben bestaan.

23. Een overheid die zich over een bouwaanvraag uitspreekt, moet, gelet op artikel 4 DRO, ook oog hebben voor de impact van het project op het leefmilieu en moet daartoe de nadelige gevolgen van het gebruik of de exploitatie van een installatie op de gezondheid van de omwonenden in overweging nemen. Gegeven het mogelijke risico op beduidende en onomkeerbare schade door de emissie van elektromagnetische golven door GSM-masten, kan het gebrek aan volledige wetenschappelijke zekerheid met betrekking tot de gezondheidsrisico's de vergunningverlenende overheid immers niet vrijstellen van de verplichting om deze risico's op voldoende concrete wijze te onderzoeken.

De omstandigheid dat er geen formele rechtsregels bestaan met betrekking tot de toetsing van de gezondheidsrisico's van GSM-masten, neemt niet weg dat de vergunningverlenende overheid, mede gelet op de bij haar ingediende bezwaren, in concreto moet nagaan of de elektromagnetische straling geen onaanvaardbaar risico voor de gezondheid zou opleveren.

24. De ingediende bezwaren met betrekking tot de gezondheidsrisico's worden in de bestreden beslissing weerlegd op grond van de overwegingen dat de “gezondheidsnormen die in dit KB (van 10 augustus 2005) werden vastgelegd, (...) 4 keer strenger (zijn) dan die van de

Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) en 200 keer strenger dan de effectieve risicogrens”, dat op die wijze het voorzorgsbeginsel wordt gerespecteerd, dat “nieuwe en bestaande installaties (...) aan de normen van dit KB (moeten) voldoen”, dat het BIPT moet toezien op de naleving van die normen en dat “(d)e vergunningverlenende overheid (...) er dan ook in alle redelijkheid (kan) van uit gaan dat het gezondheidsaspect voldoende onder controle is en het verlenen van de stedenbouwkundige vergunning niet in de weg staat”.

De beoordeling van de gezondheidsrisico's in het bestreden besluit is in die omstandigheden beperkt tot een algemene stellingname over de verenigbaarheid van de installatie met de, intussen vernietigde, federale stralingsreglementering en met de aanbevelingen van de WHO, zonder dat op concrete wijze en meer in detail wordt onderzocht of de elektromagnetische straling die uitgaat van de vergunde installatie voor de omwonenden redelijkerwijze geen onaanvaardbaar gezondheidsrisico inhoudt. De loutere affirmatie dat de straling als dusdanig onder een algemene, aanvaardbaar geachte drempel blijft, volstaat niet als een afdoende beoordeling van de gezondheidsrisico's, aangezien hieruit niet kan worden opgemaakt of dit oordeel gefundeerd is, ongeacht de afstand tot de antenne en de duur van de blootstelling.

Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

25. Het gegeven dat de verzoeker niet aantoont dat hij effectief onderworpen is aan te hoge stralingen, ontnemt hem uiteraard niet het belang bij het middel, dat inhoudt dat het gezondheidsrisico niet behoorlijk werd onderzocht.

26. Er kan niet ingegaan worden op de vraag van de tussenkomende partij, in haar laatste memorie, om over te gaan tot “het opvragen van alle dienstige informatie aan de betrokken partijen en derden om potentieel stralingsgevaar na te gaan, daar het niet normaal is dat deze zich op 250 m nog zou voordoen”, vermits dit onderzoek precies had moeten gebeuren vóór het nemen van het bestreden besluit.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van 14 juli 2008 van de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar in zoverre aan de n.v. Mobistar een nieuwe stedenbouwkundige vergunning wordt verleend voor het plaatsen van een zendstation voor mobiele communicatie op een perceel gelegen aan de Burgemeester Lionel Pussemierstraat te Eeklo, kadastraal bekend sectie D, nr. 263/b.

De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 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 tweeëntwintig september 2011, door de Raad van State, Xe kamer, samengesteld uit:

Roger Stevens,

Johan Bovin,

Pierre Lefranc,

bijgestaan door

Astrid Truyens,

kamervoorzitter,

staatsraad,

staatsraad,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Astrid Truyens

Roger Stevens