

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 221.566 van 29 november 2012
in de zaak A. 200.266/X-14.727.**

In zake : Jan VAN LOMMEL
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 Lieve Dehaese
kantoor houdend te 3500 HASSELT
Luikersteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij :

de n.v. KPN GROUP BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Günther L'Heureux
kantoor houdend te 1040 BRUSSEL
Wetstraat 26/7
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 23 mei 2011, strekt tot de
nietigverklaring van het besluit van 5 mei 2009 van de gewestelijke
stedenbouwkundige ambtenaar waarbij aan de n.v. BASE de stedenbouwkundige
vergunning wordt verleend voor het installeren van een nieuwe buispyloon met
een hoogte van 30 meter op het parkeerterrein van discotheek Millennium te
Herselt, Provinciebaan 14, op een perceel kadastraal bekend sectie A, nr. 35/R/2.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 11 augustus 2011. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch heeft een verslag opgesteld.

De verzoeker 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 14 september 2012.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Michiel Deweirdt, die verschijnt voor de verzoeker, advocaat Nicolas D’Haenens, die loco advocaat Lieve Dehaese verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Günther L’Heureux, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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. Op 28 augustus 2008 dient de n.v. BASE bij de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar een aanvraag in tot het verkrijgen van de stedenbouwkundige vergunning voor het “installeren van een nieuwe buispyloon voor BASE met een hoogte van 30m op het parkeerterrein van discotheek Millennium” gelegen te Herselt aan de Provinciebaan 14, op een perceel kadastraal bekend sectie A, nr. 35/R/2.

De woning van de verzoeker is gelegen aan de overzijde van de Provinciebaan, schuin tegenover de voorziene bouwplaats.

3.2. Het bouwterrein is volgens de bestemmingsvoorschriften van het bij koninklijk besluit van 28 juli 1978 vastgestelde gewestplan Herentals-Mol gelegen in recreatiegebied.

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

3.3. Tijdens het openbaar onderzoek, dat wordt gehouden van 6 november 2008 tot 6 december 2008, worden geen bezwaarschriften ingediend.

3.4. Het college van burgemeester en schepenen van de stad Herselt adviseert op 15 december 2008 de aanvraag gunstig.

3.5. Bij het thans bestreden besluit van 5 mei 2009 verleent de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar de gevraagde stedenbouwkundige vergunning.

Onder de hoofding “Richtlijnen en Omzendbrieven” wordt daarin gesteld wat volgt:

“Regelmatig wordt de vrees geuit dat een zendinstallatie (mast) de gezondheidstoestand van de bevolking en de openbare salubriteit in het gedrang zou kunnen brengen door de uitgezonden straling. Om de bevolking te beschermen tegen elk mogelijk gezondheidsrisico door elektromagnetische radiogolven gelden er stralingsnormen. Met betrekking

tot dit gezondheidsaspect kan verwezen worden naar de aanbevelingen van de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) die 50 keer strenger zijn dan de effectieve risicogrens, waarop enige (enkel thermische) effecten werden vastgesteld, en die Europees en Internationaal aanbevolen wordt.

Uit het door de aanvrager opgemaakte en ten titel van overvloedige aanvraag toegevoegd technisch dossier, zoals eertijds vereist door het BIPT, blijkt dat de stralingsintensiteit zich zeer ruim onder de bovenvermelde aanbevelingen van de WHO bevindt. Rekening houdende met de beginselen van behoorlijk bestuur, met inbegrip van de zorgvuldigheidsnorm kan de stedenbouwkundige vergunning worden verleend.

Op basis van de huidige, in wetenschappelijke tijdschriften gepubliceerde gegevens wordt besloten dat de elektromagnetische straling van telecommunicatiebasisstations niet gevaarlijk is voor de gezondheid van de algemene bevolking. De vergunningverlenende overheid kan er dan ook in alle redelijkheid, op basis van de thans beschikbare wetenschappelijke gegevens, van uit gaan dat het gezondheidsaspect voldoende onder controle is en het verlenen van deze stedenbouwkundige vergunning niet in de weg staat, aangezien men onder de algemeen aanvaarde risicogrens qua straling zit op plaatsen waar personen zich redelijkerwijze kunnen bevinden. De vergunning wordt dan ook in alle redelijkheid, op basis van de thans beschikbare wetenschappelijke gegevens, uitgevaardigd.

Van zodra dat de Vlaamse overheid eigen normen ter zake heeft uitgewerkt, eventueel strenger dan de bovenvermelde aanbevelingen, zal de aanvrager zich uiteraard aan deze nieuwe normering conformeren. Op die wijze wordt het voorzorgsprincipe volledig gerespecteerd.”

3.6. Bij gerechtsdeurwaardersexploot van 30 mei 2011 is de verzoeker overgegaan tot dagvaarding in kort geding voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Turnhout teneinde een oprichtings- en/of exploitatieverbod van het GSM-station te bekomen.

Bij beschikking van 12 september 2011 van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Turnhout is de zaak doorgehaald.

IV. Ontvankelijkheid

4.1. De verzoeker stelt in zijn verzoekschrift met betrekking tot zijn belang dat hij in de onmiddellijke buurt van de op te richten zendmasten woont, met name aan de overkant van de straat. Hij voert tevens visuele hinder en een ernstig gezondheidsrisico aan.

4.2. De tussenkomende partij betwist in haar memorie het belang van de verzoeker. Ze betoogt dat de woning van de verzoeker zich op een afstand van ongeveer 100 meter van de pyloon situeert. Wat de aangevoerde visuele hinder betreft, werpt de tussenkomende partij op dat het perceel van de verzoeker, dat is gelegen in agrarisch gebied, aan de voorzijde volledig wordt afgeschermd door metershoge dennenbomen, allerlei struiken, een niet-doorzichtige afsluiting en een haag. Door de ligging van de bouwplaats schuin tegenover de woning van de verzoeker, de inplanting van de mast en van de technische cabines achter het gebouw van discotheek Millennium kan er volgens de tussenkomende partij geen sprake zijn van visuele hinder. Bovendien is het uitzicht van de verzoeker reeds gehinderd door de tussenliggende Provinciebaan en de daarlangs staande elektriciteitspalen en -draden. Wat het aangevoerde gezondheidsrisico betreft, verwijst de tussenkomende partij naar de afgifte van een conformiteitsattest dat op 27 juli 2011 is afgeleverd overeenkomstig de thans geldende reglementering op het vlak van vast opgestelde zendantennes voor elektromagnetische golven tussen 10 MHz en 10 GHz en naar de doorhaling door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Turnhout van de door de verzoeker ingestelde vordering in kort geding.

Beoordeling

4.3. Het wordt niet betwist dat de woning van de verzoeker aan de overzijde van de Provinciebaan is gelegen, schuin tegenover de bouwplaats.

De vergunde pyloon heeft een hoogte van 30 meter. In de gegeven omstandigheden kan het standpunt van de tussenkomende partij dat de verzoeker van op zijn eigendom geen uitzicht zal hebben op de vergunde constructie, niet worden aangenomen, ook al is zijn woning gelegen op ongeveer 100 meter en omringd door bomen en allerlei struiken.

Om die reden alleen reeds doet de verzoeker blijken van het rechtens vereiste belang bij de gevraagde vernietiging.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen.

5.1. In een tweede middel voert de verzoeker de schending aan van artikel 23, eerste lid, en derde lid, 4° van de Grondwet, van artikel 4 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening (hierna: DRO), van artikel 19 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen, van artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en meer in het bijzonder het materieel motiveringsbeginsel,

“(d)oordat in de bestreden beslissing geen rekening wordt gehouden met de bestaande omgeving, de goede plaatselijke ruimtelijke ordening en de gezondheidsrisico’s.

Doordat de bestreden beslissing desondanks oordeelt dat de masten verenigbaar zijn met de omgeving.

Terwijl art. 23, lid 1 GW bepaalt dat ieder recht heeft om een menswaardig leven te leiden en terwijl art. 23, lid 3.4° GW bepaalt dat die rechten inzonderheid het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu omvatten.

Terwijl art. 4 DRO bepaalt dat de ruimtelijke ordening gericht is op een duurzame ruimtelijke ontwikkeling waarbij de ruimte beheerd wordt ten behoeve van de huidige generatie, zonder dat de behoeften van de toekomstige generaties in het gedrang gebracht worden, dat daarbij de ruimtelijke behoeften van de verschillende maatschappelijke activiteiten gelijktijdig tegen elkaar worden afgewogen en dat rekening wordt gehouden met de ruimtelijke draagkracht, de gevolgen voor het leefmilieu en de culturele, economische, esthetische en sociale gevolgen en dat op deze manier wordt gestreefd naar ruimtelijke kwaliteit.

En terwijl art. 19 van het KB 28.12.1972 bepaalt dat de vergunning slechts kan worden afgegeven zo de uitvoering van de handelingen en werken verenigbaar is met de goede plaatselijke ordening. De Raad van State maakte reeds meermaals toepassing van artikel 19, lid 3. (...)

En terwijl art. 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen vereist dat de bestuurshandelingen de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de grondslag van de beslissing liggen en dat deze afdoende zijn.

En terwijl het materieel motiveringsbeginsel inhoudt dat een overheidsbeslissing gemotiveerd wordt met begrijpelijke motieven die

juridisch en feitelijk correct zijn en die voldoende draagkrachtig zijn om de beslissing te schragen.”

In de toelichting bij het middel zet de verzoeker uiteen dat de vergunningverlenende overheid op grond van de aangehaalde bepalingen bij de beoordeling van de aanvraag tot stedenbouwkundige vergunning rekening dient te houden met de ruimtelijk draagkracht van de omgeving, en daarbij de verenigbaarheid van het bouwwerk met het omringende gebied dient te betrekken. Te dezen werd de impact van de mast op de omringende woningen niet onderzocht. De afstand tussen de pyloon en de woningen is zelfs niet besproken.

Voorts dient de vergunningverlenende overheid ook de risico's voor de gezondheid van de constructie te beoordelen. Dit is te dezen niet gebeurd. Op geen enkele wijze zijn de nadelige gevolgen van de exploitatie van de installatie voor de verzoeker in overweging genomen. Er wordt ook niets gezegd over de impact ervan op het omliggende natuurgebied.

Het technisch dossier van BASE ging ervan uit dat een toetsing aan de normen van het koninklijk besluit van 10 augustus 2005 houdende de normering van zendmasten voor elektromagnetische golven tussen 10 MHz en 10GHz volstond. Dit koninklijk besluit is evenwel vernietigd door de Raad van State bij arrest nr. 193.456 van 20 mei 2009. Vermits de bestreden stedenbouwkundige vergunning is gesteund op een onwettig koninklijk besluit, schendt zij de materiële en formele motiveringsplicht.

Aangezien er geen zekerheid is omtrent de gezondheidsrisico's van “gsm- en umts-antennes”, dient volgens de verzoeker ook rekening te worden gehouden met het voorzorgsbeginsel, hetgeen inhoudt dat dergelijke installaties een zekere afstand van de bewoning verwijderd moeten blijven.

Ten slotte stelt de verzoeker dat in het technisch dossier ook wordt verwezen naar de Telecomcode om de plaatsing van de pyloon te verantwoorden. De Telecomcode is echter een loutere afspraak tussen de verschillende mobilofonie-operatoren met het oog op een duurzame ruimtelijke inplanting van draadloze telecommunicatie-infrastructuur in Vlaanderen. Deze code dateert bovendien van 1998 en is dus volledig verouderd. Hij heeft ook geen enkele wettelijke waarde of bindende kracht.

5.2. De verwerende partij antwoordt dat artikel 4 DRO betrekking heeft op de voorschriften die in acht moeten worden genomen bij het opmaken van plannen van aanleg. Inzake de schending van artikel 23, eerste lid en derde lid, 4° van de gecoördineerde Grondwet stelt zij dat dit artikel geen rechtstreekse werking heeft en bijgevolg niet dienstig kan worden ingeroepen.

Voorts wijst de verwerende partij erop dat uit de overwegingen van het bestreden besluit duidelijk blijkt dat de vergunningverlenende overheid het risico op gezondheidsschade op afdoende wijze bij de beoordeling van de aanvraag heeft betrokken en dit aan de hand van de op dat ogenblik beschikbaar zijnde wetenschappelijke gegevens. In deze beoordeling heeft zij tevens duidelijk aangegeven dat indien in de toekomst een strengere norm zou worden vastgesteld door de Vlaamse overheid, deze norm uiteraard zal dienen te worden gerespecteerd.

Wat betreft de verenigbaarheid met de goede ruimtelijke ordening stelt de verwerende partij dat, aangezien het betrokken perceel niet is gelegen binnen de grenzen van een bijzonder plan van aanleg of een verkavelingsvergunning, het de bevoegdheid van de overheid blijft de aanvraag te toetsen aan de gebruikelijke inzichten en noden betreffende een goede plaatselijke aanleg. De Raad van State beschikt ter zake slechts over een marginale toetsingsbevoegdheid.

Onder de overwegingen inzake de “(b)eschrijving van de bouwplaats, de omgeving en de aanvraag”, en de “(b)oordeling van de goede ruimtelijke ordening” zijn de met de plaatselijke aanleg verband houdende redenen vermeld waarop de vergunningverlenende overheid zich heeft gesteund om de stedenbouwkundige vergunning te verlenen.

5.3. De tussenkomende partij voert een gelijkaardig verweer, en voegt hieraan toe dat de beoordeling van de impact van antennes op het milieu niet behoort tot het bevoegdheidsdomein van de ruimtelijke ordening en de stedenbouw.

Ten slotte stelt de tussenkomende partij nog dat de bestreden stedenbouwkundige vergunning niet verwijst naar de Telecomcode, zodat de argumentatie van de verzoeker hieromtrent elke grond mist.

5.4. In de memorie van wederantwoord dupliceert de verzoeker dat artikel 4 DRO wel degelijk in overweging moet worden genomen, ook bij een vergunningsaanvraag.

Hij stelt voorts dat het feit dat artikel 23 van de Grondwet geen directe werking zou hebben, niet betekent dat men dit kan negeren, nu elke wettelijke of decretale bepaling, zoals artikel 4 DRO, grondwetsconform dient te worden geïnterpreteerd. Artikel 23 van de Grondwet bevat ook een standstillverplichting, hetgeen betekent dat een bepaald beschermingsniveau niet mag worden verlaagd of verminderd.

Ten slotte wijst hij erop dat de beoordeling van de gezondheidsrisico's beperkt is tot een algemene stellingname over de verenigbaarheid van de installatie met de inmiddels vernietigde stralingsreglementering en met de aanbevelingen van de WHO, zonder dat de gezondheidsrisico's op concrete wijze worden onderzocht.

5.5. In de laatste memorie laat de tussenkomende partij nog gelden dat zij op basis van de in hoofdstuk 2.14 van Vlarem II vervatte geldende reglementering inzake de normering van de straling van antennes, op 27 juli 2011 een conformiteitsattest heeft verkregen. De door de verzoeker ingeleide kort geding procedure waarin een oprichtings- en een exploitatieverbod werd benaarstigd, werd inmiddels doorgehaald. Dit heeft volgens de tussenkomende partij tot gevolg dat in geval van vernietiging van het bestreden besluit de minister bij de beoordeling van de goede ruimtelijke ordening niet meer ertoe gehouden zal zijn het gezondheidsaspect in overweging te nemen, aangezien dit krachtens artikel 4.3.1., § 2, 1° VCRO slechts bij de beoordeling moet worden betrokken “voor zover noodzakelijk of relevant”. Nu een conformiteitsattest voorligt is dit volgens de tussenkomende partij niet “meer noodzakelijk of relevant”.

Beoordeling

5.6. Een overheid die zich over een aanvraag tot stedenbouwkundige vergunning uitspreekt, moet, gelet op het toentertijd

geldende 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 in concreto moet nagaan of de elektromagnetische straling geen onaanvaardbaar risico voor de gezondheid zou opleveren.

5.7. In het bestreden besluit wordt verwezen naar “de aanbevelingen van de Wereldgezondheidsorganisatie (hierna: WHO) die 50 keer strenger zijn dan de effectieve risicogrens”, en wordt gesteld dat uit het aan de aanvraag toegevoegd “technisch dossier, zoals eertijds vereist door het BIPT, blijkt dat de stralingsintensiteit zich zeer ruim onder de bovenvermelde aanbevelingen van de WHO bevindt”, en dat “(o)p basis van de huidige, in wetenschappelijke tijdschriften gepubliceerde gegevens wordt besloten dat de elektromagnetische straling van telecommunicatiebasisstations niet gevaarlijk is voor de gezondheid van de algemene bevolking”. Voorts stelt het besluit dat “(v)an zodra dat de Vlaamse overheid eigen normen ter zake heeft uitgewerkt, eventueel strenger dan de bovenvermelde aanbevelingen, (...) de aanvrager zich uiteraard aan deze nieuwe normering (zal) confirmeren”, en dat op die wijze “het voorzorgsbeginsel volledig (wordt) gerespecteerd”.

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 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.

5.8. Het feit dat de tussenkomende partij inmiddels een conformiteitsattest heeft verkregen conform de thans geldende regelgeving is niet van aard de verzoeker zijn belang bij het middel te ontnemen. Het komt immers aan de Raad van State niet toe vooruit te lopen op de beoordeling door de bevoegde overheid van de overeenstemming van de aanvraag met de goede ruimtelijke ordening.

5.9. Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van 5 mei 2009 van de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar waarbij aan de n.v. BASE de stedenbouwkundige vergunning wordt verleend voor het installeren van een nieuwe buispyloon met een hoogte van 30 meter op het parkeerterrein van discotheek Millennium te Herselt, Provinciebaan 14, op een perceel kadastraal bekend sectie A, nr. 35/R/2.

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 negenentwintig november 2012, door de Raad van State, Xe kamer, samengesteld uit:

	Roger Stevens,	de voorzitter van de Raad van State,
	Johan Bovin,	staatsraad,
	Pierre Lefranc,	staatsraad,
bijgestaan door	Silvan De Clercq,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silvan De Clercq

Roger Stevens