

Nr. 122

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 21 mei 2008, nr. 200706314/1, LJN BD2081 (Lochem)

Mr. D.A.C. Slump, mr. B. van Wagtenonk en mr. R. van der Spoel

Voornemen vergunningvrij aanbrengen UMTS niet relevant voor vrijstelling ex art. 19 WRO en evenmin grond voor intrekking bouwvergunning op basis van art. 59 Woningwet:

Met noot C. van Deutekom, Red.

Uitspraak op het hoger beroep van appellants en het college van burgemeester en wethouders van Lochem.

(De noot treft u aan onder de volgende uitspraak die in samenhang met deze uitspraak gelezen kan worden, Red.)

1. Procesverloop

Bij besluit van 21 januari 2003 heeft het college van burgemeester en wethouders van Gorssel aan Dutchtone N.V. vrijstelling en bouwvergunning verleend voor het oprichten van een antenne-installatie ten behoeve van mobiele telefonie op het perceel aan de Flierderweg tegenover nummer [locatie] te Eefde (hierna: het perceel).

Bij besluit van 27 september 2006 heeft het college van burgemeester en wethouders van Lochem, als rechtsopvolger van het college van burgemeester

en wethouders van Gorssel (hierna: het college), het bezwaar van [appellant] tegen het besluit van 21 januari 2003 (opnieuw) ongegrond verklaard, (opnieuw) aan Orange Nederland N.V., als rechtsopvolger van Dutchtone N.V. (hierna: Orange), vrijstelling verleend voor het oprichten van een antenne-installatie ten behoeve van mobiele telefonie op het perceel en de aan Orange verleende bouwvergunning voor het oprichten van een antenne-installatie ten behoeve van mobiele telefonie op het perceel in stand gelaten.

Bij uitspraak van 24 juli 2007, verzonden op 26 juli 2007, heeft de Rechtbank Zutphen (hierna: de rechtbank) het daartegen door [appellant] ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellant] bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 4 september 2007, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn aangevuld bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 2 oktober 2007.

2. Overwegingen

2.1. Het bouwplan voorziet in het oprichten van een 37,5 meter hoge mast met een 3 meter hoge antenne op het perceel. [appellant] is woonachtig aan de [locatie] te Eefde.

2.2. Vaststaat dat het bouwplan in strijd is met het ter plaatse geldende bestemmingsplan 'Buitengebied 1987' (hierna: bestemmingsplan), op grond waarvan op het perceel de bestemming 'Houtwal' rust. Teneinde het bouwplan mogelijk te maken heeft het college met toepassing van art. 19, eerste lid, van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (hierna: WRO) vrijstelling verleend.

2.5. [Appellant] betoogt ten slotte dat de rechtbank heeft miskend dat het college bij het nemen van het besluit van 27 september 2006 geen rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat de mast mede bedoeld is voor de plaatsing van UMTS-antennes en dat het college onvoldoende gewicht heeft toegekend aan gezondheidsrisico's door straling bij langdurig verblijf in de nabijheid van deze antennes.

2.5.1. [Appellant] kan niet worden gevolgd in zijn betoog dat het evident is dat de mast niet alleen voor een gsm-antenne wordt opgericht, maar juist en vooral voor UMTS-antennes. De bouwvergunning voor het oprichten van een antenne-installatie ten behoeve van mobiele telefonie is verleend overeenkomstig de aan dat besluit ten grondslag liggende bouwaanvraag en bouwtekening. Uit die stukken blijkt dat het gaat om een mast met een gsm-antenne. Ook in de ruimtelijke onderbouwing die ten grondslag is gelegd

aan de verleende vrijstelling is daarvan uitgegaan. Het bouwplan waarvoor bouwvergunning is verleend ziet derhalve uitsluitend op een mast met een gsm-antenne. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 6 september 2006 in zaak nr. 200509851/1) doet de omstandigheid dat de mast op zichzelf geschikt is voor UMTS-antennes en telecommunicatieaanbieders waarschijnlijk van die mogelijkheid gebruik zullen gaan maken, er niet aan af dat de eventuele plaatsing van UMTS-antennes buiten de reikwijdte van de verleende vergunning valt.

Anders dan [appellant] betoogt, behoefde het college met mogelijke gezondheidsrisico's van UMTS-straling dan ook geen rekening te houden. Het betoog faalt.

2.6. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd. (*Enz., enz., Red.*)

Nr. 123

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 21 mei 2008, nr. 200706968/1, LJN BD2141 (Tilburg)

Mr. J.E.M. Polak (voorzitter), mr. R. van der Spoel en mr. C.J.M. Schuyt

Voornemen vergunningvrij aanbrengen UMTS niet relevant voor vrijstelling ex art. 19 WRO en evenmin grond voor intrekking bouwvergunning op basis van art. 59 Woningwet:

Met noot C. van Deutekom, Red.

Uitspraak op het hoger beroep van de naamloze vennootschap Orange Nederland N.V., gevestigd te Den Haag, appellante, tegen de uitspraak in zaak nr. 07/675 van de Rechtbank Breda van 22 augustus 2007 in het geding tussen: de naamloze vennootschap Orange Nederland N.V. het college van burgemeester en wethouders van Tilburg.

1. Procesverloop

Bij besluit van 10 augustus 2004 heeft het college van burgemeester en wethouders van Tilburg (hierna: het college) aan de naamloze vennootschap Orange Nederland N.V. (hierna: Orange) vrijstelling en bouwvergunning verleend voor het plaatsen van een zendmast op een perceel aan het Reuselpad, ter hoogte van het tennispark, te Tilburg.

Bij besluit van 10 januari 2006 heeft het college van burgemeester en wethouders van Tilburg

(hierna: het college) de bij besluit van 10 augustus 2004 verleende bouwvergunning ingetrokken.

Bij besluit van 13 januari 2006 heeft het college de bouw van de zendmast stilgelegd. Bij besluit van 31 januari 2006 heeft het college de bij besluit van 10 augustus 2004 verleende vrijstelling ingetrokken.

Bij besluit van 23 maart 2007 heeft het college de door Orange tegen de besluiten van 10, 13 en 31 januari 2006 gemaakte bezwaren ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 22 augustus 2007, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank Breda (hierna: de rechtbank), voor zover thans van belang, het daartegen door Orange ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

(...)

2. Overwegingen

2.1. Orange betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het college op grond van art. 59, eerste lid, aanhef en onder a, van de Woningwet, bevoegd was de bouwvergunning in te trekken, omdat Orange ten tijde van de aanvraag reeds een concreet plan had om UMTS-antennes in de mast aan te brengen. Volgens Orange is geen sprake van een onjuiste of onvolledige opgave als bedoeld in dat artikel en zo daar al sprake van zou zijn, kon deze voor het college geen grond voor intrekking vormen.

2.2. Ingevolge art. 59, eerste lid, aanhef en onder a, van de Woningwet, voor zover thans van belang, kunnen burgemeester en wethouders de bouwvergunning geheel of gedeeltelijk intrekken indien blijkt, dat zij de vergunning ten gevolge van een onjuiste of onvolledige opgave hebben verleend.

2.3. Het betoog slaagt. Blijkens de desbetreffende bouwaanvraag en de daarvan deel uitmakende tekeningen en naar niet in geschil is tussen partijen, is in dit geval uitsluitend beoogd bouwvergunning te verkrijgen voor een mast met gsm-antennes en bijbehorende techniekkast. Ten tijde van de aanvraag was reeds bekend dat het plaatsen van UMTS-antennes in een zendmast vergunningvrij kan plaatsvinden en bij het college was reeds bekend dat Rann, het toenmalige samenwerkingsverband tussen T-Mobile en Orange op het gebied van UMTS, interesse had getoond om gebruik te maken van de mast. Indien voor het college de vraag of al dan niet UMTS zou worden ingehangen ten tijde van de besluitvorming omtrent de vergunningverlening van cruciaal belang was geweest, had het college bij Orange kunnen en behoren te informeren naar het toekomstige gebruik van de mast. Onder de gegeven omstan-

digheden bestaat, anders dan de rechtbank heeft overwogen, geen grond voor het oordeel dat Orange door bij haar bouwaanvraag geen nadere mededeling te doen over het plan van Rann om in de zendmast UMTS-antennes te hangen een onvolledige opgave heeft gedaan.

Het college heeft daarbij overigens gesteld dat niet de vrees voor gezondheidsrisico's als gevolg van UMTS-antennes, maar de met de plaatsing daarvan gepaard gaande maatschappelijke onrust reden zou zijn geweest om de vrijstelling en bouwvergunning te weigeren. Niet gebleken is evenwel van concrete omstandigheden waaruit valt af te leiden dat ten tijde van het nemen van het besluit op de bouwaanvraag ter plaatse reeds sprake was van een situatie waarin plaatsing van UMTS-antennes aanleiding zou hebben gegeven tot zodanige onrust onder de omwonenden. Die onrust is eerst eind 2005 ontstaan nadat met de bouwwerkzaamheden voor de zendmast was begonnen. Hoewel in 2004 van gemeentewege verschillende publicaties met betrekking tot de beoogde bouw zijn geplaatst, heeft toen geen van de omwonenden aanleiding gezien daartegen bezwaar te maken. Het college is er dan ook niet in geslaagd aannemelijk te maken dat destijds de bouwvergunning (alsnog) zou zijn geweigerd om redenen van maatschappelijke onrust. Zo al sprake zou zijn geweest van een onvolledige opgave door Orange, zou dit derhalve, zoals Orange terecht betoogt, geen grond voor intrekking van de vrijstelling en de bouwvergunning hebben kunnen vormen.

Gelet op het vorenstaande heeft het college niet op grond van art. 59, eerste lid, aanhef en onder a, van de Woningwet kunnen overgaan tot intrekking van de bij besluit van 10 augustus 2004 verleende bouwvergunning.

2.4. Het hoger beroep is gegrond. De aangevalen uitspraak dient te worden vernietigd, voor zover deze betrekking heeft op het beroep tegen het besluit van 23 maart 2007. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen zal de Afdeling het beroep van Orange tegen dat besluit gegrond verklaren en dat besluit vernietigen. Nu zoals hiervoor is overwogen zich niet de situatie als bedoeld in art. 59, eerste lid, aanhef en onder a, van de Woningwet voordoet en niet is gebleken van andere intrekkingsoorzaken als bedoeld in art. 59 van de Woningwet, zal de Afdeling gelet op het beperkte toetsingskader van dat artikel en op de samenhang tussen de intrekking van de vrijstelling en de bouwvergunning, de door Orange tegen de desbetreffende besluiten gemaakte bezwaren gegrond verklaren en die besluiten herroepen. Tevens zal de Afdeling het besluit van 13 januari 2006, waarbij het college de bouw van de zendmast heeft stilgelegd, herroepen, nu Orange mocht

worden geacht op dat moment over een bouwvergunning voor de zendmast te beschikken waardoor het college niet bevoegd was de bouw daarvan stil te leggen.

Noot

1. *De beide hiervoor gepubliceerde uitspraken in hoger beroep zijn van gelijke datum en hebben betrekking op een verleende vrijstelling en bouwvergunning voor de bouw van een zendmast en antenne-installatie in twee verschillende gemeenten (Lochem en Tilburg).*
2. *In beide gevallen is sprake van een aanvraag voor de realisatie van een zendmast met een gsm-antenne door Orange N.V. (c.g. haar voorganger Dutchtone). In het geval van de gemeente Lochem komen omwonenden in het geweer tegen de zendmast. In het geval van de gemeente Tilburg wordt het besluit van de gemeente tot intrekking van de bouwvergunning aangevochten door de vergunninghouder. Geconstateerd moet dan ook worden dat de rechtsvraag in beide zaken van elkaar verschilt. In de ene uitspraak is de vraag aan de orde of het college in redelijkheid vrijstelling en bouwvergunning heeft kunnen verlenen voor de zendmast, terwijl in de andere uitspraak ter discussie staat of het college in redelijkheid tot intrekking van de bouwvergunning en vrijstelling heeft kunnen besluiten.*
3. *Ongeacht de verschillen in beide zaken is het mijns inziens belangrijk om te constateren dat de motieven van de omwonenden om te ageren tegen het besluit van B&W van Lochem en de motieven van B&W van Tilburg om de vergunning in te trekken grote gelijkenis vertonen. In beide gevallen heeft men willen voorkomen dat er een UMTS-antenne zou worden opgericht. Hieronder zal ik beide uitspraken aan de hand van de geconstateerde gelijkenis bondig bespreken.*
4. *Allereerst de Lochemse zaak. In rechtsoverweging 2.5 is door appellant aangegeven dat de zendmast mede bedoeld is voor de plaatsing van UMTS-antennes en dat het college geen rekening heeft gehouden met de gezondheidsrisico's door straling bij langdurig verblijf in de nabijheid van deze antennes. Appellant vreest dus (evenals we hierna bij de Tilburgse kwestie zullen zien) dat zonder nadere planologische besluitvorming en zelfs zonder bouwvergunning de gsm-antenne zal worden vervangen door een UMTS-antenne. Het is zelfs niet ondenkbaar dat de in aanbouw zijnde zendmast direct van een UMTS-antenne zal worden voorzien.*

5. De Afdeling constateert dat de bouwvergunning is verleend overeenkomstig de hieraan ten grondslag liggende bouw aanvraag en bouwtekening. De verleende bouwvergunning ziet derhalve uitsluitend op een mast met een gsm-antenne. Conform haar eerdere lijn (6 september 2006, nr. 200509851/1) overweegt de Afdeling dat het enkele feit dat de mast geschikt is voor UMTS-antennes en dat aanbieders waarschijnlijk van die mogelijkheid gebruik zullen maken, buiten de reikwijdte van de verleende vergunning valt. Met de gezondheidsrisico's van UMTS-straling hoeft naar het oordeel van de Afdeling dan ook geen rekening te worden gehouden.
6. Hoewel deze constatering van de Afdeling begrijpelijk is, immers, de aanvraag is bepalend voor de vergunningverlening, heeft de omwonende hiermee het nakijken. In het licht van deze jurisprudentie zal deze wijze van aanvragen door de vergunninghouder immers tot gevolg hebben dat een gemeentelijke afweging van de gezondheidsrisico's van UMTS-antennes überhaupt niet meer aan de orde kan zijn.
7. Vast staat dat het aanbrengen van een UMTS-antenne aan een bouwwerk op grond van het bepaalde in het Bblb juncto art. 3.25 Wro (vroeger art. 20 WRO), niet aan het bestemmingsplan hoeft te worden getoetst. In de regel zal echter wel een vrijstelling (vanaf 1 juli 2008 een projectbesluit geheten) benodigd zijn voor het oprichten van een zendmast. Wanneer een aanvraag wordt ingediend voor een zendmast met UMTS-antenne, zal het bevoegd gezag zich in haar besluitvorming over de vrijstelling dienen te baseren op deze aanvraag. In dat geval lijkt er wellicht ruimte te bestaan voor een gemeentelijke afweging van de wenselijkheid van een UMTS-antenne.
8. Wanneer echter een aanvraag wordt ingediend voor een zendmast met GSM-antenne, zou het feit dat de mast (zonder juridische inmenging van de gemeente) kan worden voorzien van een UMTS-antenne, mijns inziens niet kunnen leiden tot het weigeren van de vrijstelling. Deze afweging heeft de wetgever immers al gemaakt in het Bblb en de Wro.
9. De vraag die zich aandient, is hoe het bevoegd gezag bij de beoordeling van het verzoek om vrijstelling moet omgaan met een onderdeel van de aanvraag, waarvoor (ware dit onderdeel zelfstandig beoordeeld) op grond van art. 3.25 Wro de regels van het bestemmingsplan buiten toepassing blijven. Naar mijn mening dient zo'n onderdeel wél te worden betrokken bij de besluitvorming over een verzoek om vrijstelling wanneer dit onderdeel deel uitmaakt van deze aanvraag. In dat geval moet vervolgens worden geconstateerd, dat de reikwijdte van de toetsing door het bevoegd gezag enkel wordt bepaald door de wijze van aanvragen door de aanvrager. Door strategisch aan te vragen, kan alsdan een inhoudelijke discussie over gezondheidsrisico's in het geheel worden vermeden.
10. In de Tilburgse casus lag het wat anders. De gemeente Tilburg was zich er waarschijnlijk ten tijde van de vergunningverlening niet van bewust dat een UMTS-antenne vergunningsvrij kon worden opgericht¹ op een ten behoeve van een GSM-antenne vergunde zendmast. Immers, deze wetenschap en het vermoeden dat Orange ten tijde van de aanvraag reeds een concreet plan had om UMTS-antennes op de mast aan te brengen, vormden voor B en W van Tilburg pas in 2006 aanleiding om de bouwvergunning op grond van art. 59, eerste lid, aanhef en onder a van de Woningwet in te trekken wegens een onjuiste of onvolledige opgave van de aanvrager. Vervolgens werd de bouw van de zendmast stilgelegd en werd eveneens de verleende vrijstelling ingetrokken.
11. De Afdeling komt tot het oordeel dat deze intrekingsbesluiten onrechtmatig zijn. Hierbij krijgt de gemeente Tilburg tegengeworpen dat ten tijde van het indienen van de aanvraag reeds bekend was dat UMTS-antennes vergunningsvrij zouden kunnen worden opgericht aan een bestaande zendmast. Indien de vraag of een UMTS-antenne zou worden geplaatst cruciaal was voor de vergunningverlening, had de gemeente navraag moeten doen bij Orange naar het toekomstige gebruik van de mast.
12. Deze laatste passage bevreemdt mij enigszins. In casu was door gemeente Tilburg op 10 augustus 2004 zowel een bouwvergunning als een vrijstelling verleend voor de zendmast. Dit duidt erop dat (evenals in Lochem) sprake was van een aanvraag om bouwvergunning annex vrijstelling voor een zendmast met een GSM-antenne. In de hiervoor besproken uitspraak in Lochem constateerde de Afdeling dat het feit dat de zendmast waarschijnlijk zou worden voorzien van een UMTS-antenne, buiten de reikwijdte van de verleende vergunning ligt en dat daaraan mitsdien geen betekenis toekomt. De Afdeling lijkt in deze uitspraak echter te suggereren dat indien de aanvrager had aangegeven dat zij voornemens was om de zendmast later van een vergunningsvrije UMTS-antenne te voorzien, dit tot een weigering van de vrijstelling had kunnen
1. Het oprichten van UMTS-antennes was reeds in januari 2003 vergunningsvrij ingevolge de bepalingen van het Besluit bouwvergunningsvrije en licht-bouwvergunningplichtige bouwwerken (Bblb).

leiden. Ik zie niet in hoe deze beide opvattingen met elkaar te verenigen zijn.

13. Ik vraag me dan ook af wat het doen van aanvraag in dit concrete geval voor de gemeente had opgeleverd, men zal het immers moeten doen met de aanvraag. Een eventuele mededeling van de aanvrager dat de zendmast slechts voor een GSM-antenne zal worden gebruikt doet niet af aan de juridische mogelijkheden voor de aanvrager om deze antenne na het gereedkomen van de zendmast te vervangen voor een UMTS-antenne en de juridische onmogelijkheden van de gemeente om hier te zijner tijd iets tegen te kunnen doen.

14. Daarmee zien zowel de gemeente als eventuele omwonenden zich geconfronteerd met een netelige situatie. Zonder inhoudelijk in te gaan op de technische en gezondheidsaspecten van UMTS, dient te worden geconstateerd dat een zendmast met een GSM-antenne in ieder geval in de beleving van omwonenden wat anders is dan een zendmast met een UMTS-antenne.² Hoewel van een ruimtelijk of planologisch onderscheid niet zozeer

sprake lijkt te zijn, leidt het begrip UMTS veelal tot maatschappelijke onrust (in Tilburg is een actiecomité opgericht met als doel het weren van UMTS-masten uit de bebouwde kom). De Afdeling beoordeelt in deze uitspraak zelfs of dergelijke onrust ten tijde van de aanvraag reeds bestond en mitsdien aanleiding had kunnen vormen voor een weigering van de bouwvergunning. Door echter een zendmast met een GSM-antenne te vergunnen wordt indirect de weg vrijgemaakt voor het oprichten van een zendmast met een UMTS-antenne, waarvoor (wellicht) om de gemeente moverende redenen nooit een vrijstelling zou zijn verleend.

15. Een conclusie die wat mij betreft aan deze beide uitspraken kan worden verbonden, is dat nu een later toetsingsmoment ontbreekt, het bevoegd gezag zich reeds bij het nemen van een vrijstellingsbesluit zal moeten vergewissen van de mogelijke implicaties van vergunningsvrije bouw mogelijkheden.

C. van Deutekom³

2. De Rechtbank Leeuwarden heeft bij uitspraak van 8 mei 2008 (LJN: BD5752) zelfs een WOZ-waarde met € 19 000 verminderd naar aanleiding van de vestiging van een UMTS-mast.
3. Mr. C. van Deutekom is advocaat bij CMS Derks Star Busmann N.V. te Arnhem.