



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 70.700/1
van 11 januari 2022

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne en het besluit van de Vlaamse Regering van 12 december 2008 tot uitvoering van titel XVI van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid, wat betreft vast en tijdelijk opgestelde zendantennes voor elektromagnetische golven tussen 100 kHz en 300 GHz’

Op 14 december 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Justitie en Handhaving, Omgeving, Energie en Toerisme verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne en het besluit van de Vlaamse Regering van 12 december 2008 tot uitvoering van titel XVI van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid, wat betreft vast en tijdelijk opgestelde zendantennes voor elektromagnetische golven tussen 100 kHz en 300 GHz’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 28 december 2021. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad, voorzitter, Koen MUYLLE en Inge VOS, staatsraden, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Kristine BAMS, eerste auditeur-afdelingshoofd.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 11 januari 2022.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 juni 1995 ‘houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne’ (hierna: VLAREM II) wat betreft vast en tijdelijk opgestelde zendantennes voor elektromagnetische golven, om de regelgeving aan te passen aan de technologische ontwikkelingen voor mobiele telecommunicatie.

Hiertoe worden vooreerst een aantal definities van elektromagnetische golven (hoofdstuk 2.14 en 6.10) gewijzigd en toegevoegd (artikel 1). Vervolgens wordt het toepassingsgebied van hoofdstuk 2.14 uitgebreid door de elektromagnetische golven met een frequentie tussen 100 kHz en 300 GHz van vast en tijdelijk opgestelde zendantennes onder de toepassing van dit hoofdstuk te brengen (artikelen 2 en 3).

Verder voorziet het ontwerp in de gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2018/772 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ‘tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie’, evenals in een aanpassing van een norm per antenne naar een norm per operator. Het betreft per operator een blootstellingsnorm waaraan per locatie alle vast opgestelde zendantennes van één operator moeten voldoen (artikelen 4 tot 10).

Ten slotte wordt de lijst aangepast met milieu-inbreuken opgenomen in bijlage VII bij het besluit van de Vlaamse Regering van 12 december 2008 ‘tot uitvoering van titel XVI van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid’ (artikel 11).

3. Het ontwerp vindt hoofdzakelijk rechtsgrond in artikel 5.4.1, tweede lid, van het decreet van 5 april 1995 ‘houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid’ (hierna: DABM), luidens welke bepaling de Vlaamse Regering voorwaarden kan vaststellen ter bescherming van de mens en het milieu tegen bepaalde vormen van hinder en risico's afkomstig van niet-ingedeelde inrichtingen of activiteiten.

Artikel 11 van het ontwerp, dat strekt tot aanpassing van de lijst van milieu-inbreuken, ontleent rechtsgrond aan de artikelen 16.1.2, 1°, en 16.4.27, derde lid, van het DABM.

VORMVEREISTEN

4. De artikelen 6 en 7 van het ontwerp bevatten bepalingen die betrekking hebben op de verwerking van persoonsgegevens.

Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, reeds in tal van adviezen heeft opgemerkt, dient met betrekking tot die bepalingen niet enkel het advies te worden ingewonnen van de Vlaamse Toezichtcommissie, maar ook het advies van de (federale) Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’. Het is immers die autoriteit die belast is met het toezicht op de naleving van de ‘algemene’ regels inzake de verwerking van persoonsgegevens, met inbegrip van de algemene regels die de federale overheid ter uitvoering van de algemene verordening gegevensbescherming¹ heeft vastgesteld. Daaronder valt ook de bevoegdheid om, wat die regels betreft, advies te geven teneinde te voldoen aan de voormelde adviesverplichting.²

De omstandigheid dat, zoals de gemachtigde aanvoert, er geen aanpassingen zijn betreffende de aard van de te verwerken persoonsgegevens, doet geen afbreuk aan voormelde adviesverplichting, aangezien het toepassingsgebied van de bestaande regeling van de verwerking van persoonsgegevens door de ontworpen regeling wordt gewijzigd. Zo blijkt immers het toepassingsgebied te worden verruimd doordat de ontworpen regeling betrekking heeft op de gegevens van operatoren in de plaats van exploitanten. Hoewel de persoonsgegevens die worden gevraagd niet gewijzigd worden, houdt het ontwerp aldus wel een wijziging in van de personen die deze persoonsgegevens moeten verstrekken.

5. De zogenaamde plan-MER-plicht wordt geregeld in hoofdstuk II (“Milieueffectrapportage over plannen en programma’s”) van titel IV van het DABM.

Uit artikel 4.2.1, eerste lid, van het DABM volgt dat de regels inzake milieueffectrapportage over plannen (en programma’s) van toepassing zijn op ieder plan³ dat het kader vormt voor de toekenning van een vergunning voor een project.⁴ Uit artikel 4.2.1, tweede lid, van het DABM volgt dat de regels inzake milieueffectrapportage over plannen (en programma’s) van toepassing zijn op ieder plan waarvoor, gelet op het mogelijke effect op

¹ Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’.

² Adv.RvS 61.267/AV van 27 juni 2017 over het voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 3 december 2017, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2648/001, 106-115 (opmerkingen 1 tot 6) en 117 (opmerking 3).

³ In artikel 4.1.1, § 1, 4°, van het decreet wordt “plan of programma” als volgt gedefinieerd: “plan of programma, met inbegrip van die welke door de Europese Unie worden medegefinancierd, alsook de wijzigingen ervan, dat:

a) door een instantie op regionaal, provinciaal of lokaal niveau wordt opgesteld en/of vastgesteld of dat door een instantie wordt opgesteld om middels een wetgevingsprocedure door het Vlaams Parlement of de Vlaamse Regering te worden vastgesteld; en

b) op grond van decretale of van bestuursrechtelijke bepalingen is voorgeschreven”.

⁴ Krachtens artikel 4.1.1, § 1, 5°, van het decreet wordt onder “project” verstaan:

“a) een voorgenomen vergunningsplichtige activiteit of een vergunningsplichtige activiteit die moet worden hervorgund bij het verstrijken van de geldigheidsduur van de lopende vergunning en die bestaat uit:

– de uitvoering van bouwwerken, de totstandbrenging en in voorkomend geval de exploitatie van andere installaties, werkzaamheden of andere ingrepen in het milieu, inclusief de grondwaterwinningen en de ingrepen voor de ontginning van natuurlijke rijkdommen; of

– de exploitatie van een inrichting; dit is het hele door een exploitant beheerde gebied waar gevaarlijke stoffen aanwezig zijn in een of meer installaties, met inbegrip van gemeenschappelijke of bijbehorende infrastructuur of activiteiten; of

b) een voorgenomen activiteit met negatieve gevolgen voor het milieu die wordt meegefinancierd door het Vlaamse Gewest of de Vlaamse Gemeenschap in het kader van de internationale samenwerking”.

gebieden, een passende beoordeling vereist is uit hoofde van artikel 36ter, § 3, eerste lid, van het decreet van 21 oktober 1997 ‘betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu’.

Op grond van artikel 36ter, § 3, eerste lid, van het decreet van 21 oktober 1997 dient een plan dat een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone kan veroorzaken, zonder dat dat plan direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een gebied in de speciale beschermingszone in kwestie, te worden onderworpen aan een passende beoordeling wat betreft de betekenisvolle effecten voor de speciale beschermingszone.

Uit de nota aan de Vlaamse Regering blijkt dat te dezen geen plan-MER werd opgesteld. Daarbij wordt erkend dat het ontwerp van besluit dat wijzigingen doorvoert aan het VLAREM, een (wijziging van een) overheidshandeling voorgeschreven door decretale bepalingen inhoudt en daardoor valt onder de definitie van plan of programma van de plan-MER-regelgeving. Toch wordt ervan uitgegaan dat het ontwerp van besluit niet valt onder het toepassingsgebied van de plan-MER-regelgeving omdat het, enerzijds, niet het kader zou vormen voor de toekenning van een vergunning voor een project en, anderzijds, geen betekenisvolle effecten voor een speciale beschermingszone zou kunnen hebben en er dus geen passende beoordeling vereist is.

De vraag rijst of het voorliggende ontwerp niet moet worden beschouwd als een plan of programma in de zin van artikel 2, a), van richtlijn 2001/42/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 juni 2001 ‘betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma’s’, waarvoor overeenkomstig artikel 3, lid 1, van die richtlijn een milieubeoordeling moet worden uitgevoerd voor zover het aanzienlijke milieueffecten kan hebben.⁵ Volgens lid 2, a), van artikel 3 van de richtlijn geldt die verplichting voor alle plannen en programma’s die voorbereid worden met betrekking tot, onder meer, energie, industrie of telecommunicatie, en die het kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor de projecten genoemd in de bijlagen I en II bij richtlijn 2011/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 ‘betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten’.

Volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft “het begrip ‘plannen en programma’s’ betrekking (...) op iedere handeling die, door vaststelling van op de betrokken sector toepasselijke regels en controleprocedures, een heel pakket criteria en modaliteiten vaststelt voor de goedkeuring en de uitvoering van één of meerdere projecten die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben”.⁶ Het Hof voegt eraan toe dat het begrip “plannen en programma’s” ook betrekking kan hebben op normatieve handelingen die bij wet of besluit zijn vastgesteld.⁷ In arrest C-24/19 van 25 juni 2020 bevestigde het Hof van Justitie dat een besluit

⁵ Zie ook adv.RvS 69.129/1 van 27 april 2021 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 1 juli 2021 ‘houdende wijzigingen aan het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke regering van 30 oktober 2009 betreffende bepaalde antennes die elektromagnetische golven uitzenden, en het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke regering van 4 maart 1999 tot vaststelling van de ingedeelde inrichtingen van klasse IB, IC, ID, II en III met toepassing van artikel 4 van de ordonnantie van 5 juni 1997 betreffende de milieuvergunningen’, opm.5.

⁶ HvJ 27 oktober 2016, C-290/15, *Patrice d’Oultremont e.a. t. Waals Gewest*, ECLI:EU:C:2016:561, punt 49.

⁷ *Ibidem*, punt 52.

van de Vlaamse Regering kan worden aangemerkt als een plan opgesteld of vastgesteld door een instantie op nationaal, regionaal of lokaal niveau. Bovendien verduidelijkte het Hof dat een maatregel moet worden beschouwd als “voorgeschreven” zodra de bevoegdheid om de maatregel vast te stellen haar rechtsgrondslag vindt in een specifieke bepaling, ook al bestaat er strikt genomen geen enkele verplichting om die maatregel te nemen.⁸

Het Grondwettelijk Hof gaat er wel vanuit dat oordelen dat elke wetgeving en elke regelgeving die aanzienlijke effecten op het milieu kan hebben, overeenkomstig richtlijn 2001/42/EG aan een milieubeoordeling zou moeten worden onderworpen, niet overeenstemt met het doel van de Europese wetgever, die beoogde dat bepaalde plannen en programma's die aanzienlijke effecten op het milieu kunnen hebben, overeenkomstig die richtlijn aan een milieubeoordeling worden onderworpen.⁹

Er dient te worden vastgesteld dat de ontworpen regeling zelf weliswaar geen vergunningsplicht lijkt te omvatten, maar wel exploitatievoorwaarden en nadere regels bepaalt voor vast en tijdelijk opgestelde zendantennes voor elektromagnetische golven. Daarbij wordt onder meer de exploitatie van bepaalde antennes verboden zonder conformiteitsattest en worden de minimale afmetingen bepaald die de vrije afstanden van de veiligheidszone dienen te hebben als voorwaarde voor de vrijstelling van bepaalde zendantennes van dergelijk attest.

Naast het gegeven dat het ontworpen besluit aldus bepalend is voor de inplanting – en dus het kader – van de hier bedoelde antennes, lijkt er niet zonder meer van uitgegaan te kunnen worden dat de inplanting van de betrokken antennes, waarbij ingevolge de ontworpen regeling onder meer een stralingsnorm per operator in de plaats van per antenne zal gelden, geen aanzienlijke invloed op het milieu heeft, zodat minstens vanuit die optiek een milieubeoordeling vereist lijkt te zijn.

Bijgevolg doen de stellers van het ontwerp er goed aan om nader uiteen te zetten op welke wijze zij menen te voldoen aan de verplichtingen van richtlijn 2001/42/EG of waarom die verplichtingen volgens hen *in casu* niet van toepassing zijn.

6. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van de voornoemde vormvereisten nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, alsnog aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

⁸ HvJ 25 juni 2020, C-24/19, A e.a t. *Gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar van het departement Ruimte Vlaanderen, afdeling Oost-Vlaanderen*, ECLI:EU:C:2020:503, punten 32 e.v.

⁹ GwH 28 februari 2019, nr. 33/2019, B.21.3 en GwH 17 oktober 2019, nr. 145/2019, B.9.3.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

7. Om de reden vermeld *sub* 3, dient de opsomming van wetsbepalingen in de rubriek “rechtsgrond” van het ontwerp, te worden vervolledigd met een verwijzing naar de artikelen 16.1.2, 1°, en 16.4.27, derde lid, van het DABM.

Artikel 3

8. Gelet op de wijzigingen die met dit artikel worden aangebracht, dient ook de titel van afdeling 2.14.2 overeenkomstig te worden aangepast.

Artikel 6

9. Luidens het ontworpen artikel 6.10.2.2*bis*, § 2, van VLAREM II (artikel 6, 4°, van het ontwerp) kan de minister verdere voorwaarden voor de kennisgeving, vermeld in paragraaf 1, bepalen.

Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, in het verleden reeds meermaals heeft opgemerkt, kan het toekennen van een verordenende bevoegdheid door de Vlaamse Regering aan een van haar leden, enkel toelaatbaar worden geacht in zoverre die delegatie slechts regels van bijkomstige aard of van beperkt belang betreft.

De voormelde machtiging aan de minister kan dan ook geen betrekking hebben op het toevoegen van nieuwe voorwaarden.

De gemachtigde verduidelijkte in dit verband:

“In artikel 6, 2 staan de vereisten van de kennisgeving:

Deze kennisgeving bevat minstens volgende elementen:

1° de gegevens van de operator: naam van de operator, namelijk een rechtspersoon of een natuurlijke persoon, telefoonnummer, e-mailadres, volledig adres;

2° de gebruikte frequentie (MHz);

3° vermogen, geleverd aan de antenne (dBm);

4° hoogte (centerlijn) ten opzichte van het maaiveld (m);

5° de winst (dBi);

6° azimut (°), het noorden is nul, het oosten 90 enzovoort (stralingsrichting);

7° antennetype: fabrikant en referentie (indien van toepassing);

8° de coördinaten van de antennesite: de coördinaten worden in Lambert72 opgegeven.

De verdere voorwaarden gaan over de praktische uitwerking van bovenstaande punten zoals oa. de manier waarop die kennisgeving kan uitgevoerd worden. Dat kan bv via een (elektronisch) formulier of een web-toepassing die gebruikt moet worden om de kennisgeving uit te voeren.”

Gelet op de aldus beoogde draagwijdte van voormelde delegatie aan de minister, dient in het ontworpen artikel 6.10.2.2*bis*, § 1, tweede lid, het woord ‘minstens’ te worden weggelaten.

Artikel 11

10. In artikel 1, 1°, van het ontwerp wordt de definitie van gemiddeld effectief uitgestraald vermogen (ERP) aangepast naar gemiddeld effectief isotroop uitgestraald vermogen (EIRP).

De ontworpen rijen in artikel 11 van het ontwerp die nog verwijzen naar ‘gemiddeld effectief uitgestraalde vermogens’ dienen dan ook te worden gecorrigeerd met een verwijzing naar ‘gemiddeld effectief isotroop uitgestraalde vermogens (EIRP)’.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Jeroen VAN NIEUWENHOVE