

RAAD VOOR VERGUNNINGSBETWISTINGEN

ARREST

van 20 juni 2017 met nummer RvVb/A/1617/0958
in de zaak met rolnummer RvVb/1415/0714/A/0694

Verzoekende partijen	1. mevrouw An FAVOREEL 2. mevrouw Tinne DONS vertegenwoordigd door advocaat Michiel DEWEIRDT met woonplaatskeuze op het kantoor te 8500 KORTRIJK, Doorniksewijk 66
Verwerende partij	DE GEWESTELIJKE STEDENBOUWKUNDIGE AMBTENAAR van het departement RUIMTE VLAANDEREN, afdeling Oost-Vlaanderen vertegenwoordigd door advocaat Paul AERTS met woonplaatskeuze op het kantoor te 9000 GENT, Coupure 5
Tussenkomenende partij	de nv van publiek recht INFRABEL vertegenwoordigd door advocaten Donatienne RYCKBOST en Emmanuel RYCKBOST met woonplaatskeuze op het kantoor te 8400 Oostende, E. Beernaertstraat 80

I. BESTREDEN BESLISSING

De verzoekende partijen vorderen met een aangetekende brief van 27 juli 2015 de vernietiging van de beslissing van de verwerende partij van 8 mei 2015.

De verwerende partij heeft aan de tussenkomenende partij een stedenbouwkundige vergunning verleend onder voorwaarden voor het bouwen van een nieuwe vakwerkmast van 24 m geschikt voor het plaatsen van 2 GSM-R antennes van de NMBS op een perceel gelegen te 9000 Gent, Ottergemsesteenweg zn met als kadastrale omschrijving afdeling 8, sectie H, nummer(s) 0000 (openbaar domein).

II. VERLOOP VAN DE RECHTSPLEGING

De tussenkomenende partij verzoekt met een aangetekende brief van 11 september 2015 om in de procedure tot vernietiging tussen te komen.

De voorzitter van de Raad laat de tussenkomenende partij met een beschikking van 12 oktober 2015 toe in de debatten.

De verwerende partij dient een antwoordnota en het administratief dossier in. De tussenkomenende partij dient een schriftelijke uiteenzetting in. De verzoekende partijen dienen een wederantwoordnota in. De verwerende partij dient een laatste nota in. De tussenkomenende partij dient een laatste schriftelijke uiteenzetting in.

De kamervoorzitter behandelt de vordering tot vernietiging op de openbare zitting van 14 maart 2017.

Advocaat Michiel DEWEIRDT voert het woord voor de verzoekende partijen. Advocaat Pieter VAN ROEYEN *loco* advocaat Paul AERTS voert het woord voor de verwerende partij.

Advocaat Fitzgerald TEMMERMAN *loco* advocaten Donatienne RYCKBOST en Emmanuel RYCKBOST voert het woord voor de tussenkomende partij.

Het decreet van 4 april 2014 betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges (DBRC-decreet) en het besluit van de Vlaamse regering van 16 mei 2014 houdende de rechtspleging voor sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges (Procedurebesluit) zijn toegepast. De artikelen 37 en 38 DBRC-decreet zijn van toepassing zoals gewijzigd door het decreet van 9 december 2016.

III. FEITEN

De tussenkomende partij dient op 5 december 2014 bij de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar een aanvraag in voor een stedenbouwkundige vergunning voor het bouwen van een nieuwe vakwerkmast van 24 m geschikt voor het plaatsen van 2 GSM-R antennes van de NMBS op een perceel gelegen te 9000 Gent, Ottergemsesteenweg.

Het perceel ligt volgens de bestemmingsvoorschriften van het gewestplan 'Gentse en Kanaalzone', vastgesteld met koninklijk besluit van 14 september 1977, in woongebied.

Het perceel ligt ook binnen de grenzen van het gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan, 'Afbakening Grootstedelijk Gebied Gent', definitief vastgesteld op 16 december 2005.

Tijdens het openbaar onderzoek, georganiseerd van 9 januari 2015 tot en met 7 februari 2015, worden geen bezwaarschriften ingediend.

Het agentschap Onroerend Erfgoed adviseert op 9 december 2014 geen bezwaar te hebben tegen de voorliggende aanvraag, onverminderd de vondstmelding.

Het college van burgemeester en schepenen adviseert op 16 maart 2015 voorwaardelijk gunstig.

De verwerende partij verleent op 8 mei 2015 een stedenbouwkundige vergunning. De verwerende partij beslist:

“ ...

BEOORDELING VAN DE GOEDE RUIMTELIJKE ORDENING

De aanvraag is principieel in overeenstemming met de geldende stedenbouwkundige voorschriften.

Overwegende dat de vakwerkmast wordt geplaatst in het kader van het verhogen van de veiligheid en de modernisering van het spoorwegnet. Het bestaande analoge transmissiesysteem is gelimiteerd door de toegekende radiofrequentiebanden en voldoet niet meer aan de hedendaagse normen van een modern spoorwegmanagement.

Overwegende dat de voorgestelde inplanting bestaanbaar is in de omgeving van de spoorwegbundel. Op deze locatie kan de mast, noodzakelijk voor het functioneren van het spoorverkeer, op voldoende afstand geplaatst worden van de omliggende woningen. De ruimtelijke impact van de constructie is aanvaardbaar.

...

MER-screening

Het ontwerp komt niet voor op de lijst gevoegd als bijlage I, II en III van het Project-m.e.r-besluit. Bijgevolg dient geen milieueffectenrapport, noch Mer-screeningsnota te worden opgesteld.

Wat de stralings- en gezondheidsaspecten betreft, kan het volgende worden opgemerkt. Het besluit van de Vlaamse Regering van 19 november 2010 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne wat betreft de normering van vast en tijdelijk opgestelde zendantennes voor elektromagnetische golven tussen 10 MHz en 10 GHz, werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 13 januari 2011.

Twee ministeriële besluiten die verdere invulling geven aan deze regeling, werden gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad op 16 februari 2011.

De website, waarmee conformiteitsattesten kunnen worden aangevraagd, is operationeel.

Dit besluit van de Vlaamse Regering legt gezondheidsnormen vast die vele malen strenger zijn dan die van de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO). Op die wijze wordt het voorzorgsprincipe volledig gerespecteerd. Alle nieuwe en bestaande installaties moeten aan de normen van dit besluit van de Vlaamse regering voldoen.

De vergunningverlenende overheid kan er dan ook in alle redelijkheid van uitgaan dat het gezondheidsaspect voldoende onder controle is en het verlenen van deze stedenbouwkundige vergunning niet in de weg staat.

Zoals de Raad van State in arresten heeft opgemerkt kan worden aangenomen dat de overheid die bevoegd is inzake ruimtelijke ordening, voor de beoordeling van de risico's van een constructie voor de gezondheid in beginsel kan voortgaan op de beoordeling van de terzake bevoegde overheid, zoals die haar uitdrukkelijk gevonden heeft in een bij besluit vastgestelde normering.

Gelet het bovenstaande wordt besloten dat de aanvraag, mits het naleven van de onderstaande voorwaarden, in overeenstemming is met de goede plaatselijke ruimtelijke ordening en voor vergunning in aanmerking komt.

ALGEMENE CONCLUSIE

De stedenbouwkundige vergunning wordt verleend, mits onderstaande voorwaarden strikt worden nageleefd.

...

2° de volgende voorwaarden na te leven:

- **De vondstmelding, zoals aangehaald in het schrijven van het Agentschap Onroerend Erfgoed.**
- **De brandweervoorschriften (zie advies van 8 januari 2015 met kenmerk 041369-001/EDS/2014)**

..."

Dit is de bestreden beslissing.

IV. ONTVANKELIJKHEID VAN DE TUSSENKOMST

Uit het dossier blijkt dat het verzoek tot tussenkomst tijdig en regelmatig is ingesteld. Er worden geen excepties opgeworpen.

V. ONTVANKELIJKHEID VAN DE VORDERING TOT Vernietiging

A. Ontvankelijkheid wat betreft de tijdigheid van het beroep

Uit het dossier blijkt dat de vordering tijdig en regelmatig is ingesteld. Er worden geen excepties opgeworpen.

B. Ontvankelijkheid wat betreft het belang van de verzoekende partijen

Standpunt van de partijen

1.

De verzoekende partijen steunen hun belang op artikel 4.8.11, §1, eerste lid, 3° VCRO als omwonenden die hinder of nadelen kunnen ondervinden. Ze duiden op een plan en een luchtfoto de ligging van hun woningen aan en verduidelijken dat de constructie op slechts enkele tientallen meters van hun eigendom wordt opgericht.

Ze zetten uiteen dat ze wonen en werken met zicht op deze masten en visuele hinder ondervinden. Een groenscherm, zoals voorzien in de vergunningsvoorwaarden, kan deze masten met een hoogte van 24 meter volgens hen niet maskeren.

Tevens zetten ze uiteen dat uit het technische dossier en conformiteitsattest blijkt dat ze in een risicozone voor hoge(re) straling wonen. Ze komen in de 'groene zone' te liggen, waar op de groene punten geen 5% van de milieukwaliteitsnorm (0.001 W/kg) kan bereikt worden, ongeacht de hoogte waarop men zich bevindt. Het dossier houdt volgens hen ook geen rekening met de straling van de antennes van de andere nabije operatoren en van het nabijgelegen transformatorstation van INFRABEL. Het gecumuleerde niveau van straling met andere antennes is dus niet gekend. De verzoekende partijen menen dat ze een ernstig gezondheidsrisico ondergaan omdat ze in of vlakbij de plaatsen met het hoogste stralingsniveau wonen, zonder dat gecumuleerde effecten gekend zijn.

Verder voeren ze aan dat de masten een ernstige nadelige invloed kunnen hebben op de waarde van hun eigendom. De mast kan ook kandidaat-huurders afschrikken.

2.

De tussenkomende partij betwist het belang van de verzoekende partijen. Ze stelt dat het haar niet duidelijk is om welke percelen het zou gaan en/of verzoekende partijen eigenaar zijn dan wel een ander zakelijk recht hebben op de (niet kadastraal aangeduide) percelen. De verzoekende partijen laten na om een aanduiding of kadastrale omschrijving, een notariële aankoopakte, een eigendomsbewijs of een attest van woonst voor te leggen waaruit hun eigendomstitel zou kunnen worden afgeleid.

Bijkomend stelt de tussenkomende partij dat de verzoekende partijen slechts op algemene wijze poneren dat zij stralingshinder en visuele hinder zullen ondervinden en dat hun percelen een waardevermindering zouden ondergaan. De verzoekende partijen laten echter na om een dienstig stuk voor te leggen waaruit de mogelijke verslechtering van de gezondheidstoestand zou mogen blijken. Er ligt geen enkel wetenschappelijk bewijs voor waaruit dat zou blijken. Ook de beweerde visuele hinder wordt niet verduidelijkt.

Tenslotte stelt de tussenkomende partij dat het beweerde gezondheidsrisico een argument ten gronde betreft dat door de verzoekende partijen wordt opgenomen in het derde middel. Het kan

niet worden aangewend ter staving van het belang. Daarenboven kan van gezondheidsrisico's geen sprake zijn aangezien een conformiteitsattest voorligt, waaruit volgt dat de gezondheidsrisico's zijn ondervangen, in het bijzonder voor wat betreft de stralingen van GSM-masten.

3.

De verzoekende partijen beantwoorden deze exceptie in hun wederantwoordnota met verwijzing naar de stukken en de kaarten die bij hun verzoekschrift zijn gevoegd en waaruit voldoende blijkt waar hun woningen gelegen zijn ten opzichte van de zendmast en welke impact de oprichting zal hebben op hun uitzicht. Ze stellen dat de tussenkomende partij zelf een tekening toevoegt van de op te richten zendmast, waaruit blijkt dat deze 24 m hoog is en uitsteekt boven alle bestaande infrastructuur.

Tevens leggen de verzoekende partijen foto's voor van de mast zoals deze ondertussen reeds werd opgericht, waaruit duidelijk de visuele impact van de mast blijkt.

Daarenboven is niet vereist dat de hinder die wordt aangevoerd absoluut zeker is. Gelet hierop kan ook de vrees voor een potentieel gezondheidsrisico weerhouden worden als mogelijk nadeel dat de verzoekende partijen dreigen te ondergaan.

Artikel 16 Procedurebesluit legt niet op dat de verzoekende partijen eigendomsbewijzen dienen toe te voegen aan hun verzoekschrift, zodat de tussenkomende partij bijgevolg niet kan eisen dat dergelijke bewijzen moeten voorliggen.

4.

De tussenkomende partij voegt geen nieuwe argumenten toe in haar laatste schriftelijke uiteenzetting.

Beoordeling door de Raad

1.

Om als derde belanghebbende bij de Raad een beroep te kunnen instellen, vereist artikel 4.8.11, §1, eerste lid, 3° VCRO in principe dat de verzoekende partij, als natuurlijke persoon of als rechtspersoon, rechtstreekse of onrechtstreekse hinder of nadelen kan ondervinden ingevolge de bestreden vergunningsbeslissing. Artikel 4.8.11, §1, eerste lid, 3° VCRO vereist niet dat het bestaan van deze hinder of nadelen absoluut zeker is.

Wel zal de verzoekende partij het mogelijk bestaan van deze hinder of nadelen voldoende waarschijnlijk moeten maken, de aard en de omvang ervan voldoende concreet moeten omschrijven en tegelijk zal de verzoekende partij dienen aan te tonen dat er een rechtstreeks of onrechtstreeks causaal verband kan bestaan tussen de uitvoering of de realisatie van de vergunningsbeslissing en de hinder of nadelen die zij ondervindt of kan ondervinden.

2.

Het betoog van de verzoekende partijen dat het met de bestreden beslissing vergunde project voor hen hinderlijk kan zijn en gezondheidsrisico's kan inhouden, overtuigt. Ze tonen op een voldoende concrete wijze aan dat hun woon- en leefomgeving zich situeert binnen de omgeving die visuele hinder en stralingshinder kan ondergaan door het bestreden project. Het loutere feit dat de verzoekende partijen geen eigendomstitels voorleggen is alvast niet voldoende om te doen twifelen aan de woonplaats van de verzoekende partijen zoals vermeld in het verzoekschrift.

De verzoekende partijen beschikken dan ook over het rechtens vereiste belang in de zin van artikel 4.8.11, §1, eerste lid, 3° VCRO.

3.

De exceptie wordt verworpen.

VI. ONDERZOEK VAN DE MIDDELEN

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

1.

De verzoekende partijen voeren de schending aan van artikel 5.1.0 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen (hierna: Inrichtingsbesluit), van artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: Motiveringswet) en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

De verzoekende partijen zetten uiteen dat de bouw van de zendmast voorzien is in een woongebied volgens het gewestplan. De verwerende partij maakt geen toepassing van artikel 4.4.7, §2 VCRO dat bepaalt dat in een vergunning voor handelingen van algemeen belang die een ruimtelijk beperkte impact hebben, mag worden afgeweken van stedenbouwkundige voorschriften. Overeenkomstig artikel 5.1.0 Inrichtingsbesluit kunnen 'inrichtingen voor handel, dienstverlening, ambacht en kleinbedrijf' enkel in woongebied worden toegestaan onder de dubbele voorwaarde dat zij bestaanbaar zijn met de bestemming woongebied en dat zij verenigbaar zijn met de onmiddellijke omgeving. Om de verenigbaarheid van een zendmast met de onmiddellijke omgeving in een woongebied afdoende te motiveren moeten de nabij gelegen woningen in de beoordeling worden betrokken. Het onderzoek naar de verenigbaarheid met de omgeving is des te belangrijker, aangezien de mast wordt geplaatst in woongebied, waar de verzoekende partijen zich redelijkerwijze niet aan dergelijke storende constructies moeten verwachten.

De bestreden beslissing bevat geen motivering over de toepassing van de voorwaarden van artikel 5.1.0 Inrichtingsbesluit, zodat er duidelijk sprake is van een schending van de motiveringsplicht.

De verzoekende partijen menen dat een pyloon of andere structuur van 24 meter hoog (op een verhoogde berm) moeilijk aanzien kan worden als 'bestaanbaar' in een woongebied. Dergelijke redenering is kennelijk onredelijk. Verder wordt in de bestreden beslissing gesteld dat de mast op voldoende afstand staat van de omliggende woningen, terwijl niet blijkt dat de verwerende partij de afstand effectief heeft onderzocht en heeft gemeten. Een afstand van 20 meter ten opzichte van de tuinen lijkt alleszins niet zomaar aanvaardbaar.

De verwerende partij laat na om de nabij gelegen woonwijken effectief in de beoordeling te betrekken. De verwerende partij stelt wel dat het een woongebied is, maar laat na de effecten voor de bewoners te beoordelen. Daarenboven focust de verwerende partij enkel op het belang van het GSM-R netwerk voor het spoorwegvervoer, zonder het belang van de omwonenden in rekening te brengen. De verwerende partij toont dus niet aan dat de dubbele voorwaarde vervuld is, namelijk dat de zendmast bestaanbaar is met de bestemming woongebied en verenigbaar met de onmiddellijke omgeving.

2.

De verwerende partij antwoordt dat de woongebieden overeenkomstig artikel 5.1.0 Inrichtingsbesluit bestemd zijn voor wonen, alsmede voor onder meer 'openbare nutsvoorzieningen'. Het voorwerp van de bestreden vergunning heeft betrekking op openbare nutsvoorzieningen: het oprichten van een nieuw zendstation voor het netwerk voor mobiele communicatie is van algemeen belang en is derhalve principieel in overeenstemming met de bestemming van het woongebied.

Aangezien de verzoekende partijen in dit middel geen schending inroepen van artikel 4.3.1 VCRO, heeft dit middel enkel betrekking op de motiveringsplicht in de zin of in de bestreden beslissing concreet en precies onderzocht is of de aanvraag verenigbaar is met de gewestplanbestemming. De verwerende partij stelt dat de toetsing met de bestemming woongebied wel degelijk werd gemaakt en ook afdoende is. De verwerende partij verwijst tevens naar volgende overweging in de bestreden beslissing: *"Overwegende dat de voorgestelde inplanting bestaanbaar is in de omgeving van de spoorwegbundel. Op deze locatie kan de mast, noodzakelijk voor het functioneren van het spoorverkeer, op voldoende afstand geplaatst worden van de omliggende woningen. De ruimtelijke impact van de constructie is aanvaardbaar"*. Door tevens in de bestreden beslissing te verwijzen naar de toepasselijke stralingsnormen werden de nabijgelegen omgeving en woningen wel degelijk in de beoordeling betrokken.

Gegeven de vaststelling dat verzoekende partijen zelf geen bezwaren hebben ingediend tijdens het openbaar onderzoek, tonen zij het onzorgvuldig karakter van de beoordeling niet aan, maar lijken zich te beperken tot loutere opportunitetskritiek.

3.

De tussenkomenende partij voegt daar aan toe dat een woongebied weliswaar in eerste instantie bedoeld is voor het effectieve wonen, doch dat zulks geenszins impliceert dat een woongebied louter bestemd is om te wonen. Rechtspraak en rechtsleer hebben er dan ook op gewezen dat een woongebied in wezen een gemengd gebied uitmaakt.

Aangezien een GSM-mast, zelfs wanneer deze exclusief wordt gebruikt in het kader van het mobilofonienetwerk, wordt beschouwd als zijnde een openbare nutsvoorziening, geldt dit des te meer voor een mast die wordt gebruikt in het kader van het GSM-R-netwerk, dat zal bijdragen aan een verhoogde veiligheid op het spoornet.

Specifiek aangaande de kritiek van de verzoekende partijen dat de hoogte van 24 meter van de vakwerkmast op zich zou uitsluiten dat deze bestaanbaar zou zijn met de bestemming woongebied verwijst de tussenkomenende partij naar rechtspraak met betrekking tot een gelijkaardige zaak (RvVb A/2013/0645 van 12 november 2013). Tevens verwijst de tussenkomenende partij naar rechtspraak van de Raad van State waaruit kan worden afgeleid dat bij de beoordeling van de visuele impact van een GSM-mast rekening dient te worden gehouden met de onmiddellijke omgeving en dat het niet enkel de mast op zich is die in beschouwing dient te worden genomen bij het inschatten van de visuele hinder (RvS nr. 170.656 van 27 april 2007; RvS nr. 160.168 van 15 juni 2006).

Uit de bestreden beslissing blijkt dat door de verwerende partij wel degelijk een zorgvuldig onderzoek naar de bestaanbaarheid van de vakwerkmast met de bestemming woongebied en de verenigbaarheid met de onmiddellijke omgeving werd gevoerd. Gezien de nabijheid van de spoorwegbundel en de aanwezigheid van voldoende afstand met de omliggende woningen is, gelet op het feit dat de vakwerkmast wordt geplaatst in het kader van het verhogen van de veiligheid en de modernisering van het spoorwegennet, de ruimtelijke impact van de constructie aanvaardbaar.

In voorliggend geval kan worden gesteld dat in de bestreden beslissing afdoende op de vereiste van de bestaanbaarheid met de bestemming woongebied en de verenigbaarheid met de onmiddellijke omgeving werd ingegaan. De verzoekende partijen tonen niet aan dat de motivering van de bestreden beslissing steunt op onjuiste of stereotiepe gegevens of op een niet-correcte beoordeling van de gegevens. Rekening houdend met de marginale toetsingsbevoegdheid van de Raad, brengen de verzoekende partijen dan ook geen overtuigende argumenten bij dat de verwerende partij de grenzen van de haar wettelijk toegekende appreciatiebevoegdheid heeft overschreden en de aanvraag kennelijk onredelijk heeft beoordeeld.

Volledigheidshalve wijst de tussenkomende partij op het feit dat de uitbouw van het GSM-R netwerk een aanzienlijke bijdrage zal leveren voor de optimalisatie van de telecommunicatie en voor de veiligheid van de publieke spoorweginfrastructuur. Het GSM-R maakt bovendien deel uit van de Europese verplichtingen die voortvloeien uit de Europese Richtlijn van 2001/16/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2001 betreffende de interoperabiliteit van het conventionele trans-Europese spoorwegsysteem. De tussenkomende partij verwijst naar voorbereidende werken met betrekking tot artikel 5 van de Wet van 12 december 2006 inzake de doelstellingen van de GSM-R waarin werd gesteld dat het GSM-R tot doel heeft de doeltreffendheid, de veiligheid en de interoperabiliteit tussen de diverse spoorwegnetten te verbeteren voor de behoeften van de spoorwegexploitatie.

4.

De verzoekende partijen stellen in hun wederantwoordnota dat de verwerende partij in haar antwoordnota uiteenzet dat een zendmast moet aanzien worden als een openbare nutsvoorziening, maar dat ze in een antwoordnota geen bijkomende motivering kan toevoegen aan de bestreden beslissing. Er dient vastgesteld te worden dat de bestreden beslissing geen motivering geeft over de bestaanbaarheid van een zendmast met het woongebied.

Zelfs als een zendmast principieel in overeenstemming zou zijn met de bestemmingsvoorschriften van een woongebied, dan nog moet de verenigbaarheid met de onmiddellijke omgeving onderzocht worden. Hierbij moet de vergunningverlenende overheid ook rekening houden met de concrete kenmerken van de omgeving, in het bijzonder de aard en het gebruik van de bestaande gebouwen in de omgeving. Een pyloon of elke andere structuur van 24 meter hoog kan moeilijk aanzien worden als een geëigende structuur in een woongebied. In de bestreden beslissing wordt de omgeving niet onderzocht en wordt enkel gesteld dat de afstand tot de omliggende woningen voldoende is. Er wordt ook geen rekening gehouden met een bestaande mast die op 50 meter afstand staat. Beide masten zullen maximaal 100 m van elkaar verwijderd zijn. Er moet dan ook onderzocht worden of het wenselijk is om twee masten zo dicht bij elkaar te plaatsen.

Met andere woorden, noch in deze motivering, noch elders in de bestreden beslissing, wordt de onmiddellijke omgeving correct beschreven, en met name niet de woonwijk en de ligging ten opzichte van de zendmast. Bijgevolg is er geen afdoende motivering en werd de onmiddellijke omgeving onzorgvuldig onderzocht.

Het feit dat de verzoekende partijen geen bezwaar hebben ingediend, kan hen niet verweten worden. Het openbaar onderzoek werd immers niet correct gevoerd (zie tweede middel).

5.

De verwerende partij voegt nog toe in haar laatste nota dat de verzoekende partijen in de wederantwoordnota een andere draagwijdte aan dit middel geven en het uitbreiden naar de beoordeling van de verenigbaarheid van het aangevraagde met de goede ruimtelijke ordening. Een dergelijke beoordeling vloeit echter voort uit de bepalingen van artikel 4.3.1 VCRO, waarvan in dit

middel geen schending wordt ingeroepen. De wijziging en uitbreiding van het middel in de wederantwoordnota is dan ook onontvankelijk.

6.

De tussenkomende partij voegt geen nieuwe argumenten toe in haar laatste schriftelijke uiteenzetting.

Beoordeling door de Raad

1.

De verzoekende partijen stellen in het eerste middel vast dat de verwerende partij zich bij de toekenning van de stedenbouwkundige vergunning beroept op artikel 5.1.0 Inrichtingsbesluit. De verzoekende partijen wijzen erop dat artikel 5.1.0 Inrichtingsbesluit bepaalt dat ‘inrichtingen voor handel, dienstverlening, ambacht en klein bedrijf’ enkel in woongebied worden toegestaan onder de dubbele voorwaarde dat zij bestaanbaar zijn met de bestemming woongebied en dat zij verenigbaar zijn met de onmiddellijke omgeving.

Volgens de verzoekende partijen bevat de bestreden beslissing geen motivering over de bestaanbaarheid van een zendmast met het woongebied en is de verenigbaarheid met de onmiddellijke omgeving niet afdoende onderzocht, zodat de bestreden beslissing artikel 5.1.0 Inrichtingsbesluit schendt.

2.

Artikel 5.1.0 Inrichtingsbesluit bepaalt:

*“De woongebieden zijn bestemd voor wonen, alsmede voor handel, dienstverlening, ambacht en kleinbedrijf voor zover deze taken van bedrijf om redenen van goede ruimtelijke ordening niet in een daartoe aangewezen gebied moeten worden afgezonderd, voor groene ruimten, voor sociaal-culturele inrichtingen, voor openbare nutsvoorzieningen, voor toeristische voorzieningen, voor agrarische bedrijven.
Deze bedrijven, voorzieningen en inrichtingen mogen echter maar worden toegestaan voor zover ze verenigbaar zijn met de onmiddellijke omgeving.”*

De bestreden beslissing bevat volgende motivering:

“ ...

Ligging volgens de plannen van aanleg + bijhorende voorschriften

De aanvraag is volgens het gewestplan GENTSE EN KANAALZONE (KB 14/09/1977) gelegen in een woongebied.

In deze zone gelden de stedenbouwkundige voorschriften van art. 5.1.0. van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen.

...

Ligging volgens het uitvoeringsplan + bijhorende voorschriften

De aanvraag is gelegen binnen het gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan Afbakening Grootstedelijk Gebied Gent (definitief vastgesteld op 14/09/1977). Voor de locatie van de aanvraag werden echter geen specifieke stedenbouwkundige voorschriften vastgesteld, zodat de aanvraag wordt beoordeeld op basis van de bestemming woongebied volgens het van kracht zijnde gewestplan.

Bepaling van het plan dat van toepassing is op de aanvraag

Het goed is niet gelegen binnen de grenzen van een goedgekeurd plan van aanleg, noch binnen de omschrijving van een behoorlijk vergunde en niet vervallen verkaveling. Het blijft

de bevoegdheid van de overheid de aanvraag te toetsen aan de gebruikelijke inzichten en noden betreffende een goede aanleg der plaats, gebaseerd op de eerder geciteerde voorschriften van het van kracht zijnde gewestplan.

Overeenstemming met dit plan

De aanvraag is principieel in overeenstemming met de geldende voorschriften.

...

BEOORDELING VAN DE GOEDE RUIMTELIJKE ORDENING

De aanvraag is principieel in overeenstemming met de geldende stedenbouwkundige voorschriften.

Overwegende dat de vakwerkmast wordt geplaatst in het kader van het verhogen van de veiligheid en modernisering van het spoorwegnet. Het bestaande analoge transmissiesysteem is gelimiteerd door de toegekende radiofrequentiebanden voldoet niet meer aan de hedendaagse normen van een modern spoorwegmanagement.

Overwegende dat de voorgestelde inplanting bestaanbaar is in de omgeving van de spoorwegbundel. Op deze locatie kan de mast, noodzakelijk voor het functioneren van het spoorverkeer, op voldoende afstand geplaatst worden van de omliggende woningen. De ruimtelijke impact van de constructie is aanvaardbaar.

..."

3.

Er kan in redelijkheid niet betwist worden dat het oprichten van een nieuwe vakwerkmast geschikt voor het plaatsen van twee GSM-R antennes van de NMBS kan beschouwd worden als een 'openbare nutsvoorziening' in de zin van artikel 5.1.0 Inrichtingsbesluit. De verzoekende partijen betwisten niet dat deze aanvraag kadert in de uitbreiding van de communicatiemogelijkheden, de verhoging van de veiligheid en de modernisering van het spoorwegnet en dus een handeling van algemeen belang is overeenkomstig artikel 4.1.1, 5° VCRO en artikel 4.7.1, §1, 2° VCRO.

In de bestreden beslissing en de daarin vermelde motieven wordt dan ook terecht geoordeeld dat het aangevraagde project zich kwalificeert als een installatie "van openbaar nut en algemeen belang", die principieel in overeenstemming is met de bestemmingsvoorschriften van het woongebied.

Deze vaststelling impliceert dat – anders dan voor 'handel, dienstverlening, ambacht en kleinbedrijf' – geen verplichting bestaat op basis van artikel 5.1.0 Inrichtingsbesluit om na te gaan of deze installatie "om redenen van goede ruimtelijke ordening in een daartoe aangewezen gebied moet worden afgezonderd".

Het inplanen van een vakwerkmast geschikt voor het plaatsen van twee GSM-R antennes is dus minstens qua functie principieel inpasbaar in woongebied.

Voor zoveel als nodig kan er worden op gewezen dat in de mate dat de verzoekende partijen opwerpen dat heel wat gezinnen en omwonenden worden geconfronteerd met een hoge constructie die vanuit heel wat gezichtspunten zal te zien zijn, zij zich niet kunnen opstellen als de beschermers van het belang van de omwonenden.

Aangezien de aanvraag in overeenstemming is met de bestemmingsvoorschriften, diende ook geen toepassing gemaakt te worden van artikel 4.4.7 VCRO.

Het middelonderdeel wordt verworpen.

4.

De verzoekende partijen roepen in dat de verwerende partij “de overeenstemming van de aanvraag met de onmiddellijke omgeving” in de zin van artikel 5.1.0 Inrichtingsbesluit niet heeft gemotiveerd.

De Raad merkt ter zake op dat de verenigbaarheid van het aangevraagde project met de “goede ruimtelijke ordening” beoordeeld dient te worden aan de hand van de aandachtspunten, criteria en beginselen zoals opgesomd in artikel 4.3.1, §2 VCRO.

Zoals de verwerende partij terecht opmerkt breiden de verzoekende partijen in de wederantwoordnota het middel uit en geven ze op die wijze een andere invulling en een niet ontvankelijke wending aan het eerste middel.

In het derde middel werpen de verzoekende partijen overigens eveneens de schending van artikel 4.3.1 VCRO op, zodat voor wat betreft het aangevoerde gebrek aan motivering van “de overeenstemming van de aanvraag met de onmiddellijke omgeving” verwezen wordt naar de beoordeling van het derde middel.

Het eerste middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

1.

De verzoekende partijen voeren de schending aan van artikel 5 van het besluit van de Vlaamse regering van 5 mei 2000 betreffende de openbare onderzoeken over aanvragen tot stedenbouwkundige vergunning, verkavelingsaanvragen en aanvragen tot verkavelingswijziging (hierna: Besluit Openbare Onderzoeken), van artikel 3 van de Motiveringswet en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partijen zetten uiteen dat het openbaar onderzoek niet correct verlopen is. De vergunningsaanvraag werd enerzijds niet aangeplakt aan elke zijde waar men van op de openbare weg de grens van de werken bereikt, en anderzijds werd de aanplakking niet op ooghoogte geplaatst.

De regels van het openbaar onderzoek maken een essentieel onderdeel uit van de vergunningsprocedure. De formaliteit van het openbaar onderzoek is een substantiële pleegvorm.

Artikel 5 Besluit Openbare Onderzoeken bepaalt dat de aanvraag voor werken en handelingen op het openbaar domein, moet worden aangeplakt aan elke zijde waar men van op de openbare weg de grens van de werken bereikt.

Het openbaar domein in kwestie grenst aan de Ottergemsesteenweg, de Burggravenlaan en de Toemaattragel. De verzoekende partijen verwijzen naar een fotodossier en stellen dat er maar één aanplakking was ter hoogte van de Ottergemsesteenweg en niet ter hoogte van de Burggravenlaan en de Toemaattragel. Daarenboven werd de enige aanplakking ook te laag opgehangen (niet op ooghoogte zoals artikel 5 Besluit Openbare Onderzoeken voorschrijft) en bovendien deels verscholen in het groen.

Uit de bestreden beslissing blijkt ook niet of onderzocht werd of de aanvraag correct werd aangeplakt.

De verzoekende partijen stellen dat ze, indien de aanvraag correct zou zijn aangeplakt, in de mogelijkheid zouden zijn geweest om bezwaar in te dienen bij het stadsbestuur. De stad had dan mogelijks met kennis van zaken niet zomaar een gunstig advies verleend.

2.

De verwerende partij antwoordt dat het openbaar onderzoek liep van 9 januari 2015 tot 7 februari 2015 en dat door de stad Gent op 12 januari 2015 werd vastgesteld dat de bekendmaking van de aanvraag tot stedenbouwkundige vergunning met het geëigende formulier werd aangeplakt. De stad Gent onderschreef vervolgens een “verklaring van aanplakking” met de bevestiging dat de bekendmaking werd aangeplakt overeenkomstig het Besluit Openbare Onderzoeken.

Gelet op de vaststelling en de verklaring van de stad Gent hoeft de verwerende partij niet nogmaals te onderzoeken of de aanvraag correct werd aangeplakt.

3.

De tussenkomende partij werpt vooreerst op dat de verzoekende partijen geen belang hebben bij het middel. Om overeenkomstig artikel 4.8.11, §1, eerste lid, 3° VCRO een beroep in te dienen bij de Raad, moeten de verzoekende partijen het mogelijk bestaan van hinder of nadelen voldoende waarschijnlijk maken en de aard en de omvang ervan voldoende concreet omschrijven. In voorliggend geval wordt de door verzoekende partijen aangevoerde hinder onvoldoende waarschijnlijk gemaakt. In elk geval wordt het door hen aangevoerde nadeel door hun eigen nalatigheid veroorzaakt.

De verzoekende partijen voeren aan in de onmogelijkheid te zijn geweest om een bezwaar in te dienen. Nochtans waren de verzoekende partijen volgens hun uitleg perfect op de hoogte van de aanplakking en waar deze al dan niet zou hebben uitgehangen (inclusief een foto met onderschrift “foto bij het enige aanplakbord voor openbaar onderzoek en vergunning ter hoogte van de Ottergemsesteenweg”). Er valt dan ook niet in te zien, zelfs in geval de aanplakking niet reglementair zou zijn geschied, hoe de verzoekende partijen hinder of nadeel zouden hebben ondervonden (die niet aan hen zelf is te wijten). Aangezien de verzoekende partijen zelf bewijzen dat zij op de hoogte waren van de aanplakking, hadden zij zeker ook bezwaar kunnen indienen. Hieruit volgt dat het tweede middel onontvankelijk is.

De tussenkomende partij voegt in ondergeschikte orde toe dat het tweede middel ook ongegrond is. Ze stelt dat ze de regels van het openbaar onderzoek met betrekking tot de bekendmaking van de bouwaanvraag integraal heeft gerespecteerd, zoals kan blijken uit de stukken van het openbaar onderzoek. In de verklaring van aanplakking bevestigt het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent dat de bekendmaking van de aanvraag tot stedenbouwkundige vergunning op een terrein gelegen op het openbaar domein, Ottergemsesteenweg zn, 9000 Gent, van 9 januari 2015 tot 7 februari werd aangeplakt. De tussenkomende partij verwijst naar de foto's bij haar mail van 12 januari 2015 aan de dienst ruimtelijke ordening van de stad Gent, die bevestigen dat de aanplakking reglementair is geschied (stuk 20 van de tussenkomende partij).

Ook de aanplakking van de bestreden beslissing is volgens de tussenkomende partij reglementair verlopen, waarbij ze verwijst naar de mededeling van de startdatum van aanplakking van 11 juni 2015 met foto, waaruit blijkt dat deze aanplakking gebeurde langs de openbare weg, *in casu* de Ottergemsesteenweg, aan de overkant van de HUBO winkel naast de trap.

4.

De verzoekende partijen stellen in de wederantwoordnota dat de verwerende en tussenkomende partij niet ontkennen dat de aanplakking voor de bekendmaking van het openbaar onderzoek slechts op één plaats gebeurde en dan nog niet op ooghoogte.

Als repliek op het antwoord van de verwerende partij dat een verklaring van de stad Gent voldoende is als bewijs dat het openbaar onderzoek correct is verlopen, stellen de verzoekende partijen dat een 'verklaring van aanplakking' van de stad Gent geen concreet onderzoek inhoudt naar de vraag of de aanvraag correct, voortdurend en op alle plaatsen werd aangeplakt. Het is louter een bevestiging van een aanplakking op de plaats zoals voorgesteld door de vergunningsaanvrager.

Het feit dat de stad Gent tot op heden geen attest van aanplakking aflevert, toont volgens de verzoekende partijen aan dat de aanplakking van de vergunning niet correct is en bijgevolg toont dit volgens hen aan dat ook de aanplakking van de bekendmaking van het openbaar onderzoek gebrekkig is.

De verzoekende partijen stellen dat het feit dat ze de aanplakking van de vergunningsbeslissing hebben opgemerkt, niet betekent dat zij ook deze van de aankondiging van het openbaar onderzoek hebben gezien. Het bord werd niet op alle plaatsen opgehangen en niet op de juiste hoogte, zodat het logisch is dat de aankondiging aan hun aandacht is ontsnapt. Ze hebben dus belang bij dit middel.

5.

De verwerende partij voegt nog toe in haar laatste nota dat de foto's die de tussenkomende partij neerlegt (meer bepaald de foto's bij haar mail van 12 januari 2015 aan de dienst ruimtelijke ordening van de stad Gent) bevestigen dat de aanplakking reglementair is geschied.

6.

De tussenkomende partij voegt geen nieuwe elementen toe in haar laatste schriftelijke uiteenzetting.

Beoordeling door de Raad

1.

De tussenkomende partij betwist het belang van de verzoekende partijen bij dit middel en stelt dat het voor haar geheel onduidelijk is hoe de verzoekende partijen hinder of nadeel zouden hebben ondervonden van de beweerde gebrekkige aanplakking. De tussenkomende partij is van oordeel dat de verzoekende partijen zelf bewijzen op de hoogte te zijn geweest van de aanplakking en waar deze al dan niet zou hebben uitgehangen. Volgens de tussenkomende partij waren de verzoekende partijen dus wel degelijk in de mogelijkheid om een bezwaar in te dienen tijdens het openbaar onderzoek.

De tussenkomende partij kan niet gevolgd worden waar zij stelt dat uit de door de verzoekende partijen voorgelegde stukken volgt dat de verzoekende partijen op de hoogte waren van de aanplakking van de bekendmaking van de aanvraag en dat zij dus in de mogelijkheid waren om bezwaar in te dienen tijdens het openbaar onderzoek. De verzoekende partijen maken duidelijk aannemelijk dat de foto die ze voorleggen betrekking heeft op de aanplakking van de bestreden beslissing en niet op de aanplakking van de bekendmaking van de aanvraag. Hoewel de tekst van de aanplakking op de foto niet duidelijk leesbaar is, blijkt uit de witte (en niet gele) affiche op het aanplakbord dat het een foto is van de aanplakking van de bestreden beslissing en niet van de bekendmaking van de aanvraag. Overeenkomstig artikel 5, derde lid Besluit Openbare

Onderzoeken dient de aanplakking van de bekendmaking van de aanvraag immers te gebeuren op een gele affiche.

De tussenkomende partij maakt niet aannemelijk dat de verzoekende partijen op de hoogte waren van de aanplakking van de bekendmaking van de aanvraag.

De formaliteit van het openbaar onderzoek is een substantiële pleegvorm. Het openbaar onderzoek biedt de mogelijkheid aan belanghebbenden om bezwaren en opmerkingen mee te delen aan de vergunningverlenende overheid, die daardoor over de nodige inlichtingen en gegevens kan beschikken om met kennis van zaken te oordelen. De verzoekende partijen hebben dan ook belang bij dit middel.

2.

De verzoekende partijen werpen op dat de vergunningsaanvraag enkel werd aangeplakt ter hoogte van de Ottergemsesteenweg en niet ter hoogte van de Burggravenlaan en de Toemaattragel.

Artikel 5, eerste en tweede lid Besluit Openbare Onderzoeken bepaalt inzake de plaats van aanplakking het volgende:

“Minstens vanaf de dag na de ontvangst van één van de documenten, genoemd in artikel 4, tot de dag van de beslissing over deze aanvraag, moet de aanvrager een bekendmaking aanplakken op een plaats waar het betrokken goed paalt aan een openbare weg, of indien het goed aan verschillende openbare wegen paalt, aan elk van die openbare wegen. Indien het goed niet paalt aan een openbare weg, gebeurt de aanplakking aan de dichtstbijzijnde openbare weg. De aanvrager houdt hierbij rekening met de onderstaande voorwaarden.

Indien de aanvraag strekt tot het uitvoeren van werken en handelingen op het openbaar domein, moet de bekendmaking worden aangebracht aan elke zijde waar men van op de openbare weg de grens van de werken bereikt.

...

Het wordt niet betwist dat de aanvraag betrekking heeft op een goed dat gelegen is op het openbaar domein. De verzoekende partijen voeren aan, en dit blijkt ook uit de kadastrale gegevens, dat het openbaar domein waarop de werken plaatsvinden grenst aan drie openbare wegen, met name niet alleen aan de Ottergemsesteenweg, maar ook aan de Burggravenlaan en de Toemaattragel.

Uit het tweede lid van artikel 5 van het Besluit Openbare onderzoeken volgt dat een bekendmaking voor werken op het openbaar domein moet worden aangebracht aan elke zijde waar men van op de openbare weg de grens van de werken bereikt.

Uit het door de tussenkomende partij voorgelegde stuk 20, dat ook wordt bijgetreden door de verwerende partij, blijkt dat een aanplakking plaatsvond aan de Ottergemsesteenweg. De Raad stelt vast dat de verwerende en tussenkomende partij inhoudelijk geen verweer voeren inzake de uiteenzetting van de verzoekende partijen dat de aanplakking niet plaatsvond aan de Burggravenlaan en de Toemaattragel. De verwerende partij verwijst enkel naar het proces-verbaal van openbaar onderzoek en naar de verklaring van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent. Uit deze twee documenten kan enkel afgeleid worden dat de aanvraag werd aangeplakt, maar kan geenszins afgeleid worden op welke plaatsen de aanvraag werd aangeplakt.

De Raad moet dan ook vaststellen dat het openbaar onderzoek werd georganiseerd door middel van een aanplakking van de bekendmaking van de aanvraag langs slechts één van de openbare wegen waaraan het bouwperceel grenst en vanwaar de grens van de werken bereikbaar is, zodat

de bestreden beslissing, wat dit onderdeel betreft, artikel 5 van het Besluit Openbare Onderzoeken schendt.

3.

De verzoekende partijen voeren verder ook nog aan dat de enige aanplakking niet op ooghoogte werd opgehangen. Artikel 5, vijfde en zesde lid Besluit Openbare Onderzoeken bepaalt terzake:

“De bekendmaking wordt aangebracht op een schutting, op een muur of op een aan een paal bevestigd bord, op de grens tussen het terrein of de toegang tot het terrein en de openbare weg en evenwijdig met de openbare weg, op ooghoogte en met de tekst gericht naar de openbare weg. De bekendmaking wordt tijdens de hele duur van de aanplakking goed zichtbaar en goed leesbaar gehouden.

De aanvrager zendt voor het einde van het openbaar onderzoek een dubbel van de aangeplakte bekendmaking naar de instantie bij wie hij de aanvraag heeft ingediend.”

De verzoekende partijen verwijzen naar de door hen voorgelegde foto van de aanplakking van de bestreden beslissing ter hoogte van de Ottergemsesteenweg en menen dat de aanplakking van de bekendmaking van de aanvraag op dezelfde (te lage) hoogte zou zijn gebeurd. Op zich levert een foto van een aanplakking van een vergunning geen enkel bewijs over de wijze waarop de aanplakking van de bekendmaking van de aanvraag zou zijn gebeurd.

De Raad stelt echter vast dat de locatie en uitvoeringswijze van de aanplakking van de bekendmaking van de aanvraag worden bevestigd door de foto's van de aanplakking die de tussenkomen partij aan de afdeling stedenbouwkundige vergunningen van de stad Gent heeft bezorgd. Uit deze foto's blijkt dat er een aanplakking is gebeurd langs de Ottergemsesteenweg, dat de affiche op een aan een paal bevestigd bord werd aangebracht dat in een groenaanleg naast het op de openbare weg gelegen voetpad staat, ter hoogte van een verlichtingspaal en naast een trap, evenwijdig met de openbare weg, en dat de bovenrand van de affiche zich op een hoogte van circa 1,2 m boven het voetpad bevindt.

De regelgeving inzake ruimtelijke ordening bevat geen definiëring van het begrip 'ooghoogte' of verduidelijking van de minimum of maximum hoogte waarop de aanplakking dient te gebeuren, zodat de Raad uitgaat van de spraakgebruikelijke betekenis van dit begrip en een redelijkerwijze aan te nemen ooghoogte voor een volwassen persoon die rechtop staat. De hoogte van de aanplakking zoals deze blijkt uit voormelde foto's is redelijkerwijze niet als een aanplakking op ooghoogte te beschouwen.

4.

Uit voorgaande vaststellingen volgt dat de verzoekende partijen voldoende aannemelijk maken dat de aanplakking niet is gebeurd overeenkomstig artikel 5 Besluit Openbare Onderzoeken en dat zij door de onregelmatigheden in de aanplakking beknot werden in hun mogelijkheden om kennis te nemen van de bekendmaking van de aanvraag en dus van hun mogelijkheid om bezwaren of opmerkingen in te dienen.

Het middel is gegrond.

C. Derde middel

Standpunt van de partijen

1.

De verzoekende partijen voeren de schending aan van artikel 8 van het Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM), van artikel 23, lid 1 en lid 3, 4° van de Grondwet, van artikel 1.1.4 en artikel 4.3.1, §§1 en 2 VCRO, van artikel 3 van de Motiveringswet en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partijen overwegen dat in de bestreden beslissing geen rekening wordt gehouden met de bestaande omgeving, de goede plaatselijke ruimtelijke ordening en de gezondheidsrisico's.

Ze zetten uiteen dat in de bestreden beslissing amper iets gezegd wordt over de impact op de bestaande woon- of verblijfsfuncties in de omgeving. De impact van de mast op deze elementen van de omgeving werd niet onderzocht, terwijl het geen betoog behoeft dat dergelijke hoge masten een invloed hebben op de omgeving. De mast zal omwille van zijn hoogte van ver zichtbaar zijn en boven het groen uitsteken.

In de bestreden beslissing wordt voor de beoordeling van de gezondheidsrisico's voor de omwonenden enkel verwezen naar het algemeen reglementair kader betreffende het conformiteitsattest. De verwerende partij geeft dus duidelijk aan dat zij geen *in concreto* onderzoek heeft gevoerd. Ze heeft op geen enkele wijze de nadelige gevolgen van het gebruik of de exploitatie van de installatie voor de gezondheid van de omwonenden in overweging genomen. Het voorliggende technische dossier en conformiteitsattest wordt zelfs niet besproken. Het gezondheidsrisico wordt dus niet in overweging genomen en de vergunning is in strijd met artikel 1.1.4 VCRO, artikel 4.3.1, §2 VRCO en de motiveringsplicht.

De noodzaak om een concrete toets uit te voeren dringt zich des te meer op in voorliggend geval, aangezien de bouwplaats in een woonzone is gelegen. De verzoekende partijen verwijzen naar een arrest van het Hof van Beroep te Gent van 18 april 2013, dat bevestigt dat een stedenbouwkundige aanvraag moet getoetst worden op het vlak van de gezondheids- en milieurisico's. Zolang niet bewezen is dat de stralingen veroorzaakt door dergelijke masten ongevaarlijk zijn, moet worden aanvaard dat deze waarschijnlijk gevaarlijk zijn (Vred. Oostende, 29 juni 2000, T.B.B.R. 2000, 504; Rb. Gent, 18 mei 2009, T.M.R. 2010, 86), met andere woorden dient rekening te worden gehouden met het voorzorgsbeginsel in zake leefmilieu en gezondheid. De verzoekende partijen voeren aan dat het te verlenen conformiteitsattest niet gelijk staat met een milieuvergunning en dat er verschillen zijn met de klassieke milieuvergunningsprocedure: er is geen formele procedure waarbij adviezen worden gevraagd van verschillende instanties, geen openbaar onderzoek, geen administratief beroep, geen opschorting van de stedenbouwkundige vergunning, ... Aangezien er geen koppeling is tussen de stedenbouwkundige vergunning en het conformiteitsattest is een onderzoek van de (concrete) gezondheidsrisico's nog steeds essentieel bij de beoordeling van een aanvraag voor een stedenbouwkundige vergunning. Dit is evenwel niet gebeurd, terwijl de mast is voorzien in een dichtbewoonde woonwijk.

Het verschil in behandeling tussen inrichtingen die milieuvergunningsplichtig zijn en zij die een conformiteitsattest nodig hebben, is volgens de verzoekende partijen strijdig met het gelijkheidsbeginsel zoals voorgeschreven in artikel 10 en 11 Grondwet. Er zijn geen rechtvaardigheidsgronden waarom antennes niet worden ingedeeld als hinderlijke inrichting, of met andere woorden waarom antennes niet milieuvergunningsplichtig of meldingsplichtig zijn en andere inrichtingen wel. De regeling van de conformiteitsattesten biedt geen enkele rechtsbescherming voor derden (geen beroepsmogelijkheid, geen adviesprocedures, geen openbaar onderzoek, geen aanplakking, enz.). Bovendien werd deze regeling genomen in uitvoering van het Milieuvergunningsdecreet, terwijl er een specifieke wet van toepassing is, namelijk de Wet van 12 juli 1985 betreffende de bescherming van de mens en van het leefmilieu tegen de schadelijke

effecten en de hinder van niet-ioniserende stralingen, infrasonen en ultrasonen. Een regeling omtrent de stralingsnormen diende dan ook genomen te worden op basis van de Wet van 12 juli 1985 in plaats van het Milieuvergunningsdecreet. De *lex specialis* krijgt immers voorrang boven de algemene wetgeving (de *lex generalis*). Deze wet voorziet immers dat voor dergelijke gevoelige materie het advies van de Hoge Gezondheidsraad vereist is. Bijgevolg moet de regeling van Hoofdstuk 6.10 en volgende VLAREM II buiten beschouwing gelaten worden conform artikel 159 Grondwet. Hierdoor is een concrete beoordeling vereist van de gezondheidsrisico's door de verwerende partij.

Verder is er volgens de verzoekende partijen ook sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel inzake de toepassing van artikel 4.5.1, §1 VCRO en artikel 5, §2 Milieuvergunningsdecreet, met name de koppeling van de milieuvergunning met de stedenbouwkundige vergunning. Deze koppeling is immers niet voorzien voor het conformiteitsattest in de zin van artikel 6.9.2.2, §1 VLAREM II. Er is geen enkele rechtvaardigingsgrond waarom een milieuvergunning wel geschorst wordt tot de stedenbouwkundige vergunning en een activiteit waarvoor een conformiteitsattest vereist is niet geschorst wordt.

Het technische dossier van de antennes en het conformiteitsattest werd niet besproken of vermeld door de vergunningverlenende overheid. Ze werden zeker niet onderzocht.

Sinds januari 2011 geldt ook in het Vlaamse Gewest een norm van 3 V/m bij 900 MHz per antenne in verblijfplaatsen en een totaalnorm voor alle antennes samen van 20,6 V/m bij 900MHz. Naast de totale hoeveelheid elektromagnetische straling door zendantennes bestaat er dus ook een norm per zendantenne voor gsm-antennes. Die norm per antenne zorgt zogenaamd voor een extra beperking van de blootstelling. Als er bijvoorbeeld drie zendantennes van 900 MHz op een mast staan, moet elke antenne op zich voldoen aan 3 V/m. Het staat aan de bevoegde overheden om *in concreto* te onderzoeken of deze immissiegrens die wordt opgelegd per antenne in gegeven omstandigheden zal toelaten om elk risico voor de gezondheid uit te sluiten. De Raad van State oordeelde dan ook reeds in het verleden dat de gecumuleerde effecten moeten onderzocht worden (RvS nr. 214.400, 4 juli 2011). Dit werd echter niet uitgevoerd. Niet onbelangrijk is ook dat naast de mast staat een gebouw van INFRABELstaat dat vermoedelijk dienst doet als transformatorstation. Dergelijke station veroorzaakt ook al een bepaalde soort straling, en interfereert mogelijks met de gsm-straling. Ook dit gecumuleerd effect werd niet in rekening gebracht.

Zowel onder gelding van het inmiddels vernietigde KB 10 augustus 2005 houdende normering van zendmasten voor elektromagnetische golven tussen 10 MHz en 10 GHz als onder gelding van het thans geldende VLAREM II was voorzien in een "veiligheidszone". In dit dossier werd geen veiligheidszone voorzien. Gelet op het feit dat verzoeksters binnen de 50 meter rond de zendmast wonen, en de gezondheidsrisico's niet *in concreto* werden onderzocht, diende de vergunningverlenende overheid de aanvraag zorgvuldig te onderzoeken en motiveren, hetgeen niet gebeurde.

In de bestreden vergunning wordt geen gewag gemaakt van de visuele hinder. De verwerende partij gaat er gemakshalve vanuit dat een pyloon van 24 meter inpasbaar is woongebied. De aanwezigheid in het betrokken gebied van reeds bestaande infrastructuur kan echter geen reden zijn om de woon- en leefkwaliteit, en in het bijzonder de visuele hinder, aldaar nog verder aan te tasten. De verzoekende partijen worden geconfronteerd met een bijkomende visuele en ruimtelijke impact. De hoogte van de mast bedraagt 24 meter; zij steekt boven alles uit, ook boven de bomen. Daarenboven is de mast niet zo slank als een verlichtingspaal. De mast is meer dan dubbel zo

hoog als een verlichtingspaal en is bovendien verschillende malen breder en wordt aangevuld met een grote technische kast..

In de vergunningsaanvraag noch in de vergunning zelf wordt aangetoond dat de inplanting van de nieuwe mast vereist is om een knellend probleem inzake het netwerk in het betrokken gebied te verhelpen. De aanwezigheid van de verschillende bestaande antennes in de omgeving doet eerder vermoeden dat er geen problemen zouden mogen zijn voor alternatieve locaties. Op 200 meter is er een site waarop BELGACOM alle verschillende antennes heeft. Het plaatsen van twee masten op zo'n korte afstand in woongebied is strijdig met de goede ruimtelijke ordening. De verzoekende partijen stellen zich dan ook ernstige vragen bij deze locatie. De vergunningsaanvrager toont niet aan andere alternatieve minder hinderlijke locaties of samenwerking met andere operatoren te hebben onderzocht. Zeker in een dergelijke gevoelige materie als het installeren van zendmasten/pylonen, veronderstelt een zorgvuldig onderzoek (in het kader van het zuinig omspringen met de schaarse ruimte) ook een onderzoek naar de alternatieven en de samenwerking die zich redelijkerwijze (moet) aandienen.

De vergunningverlenende overheid is dan ook bij de beoordeling van het dossier niet uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, laat staan dat zij een correcte beoordeling heeft kunnen maken of dat zij in redelijkheid en zorgvuldigheid tot de bestreden beslissing is gekomen.

2.

De verwerende partij antwoordt dat artikel 23 Grondwet geen rechtstreekse werking heeft en de verzoekende partijen dit artikel dan ook niet met goed gevolg kunnen inroepen. Tevens stelt de verwerende partij dat de verzoekende partijen in het geheel niet aannemelijk maken dat de bestreden beslissing een onevenredige inmenging zou impliceren in het recht op de eerbiediging van hun privéleven en gezinsleven, zoals gewaarborgd door artikel 8 EVRM.

De aanvrager beschikt over een conformiteitsattest waarin is vastgesteld dat de antennes beantwoorden aan de toepasselijke stralingsnormen. Er is dan ook geen sprake van een inmenging in het privé- en gezinsleven van verzoekende partijen.

De bestreden beslissing geeft geheel terecht aan dat de beoordeling inzake de gezondheidseffecten van de antennes op de eerste plaats gebeurt in het kader van de stralingsreglementering. Overeenkomstig artikel 6.10.2.2, §1 VLAREM II is de exploitatie van een vast opgestelde zendantenne verboden zonder conformiteitsattest, behoudens in de gevallen vermeld in artikel 6.10.2.2, §§2 en 3 VLAREM II. Dit betekent dus dat de exploitatie van een vast opgestelde zendantenne verboden is, tenzij wanneer de bevoegde overheid daarvoor een conformiteitsattest aflevert. De aanvrager beschikt *in casu* over het nodige conformiteitsattest. De vergunningverlenende overheid mag er dus in redelijkheid van uitgaan dat het gezondheidsaspect werd onderzocht en onder controle is.

De verzoekende partijen kunnen niet nuttig verwijzen naar het arrest nr. 198.988 van 16 december 2009 van de Raad van State, nu de met dit arrest vernietigde beslissing werd genomen op een ogenblik dat, ingevolge de vernietiging van het KB van 10 augustus 2005 houdende de normering van de zendmasten voor elektromagnetische golven tussen 10 MHz en 10 GHz, geen formele rechtsregels bestonden voor de toetsing van de gezondheidsrisico's van GSM-masten. Hetzelfde dient gezegd te worden over het door verzoekende partijen aangehaalde arrest van het Hof van Beroep te Gent van 18 april 2013. De beoordeelde vergunning was ook toen genomen op het ogenblik dat door de vernietiging van het KB van 10 augustus 2005 nog geen stralingsnormen waren vastgesteld.

Op het tijdstip van het nemen van huidige bestreden beslissing zijn het besluit van de Vlaamse regering van 19 november 2010 tot wijziging van VLAREM II en de twee Ministeriële Uitvoeringsbesluiten van toepassing. Het eventueel ontbreken van een conformiteitsattest – hetgeen hier echter niet eens het geval is - raakt enkel de uitvoerbaarheid van de stedenbouwkundige vergunning. De verzoekende partijen erkennen in het verzoekschrift dat voor de twee pylonen een conformiteitsattest werd bekomen. Het vergunningverlenend bestuur mag zich richten naar het afleveren van een conformiteitsattest en moet niet, in tegenstelling met hetgeen verzoekende partijen trachten voor te houden, nogmaals op concrete wijze de mogelijke gezondheidseffecten gaan onderzoeken.

Een vraag naar een eventuele koppeling tussen de stedenbouwkundige vergunning en het conformiteitsattest raakt niet de wettigheid van de bestreden vergunningsbeslissing maar enkel de voorlopige opschorting ervan. Zelfs indien er sprake zou moeten zijn van een koppeling met schorsende werking tussen een stedenbouwkundige vergunning en een conformiteitsattest, dan nog doet deze situatie zich *in casu* niet voor, aangezien de aanvrager beschikt over het nodige conformiteitsattest.

Sinds januari 2011 geldt ook in het Vlaamse Gewest een norm van drie V/m bij 900MHz per antenne in verblijfplaatsen en een totale norm voor alle antennes samen van 20,6 V/m bij 900 MHz. De verzoekende partijen benadrukken zelf dat door het opleggen van een emissiegrens van 3 V/m per antenne, de Vlaamse overheid ervan uitgaat dat het gecumuleerde effect van de antennes geen risico op schade voor de gezondheid van de buurtbewoners voor gevolg zal hebben. De verzoekende partijen menen dat de bevoegde overheid toch een concreet onderzoek moet voeren en verwijzen hiervoor naar het schorsingsarrest van de Raad van State nr. 214.400 van 4 juli 2011, waarbij ze evenwel nalaten te vermelden dat in het arrest ten gronde nr. 223.997 van 20 juni 2013 van de Raad van State de vordering werd verworpen. De verzoekende partijen kunnen dan ook niet nuttig verwijzen naar dit arrest.

Een onderzoek naar gecumuleerde effecten is in deze aanvraag ook niet relevant, nu de aanvraag enkel het plaatsen van 2 GSM-R antennes van de NMBS tot voorwerp heeft en het zelfs niet gaat over antennes van verschillende operatoren.

Ook wat de voorgehouden visuele hinder betreft, stellen verzoekende partijen verkeerdelijk dat dit aspect niet in de bestreden beslissing zou zijn behandeld. Zowel in het advies van het college van burgemeester en schepenen als in de beoordeling van de goede ruimtelijke ordening door de verwerende partij wordt benadrukt dat de voorgestelde inplanting ten zuiden van de bestaande spoorwegbundel aan de Ottergemsesteenweg, meer bepaald tussen de spoorwegberm en de stadstuinjes van de woonstraat Tussen Bermen bestaambaar is met deze omgeving. Bovendien wordt benadrukt dat de mast op voldoende afstand geplaatst kan worden van de omliggende woningen. De ruimtelijke impact van de constructie is aanvaardbaar. Het uitzicht van verzoekende partijen is vandaag reeds duidelijk verstoord door de aanwezige infrastructuur van de spoorwegbundels en verlichtingspalen, waaruit volgt dat de voorgehouden visuele hinder sterk moet gerelativeerd worden.

De toetsing aan een goede ruimtelijke ordening gaat niet zover dat de verwerende partij alternatieve inplantingsplaatsen moet onderzoeken. Bovendien is een verwerende partij bij de beoordeling van een stedenbouwkundige aanvraag gebonden door het voorwerp van de aanvraag, zoals afgebakend door de tussenkomende partij als aanvrager.

3.

De tussenkomende partij voegt hieraan toe dat de grondwetgever aan artikel 23, lid 1 en lid 3, 4° Grondwet elke rechtstreekse werking heeft ontzegd (Gedr. St. Senaat, B.Z. 1991-92, nr. 100-2/1,4

nr. 100-2/3, 4 en 11 en nr. 100-2/4, 5, 14, 20, 70-74). Het grondwetsartikel is dan ook niet van toepassing op de rechtsonderhorige in zijn verhouding tot de gewone rechtbanken en hoven, zodat een rechtsvordering niet uitsluitend kan worden gegrond op deze grondwettelijke bepaling. Deze inschrijving van het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu in de Grondwet, impliceert een “standstill effect” wat betekent dat de overheid het bestaande beschermingsniveau niet mag afbouwen (Gedr. St. Senaat, B.Z. 1991-92, nr. 100-2/3, 13, nr. 100-2/4, 85-87 en Gedr. St. Kamer, B.Z. 1991-92, nr. 381/1, 8 met verwijzing naar de rechtspraak de Raad van State). Aangezien de staat van het leefmilieu sterk afhankelijk is van beleidsexogene factoren dient de overheid of de rechter het leefmilieubeleid binnen het kader van de standstill verplichting steeds aan de evenredigheid te toetsen.

De tussenkomende partij verwijst tevens naar rechtspraak van de Raad aangaande GSM-masten, waarin het middel dat de schending van artikel 23, derde lid 4° Grondwet inroept, niet wordt aanvaard. Hieruit volgt reeds dat het middel voor zover betrekking op de schending van artikel 23 eerste lid en derde lid, 4° Grondwet niet kan worden aanvaard en onontvankelijk is.

Verder geeft de tussenkomende partij een uiteenzetting over de radiogolven die worden uitgestraald door GSM-masten en door UMTS-masten. Volgens de bevindingen van de Federale Overheidsdienst van Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en het Leefmilieu alsook van de Wereldorganisatie van de Verenigde Naties, levert het wonen nabij een GSM-mast geen gevaar op voor de gezondheid.

In casu werd op 31 oktober 2014 een conformiteitsattest afgeleverd voor twee vast opgestelde zendantennes. Het conformiteitsattest was dus reeds beschikbaar voor het afleveren van de bestreden beslissing van 8 mei 2015, waardoor de verwerende partij er alleszins in alle redelijkheid kon van uitgaan dat het gezondheidsaspect voldoende onder controle is en het verlenen de stedenbouwkundige vergunning niet in de weg staat.

De beoordeling van een visuele hinder dient te worden gekaderd binnen de omgeving en de toetsing dient te gebeuren aan de reeds voorhanden zijnde constructies en in welke mate deze bestaande constructies reeds een visuele impact veroorzaken. Het karakter van het gebied waar de mast ingepland wordt reeds bepaald door bestaande infrastructuren (bestaande spoorlijnen, het onderstation) zoals blijkt uit de fotoreportage bij de bouwaanvraag.

De verwerende partij heeft bij haar beoordeling van de goede ruimtelijke ordening wel degelijk een zorgvuldig en afdoende gemotiveerd onderzoek naar de in artikel 4.3.1, §2, 1° VCRO vermelde decretale aandachtspunten inzake visueel-vormelijke elementen en gezondheid gevoerd. De toets aan de ruimtelijke ordening reikt niet zover dat de verwerende partij een beoordeling naar alternatieve locaties dient door te voeren.

De tussenkomende partij stelt samenvattend dat de keuze voor het oprichten van een GSM-R zendstation te Gent Tussen Bermen het resultaat is van:

- de noodzaak om interferentieproblemen op een belangrijk spoorwegknooppunt veroorzaakt door de zendmasten van private operatoren te corrigeren;
- de vraag van de stad Gent om de multi operator pyloon aan het station Gent-Sint-Pieters te vervangen;
- de noodzaak om voldoende radiocapaciteit te genereren in de zone van een van de belangrijkste treinstations van België in het kader van de verdere beveiliging van het Belgische spoorwegennet door middel van het aanwenden van het nieuwe Europese signalisatiesysteem ETCS.

Uit de bestreden beslissing blijkt, in tegenstelling tot hetgeen wordt beweerd door de verzoekende partijen, dat door de verwerende partij wel degelijk een zorgvuldig onderzoek naar het aandachtspunt van de te verwachten visuele hinder werd gevoerd. Gezien de nabijheid van de spoorwegbundel en de aanwezigheid van voldoende afstand met de omliggende woningen is, gelet op het feit dat de 24 meter hoge vakwerkmast wordt geplaatst in het kader van het verhogen van de veiligheid en de modernisering van het spoorwegennet, de ruimtelijke impact van de constructie aanvaardbaar. Aldus blijkt duidelijk dat de verwerende partij met betrekking tot het aandachtspunt van de te verwachten visuele hinder afdoende motiveert waarom de inplanting van de 24 meter hoge vakwerkmast op de gevraagde locatie kan worden vergund. Aldus blijkt tevens duidelijk dat de verwerende partij niet kennelijk onredelijk heeft beslist om de vakwerkmast op de gevraagde locatie te vergunnen.

De kritiek van verzoekende partijen betreft een loutere opportunistiekritiek. De verzoekende partijen tonen niet aan dat de motivering van de bestreden beslissing steunt op onjuiste of stereotiepe gegevens of op een niet-correcte beoordeling van de gegevens. Rekening houdend met de marginale toetsingsbevoegdheid van de Raad, brengen de verzoekende partijen dan ook geen overtuigende argumenten bij dat de verwerende partij de grenzen van de haar wettelijk toegekende appreciatiebevoegdheid heeft overschreden en de aanvraag onzorgvuldig of kennelijk onredelijk heeft beoordeeld.

Wat de aangevoerde gezondheidsrisico's betreft, is, in tegenstelling tot hetgeen door de verzoekende partijen wordt voorgehouden, de verwerende partij niet bevoegd voor het doorvoeren van een *in concreto* onderzoek naar de naleving van de normen voor elektromagnetische straling zoals bepaald in VLAREM II. De verwerende partij zou haar decretale bevoegdheid overschrijden indien zij effectief zo'n onderzoek zou uitvoeren.

De tussenkomenende partij licht de totstandkoming toe van de regelgeving met betrekking tot milieukwaliteitsnormen voor elektromagnetische golven en beleidstaken, die terug te vinden is in Hoofdstuk 2.14 van Deel 2 van VLAREM II (Milieukwaliteitsnormen en beleidstaken ter zake) en in Hoofdstuk 6.10 van deel 6 van VLAREM II. (Milieuvoorwaarden voor vast opgestelde zendantennes). De kaderwet is nog steeds de Wet van 12 juli 1985 betreffende de bescherming van de mens en van het leefmilieu tegen de schadelijke effecten en de hinder van niet-ioniserende stralingen, infrasonen en ultrasonen (B.S., 26 november 1985). De verzoekende partijen gaan er dan ook verkeerdelijk vanuit dat in zake uitvoering gegeven wordt aan het Milieuvergunningsdecreet. In tegenstelling tot hetgeen wordt geopperd door de verzoekende partijen kan van artikel 159 Grondwet geen toepassing worden gemaakt. De toepasselijke VLAREM II regelgeving dient aldus geenszins buiten beschouwing te worden gelaten.

Het is dus geenszins de verwerende partij die over de bevoegdheid zou beschikken om *in concreto* de (cumulatieve) effecten van vast opgesteld zendantennes op de gezondheid te beoordelen. Een beoordeling van het aandachtspunt 'gezondheid' zoals vermeld in artikel 4.3.1. § 2, 1° VCRO wordt door de verwerende partij uitgeoefend voor zover noodzakelijk of relevant, en, met betrekking tot elektromagnetische golven, in het kader van een eerste toetsing, aangezien de afdeling Lucht, Hinder, Risicobeheersing, Milieu & Gezondheid van het departement Leefmilieu, Natuur en Energie (LNE) de decretaal bevoegde instantie is voor het *in concreto* onderzoeken van milieuhinder van elektromagnetische golven.

Op basis van een vergelijkende studie van de openstaande opties komt de Reguleringsimpactanalyse van 24 maart 2010 betreffende de reglementering van de normering van vast opgestelde zendantennes voor elektromagnetische golven tussen 10 MHz en 10 GHz (RIA) tot de conclusie om vast opgestelde zendantennes voor elektromagnetische golven tussen 10 MHz en 10 GHz op te nemen in VLAREM als niet-ingedeelde inrichtingen en te werken met een

conformiteitsbeoordeling. De tussenkomenende partij verwijst tevens naar het antwoord van Minister Joke Schauvliege op een vraag om uitleg over de toepassing van de regelgeving omtrent zendmasten tijdens de vergadering van 8 augustus 2011 van de Commissie voor Leefmilieu, Natuur, Ruimtelijke Ordening en Onroerend Erfgoed waarin wordt verduidelijkt dat de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar het verlenen van de conformiteitsattesten niet dient af te wachten alvorens de vergunning te verlenen en kan volstaan met te verwijzen naar de bestaande VLAREM II regelgeving om er in alle redelijkheid te kunnen vanuit gaan dat het aspect gezondheid voldoende onder controle is. De huidige decretale regelgeving voorziet, conform artikel 6.10.2.2 VLAREM II, in een exploitatieverbod voor de zendantennes waarvoor nog geen conformiteitsattest voorhanden is. De decretale procedure met betrekking tot het conformiteitsattest zoals voorzien in VLAREM II, voorziet geen openbaarheid, wat inherent is aan deze (technische) procedure. Artikel 6.10.2.6. VLAREM II bepaalt dat het college van burgemeester en schepenen elektronisch op de hoogte wordt gebracht van de afgifte van een conformiteitsattest. Deze kennisgeving bevat een niet-technische uitleg aangaande het elektromagnetische veld dat wordt gegenereerd door de vast opgestelde zendantenne in kwestie. Hieruit volgt dat zowel de individuele burger, als iedere overheid die er belang bij zou hebben een procedure voor de Raad van State kan opstarten houdende schorsing en/of vernietiging van het verleende conformiteitsattest.

De omwonenden hebben aldus de mogelijkheid om, na inzage van een conformiteitsattest met inbegrip van het volledige technisch dossier dat er een onlosmakelijk deel van uitmaakt, een schorsings- en/of vernietigingsberoep bij de Raad van State in te stellen. Ook een vordering tot staking in de zin van de Wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu behoort in deze tot de door de verzoekende partijen onbenut gelaten mogelijkheden, voor zover er sprake zou zijn van een inbreuk op de wetgeving inzake de bescherming van het leefmilieu. Gelet op het voorgaande wordt de openbaarheid van bestuur afdoende georganiseerd en kan er geen sprake zijn van een schending van het door de verzoekende partijen ingeroepen gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Uit het bovenstaande volgt dat in het kader van een toetsing aan de goede ruimtelijke ordening zoals bedoeld in artikel 4.3.1. § 2 VCRO *juncto* artikel 4.1.1. VCRO het principieel kan volstaan opdat een afdoende zorgvuldige toets aan de gezondheidsrisico's is doorgevoerd indien de verwerende partij in de bestreden beslissing verwijst naar het feit dat indien de regelgeving inzake het aanvragen van een conformiteitsattest effectief wordt nageleefd, zij er in alle redelijkheid kan vanuit gaan dat de gezondheid van de omwonenden niet in het gedrang kan worden gebracht.

Het conformiteitsattest was reeds beschikbaar voor het afleveren van de bestreden beslissing van 8 mei 2015, waardoor de verwerende partij er alleszins in alle redelijkheid kon van uitgaan dat het gezondheidsaspect voldoende onder controle is en het verlenen de stedenbouwkundige vergunning niet in de weg staat.

In het kader van de goede ruimtelijke ordening kan de vergunningverlenende overheid niet worden gebonden door een zorgvuldigheidsverplichting die verder zou reiken dan de toetsing aan de naleving van de wettelijke normen, *in casu* voor wat betreft de stralingsnormen van GSM-masten (zie ook RvVb Nr. A/2013/0645 van 12 november 2013).

Daarenboven kan nog worden aangehaald dat de verzoekende partijen niet kunnen worden bijgetreden waar zij stellen dat geen rekening wordt gehouden met de cumulatieve effecten van de onderscheiden antennes. Een uitgereikt conformiteitsattest laat toe na te gaan of aan de cumulatieve norm voor een bepaalde zendinstallatie wordt voldaan.

Met de totstandkoming van het besluit van de Vlaamse regering van 19 november 2010 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne wat betreft de normering van vast en tijdelijk opgestelde zendantennes voor elektromagnetische golven tussen 10 MHz en 10GHz, werden door de overheid, op basis van een zorgvuldig uitgevoerde reguleringimpactanalyse, bevattende onder meer de nodige verwijzingen naar de toenmalige stand van het wetenschappelijk onderzoek alsmede een vergelijking met de toepasselijke regelgeving in de ons omringende landen, ter bescherming van de gezondheid van de omwonenden, de meest adequate individuele en cumulatieve normen vastgesteld. Tevens werd besloten om vast opgestelde zendantennes voor elektromagnetische golven tussen 10 MHz en 10 GHz elektromagnetische golven tussen de 10 MHz en 10 GHz als niet hinderlijk te beschouwen, en dus vrij te stellen van de aanvraag van een milieuvergunning en meldingsplicht aan de overheid.

Op basis van een vergelijkende studie van de openstaande opties komt de Reguleringimpactanalyse (RIA) betreffende de reglementering van de normering van vast opgestelde zendantennes voor elektromagnetische golven tussen 10 MHz en 10 GHz tevens tot de conclusie om vast opgestelde zendantennes voor elektromagnetische golven tussen 10 MHz en 10 GHz op te nemen in VLAREM als niet-ingedeelde inrichtingen en te werken met een conformiteitsbeoordeling.

Er ligt geen ernstige reden voor om aan te nemen dat de bevoegde overheid onzorgvuldig te werk zou zijn gegaan door de nieuwste wetenschappelijke onderzoeken met betrekking tot het gevaar voor de volksgezondheid dat van vast opgestelde zendantennes voor elektromagnetische golven tussen 10 MHz en 10 GHz zou kunnen uitgaan niet adequaat te hebben opgevolgd, en inert zou blijven waar zij, indien nodig, regelgevend zou dienen op te treden. Alleszins blijven de verzoekende partijen in hun uiteenzetting in gebreke dit aan te tonen. De kritiek van de verzoekende partijen betreft in wezen een opportunitetskritiek.

Uit het bovenstaande blijkt duidelijk dat de bestreden beslissing kon uitgaan van een toetsing aan de geldende normen inzake zoals vervat in VLAREM II en zoals ingevoerd bij het besluit van de Vlaamse regering van 19 november 2010 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne wat betreft de normering van vast opgestelde zendantennes voor elektromagnetische golven tussen 10 MHz en 10 GHz (en zoals destijds vervat in het KB van 10 augustus 2005), in die zin dat de toetsing gebeurt aan de hand van het opgestelde technisch dossier zoals goedgekeurd door de afdeling Lucht, Hinder, Risicobeheer, Milieu en Gezondheid van het departement Leefmilieu, Natuur en Energie, zonder dat hierbij deze normen in twijfel dienden te worden gesteld, reden waarom dan ook niet ernstig kan worden gesteld dat de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar een schending van artikel 8 EVRM of het voorzorgsbeginsel zou hebben begaan.

De tussenkomende partij benadrukt dat het in wezen volstaat met te verwijzen naar het op 31 oktober 2014 verleende conformiteitsattest waaruit blijkt dat aan de toepasselijke reglementering inzake elektromagnetische straling wordt voldaan.

4.

De verzoekende partijen voegen nog toe in hun antwoordnota dat het feit dat artikel 23 van de Grondwet geen directe werking zou hebben, niet betekent dat men het kan negeren. Elke wettelijke of decretale bepaling dient immers grondwetsconform geïnterpreteerd te worden. Met andere woorden dient artikel 1.1.4 VCRO ook zo opgevat te worden dat het leefmilieu van de burgers en verzoekster dient gerespecteerd en geëerbiedigd te worden en dat een verplichting bestaat voor de overheid om het leefmilieu en de gezondheid van de burger in overweging te nemen bij

beslissingen. De vergunningverlenende overheid dient dan ook de reële risico's van de zendmasten in te schatten en te beoordelen.

De voorliggende rechtspraak van de Raad van State over de technische dossiers en conformiteitsattesten is weldegelijk relevant voor de noodzaak aan een onderzoek *in concreto*. De vergunningverlenende overheid moet de effecten van de exploitatie van de zendmast en de gevolgen voor de volksgezondheid en het milieu onderzoeken, ook al moet ze zelf de eigenlijke uitoefening van de exploitatie niet regelen. Uit de bestreden beslissing moet blijken dat de vergunningverlenende overheid in de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid aandacht heeft besteed aan de bescherming van de mens en het leefmilieu.

Ook artikel 4.3.1, §2, 1° VCRO verwijst naar artikel 1.1.4 VCRO door te bepalen dat het gezondheidsaspect mee in overweging wordt genomen bij de beoordeling van een goede ruimtelijke ordening van de aanvraag voor een stedenbouwkundige vergunning, voor zover dit relevant of noodzakelijk wordt geacht.

In de bestreden beslissing heeft de verwerende partij geoordeeld dat de installatie pas in exploitatie kan worden genomen als de aanvrager beschikt over het conformiteitsattest en dat op die wijze het voorzorgsbeginsel wordt gerespecteerd

Nu het conformiteitsattest niet werd overgemaakt aan de verwerende partij, moet worden vastgesteld dat de verwerende partij nagelaten heeft de gezondheidsrisico's te beoordelen op basis van dit attest. In de bestreden beslissing wordt er immers geen woord gerept over het conformiteitsattest.

De verwerende partij kon zich niet beperken tot het stellen dat zij er "in alle redelijkheid" van kon uitgaan dat het gezondheidsaspect voldoende onder controle is. De verwerende partij had wel degelijk de naleving van de stralingsnormen van VLAREM II *in concreto* moeten onderzoeken. De verwerende partij kon niet volstaan met te verwijzen naar de regelgeving over de antennes.

De toepassing van artikel 4.3.1, §2, 1° VCRO is noodzakelijk omdat de beoordeling van de gezondheidsaspecten 'noodzakelijk of relevant' is. Bij de beoordeling van de aanvraag dient de vergunningverlenende overheid rekening te houden met inzonderheid de aanpalende percelen. *In casu* het perceel waarop de appartementen van verzoekers zijn gesitueerd. Niet alleen zijn er de gezondheidsrisico's, maar ook de visuele hinder verstoort de woonomgeving.

De verzoekende partijen verwijzen tevens naar de beoordeling in het arrest van de Raad van 3 december 2015 met nummer A/1616/0325. In dit arrest wordt geoordeeld dat gelet op het ontbreken van een wederkerige koppeling tussen de stedenbouwkundige vergunning en het conformiteitsattest, een onderzoek naar de concrete gezondheidsrisico's nog steeds vereist is bij de beoordeling van een aanvraag tot stedenbouwkundige vergunning. De verzoekende partijen stellen dat ze zich bij deze beoordeling aansluiten.

5.

De verwerende partij voegt in haar laatste nota nog toe dat artikel 1.1.4. VCRO geen verplichtingen bevat, maar een doelstellingsartikel is.

Uit de bestreden beslissing blijkt dat de vergunningverlenende overheid in de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid aandacht heeft besteed aan de bescherming van de mens en het leefmilieu en dat zij bij het nemen van een beslissing over de aanvraag een billijk evenwicht in acht heeft genomen tussen de beide zaken betrokken belangen (cfr. arrest nr. RvVb/A/1516/1048 van 3 mei 2016; nr. RvVb/A/1516/0325 van 3 december 2015).

Op het tijdstip van het nemen van de bestreden beslissing zijn het besluit van de Vlaamse regering van 19 november 2010 tot wijziging van VLAREM II en de twee ministeriële uitvoeringsbesluiten van toepassing. De aanvrager beschikt over het nodige conformiteitsattest, afgeleverd op 31 oktober 2014. Verwerende partij moet dan niet, in tegenstelling met hetgeen verzoekende partijen trachten voor te houden, nogmaals op concrete wijze de mogelijke gezondheidseffecten gaan onderzoeken.

De vaststelling dat in de bestreden beslissing niet uitdrukkelijk melding wordt gemaakt van de datum van het conformiteitsattest doet aan het bovenstaande geen afbreuk. Minstens hebben de verzoekende partijen, nu zij het bestaan van het conformiteitsattest erkennen en bevestigen, geen belang bij dit louter formele argument.

De verzoekende partijen verwijzen naar het arrest nr. RvVb/A/1516/0325 van 3 december 2015, dat echter niet met onderhavige zaak vergelijkbaar is omdat er in die zaak op het ogenblik van de vergunningsbeslissing nog geen conformiteitsattest werd afgeleverd en de verwerende partij in die zaak vooruitgelopen was op de mogelijke afgifte van een conformiteitsattest zonder een concreet onderzoek te voeren. In onderhavig dossier was op het ogenblik van de beoordeling van de aanvraag en de bestreden beslissing wel degelijk een conformiteitsattest afgeleverd en voorhanden.

6.

De tussenkomende partij voegt in haar laatste schriftelijke uiteenzetting nog toe dat, in tegenstelling tot hetgeen door de verzoekende partijen wordt beweerd, in de bestreden beslissing wel degelijk duidelijk wordt vermeld dat het aanvraagdossier een conformiteitsattest bevat hetwelk aan de antenne-eigenaar de toestemming geeft om de zendantennes in gebruik te nemen (bestreden beslissing, pagina 7 bovenaan).

Tevens verwijst de tussenkomende partij naar een recent arrest van 3 mei 2016 met nummer RvVb/1516/1048 waarin de Raad oordeelde dat, indien reeds een conformiteitsattest voorhanden is vóór het afleveren van de stedenbouwkundige vergunning, dit voor de vergunningverlenende overheid kan volstaan om in alle redelijkheid kunnen te oordelen dat het gezondheidsaspect voldoende onder controle is.

De tussenkomende partij herhaalt dat uit de *ratio legis* van de decreetgever, zoals blijkt uit de RIA en het antwoord van minister Schauvliege op een parlementaire vraag, blijkt dat de verwerende partij principieel zelfs kan volstaan met te verwijzen naar de regelgeving inzake elektromagnetische straling, en voor de beoordeling van de risico's van de zendantennes voor de gezondheid in beginsel kan voortgaan op de beoordeling van de ter zake bevoegde overheid. Artikel 6.10.2.2 §1 VLAREM II) stelt slechts dat de *exploitatie* van een vast opgestelde zendantenne verboden is zonder conformiteitsattest. Er wordt duidelijk niet gesteld dat het *bouwen* van de zendinstallatie verboden is zonder conformiteitsattest. Dit is ook logisch aangezien het beoordelen van de vraag of de elektromagnetische straling die van de respectievelijke vast opgestelde zendantennes zal uitgaan voldoet aan de geldende normen dient te gebeuren door de toezichthoudende overheid (artikel 6.10.2.2. § 4 VLAREM II). Dit dient telkens opnieuw *in concreto* te gebeuren, onder meer naargelang zich gewijzigde ("significante wijzigingen") omstandigheden zouden voordoen in de omgeving. Ook kunnen bijvoorbeeld nieuwe (regionale) normen worden opgelegd, of vast opgestelde zendantennes worden bijgeplaatst (of verwijderd). Met andere woorden is het in wezen zinloos en gaat het dan ook duidelijk aan de bedoeling van de decreetgever voorbij dat de vergunningverlenende overheid zou moeten wachten om de stedenbouwkundige vergunning te verlenen tot alle conformiteitsattesten zijn verleend, aangezien het aantal vast opgestelde zendantennes op een zendmast, alsmede de geldende stralingsnormen zelf, op elk moment kunnen wijzigen, zodat het juist enkel en alleen aan de toezichthoudende overheid (zoals bepaald

in artikel 6.10.2.2. § 4 VLAREM II) kan toekomen om, telkens opnieuw na te gaan of ter plaatse aan de individuele en collectieve stralingsnormen wordt voldaan.

De verwerende partij kan onmogelijk op voorhand weten hoeveel operators er uiteindelijk tijdens de levensduur van een te vergunnen zendstation dit zendstation zouden willen gebruiken, laat staan hiervoor *in concreto* op voorhand de gezondheidseffecten om een geloofwaardige manier beoordelen. De verwerende partij is hiervoor dan ook niet decretaal bevoegd, noch technisch uitgerust. Gelet op het voorgaande kan de verwerende partij volstaan met te verwijzen naar de benodigde conformiteitsattesten, zelfs al zijn deze nog niet aangevraagd of afgeleverd, aangezien zij er, gelet op de toepasselijke VLAREM II reglementering, in alle redelijkheid kan van uitgaan dat het gezondheidsaspect afdoende wordt gecontroleerd

Uit het bovenstaande volgt dat in het kader van een toetsing aan de goede ruimtelijke ordening zoals bedoeld in artikel 4.3.1. § 2 VCRO juncto artikel 4.1.1. VCRO het principieel kan volstaan opdat een afdoende zorgvuldige toets aan de gezondheidsrisico's is doorgevoerd indien de verwerende partij in de bestreden beslissing verwijst naar het feit dat indien de regelgeving inzake het aanvragen van een conformiteitsattest door de respectievelijke aanvragers effectief wordt nageleefd zij er in alle redelijkheid kan vanuit gaan dat de gezondheid van de omwonenden niet in het gedrang kan worden gebracht.

Beoordeling door de Raad

1.

Om ontvankelijk te zijn moet een middel niet enkel een omschrijving van de geschonden geachte regelgeving, stedenbouwkundige voorschriften of beginselen van behoorlijk bestuur bevatten, maar ook van de wijze waarop de regelgeving, voorschriften of beginselen naar het oordeel van de verzoekende partij geschonden worden.

De Raad stelt vast dat de verzoekende partijen niet aangeven hoe en in welke mate de ten uitvoerlegging van de bestreden beslissing een schending inhoudt van artikel 8 EVRM.

Het middel is onontvankelijk in de mate dat de schending wordt ingeroepen van artikel 8 EVRM.

2.

Artikel 23 Grondwet heeft geen rechtstreekse werking met betrekking tot de toetsing van een individueel vergunningsbesluit.

Artikel 1.1.4 VCRO bevat geen verplichtingen maar is een doelstellingartikel, gericht 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 en waarbij de ruimtelijke behoeften van de verschillende maatschappelijke activiteiten gelijktijdig tegen elkaar afgewogen worden. Uit de bestreden beslissing moet blijken dat de vergunningverlenende overheid in de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid aandacht heeft besteed aan de bescherming van de mens en het leefmilieu en dat zij bij het nemen van een beslissing over de aanvraag, een billijk evenwicht in acht heeft genomen tussen de bij de zaak betrokken belangen.

Het behoort tot de taak en de bevoegdheid van het vergunningverlenende bestuursorgaan om overeenkomstig artikel 4.3.1, §2, eerste lid, 1° en 2° VCRO op concrete wijze te onderzoeken of een aanvraag beantwoordt aan de eisen van een goede ruimtelijke ordening, waarbij zij de noodzakelijke of relevante aspecten van de goede ruimtelijke ordening bij haar beoordeling dient te betrekken en de doelstellingen van artikel 1.1.4 VCRO in acht moet nemen. Artikel 4.3.1, §2, 1°

VCRO bepaalt uitdrukkelijk dat bij de beoordeling van de goede ruimtelijke ordening - voor zover noodzakelijk of relevant – het gezondheidsaspect mee in overweging moet worden genomen.

Uit artikel 4.3.1, §2, eerste lid, 2° VCRO volgt dat het vergunningverlenend bestuursorgaan bij de beoordeling van de goede ruimtelijke ordening rekening dient te houden met de in de omgeving bestaande toestand. De 'in de omgeving bestaande toestand' is de voor het dossier 'relevante' in de omgeving bestaande toestand, rekening houdende met de specifieke gegevens van het dossier en met de aandachtspunten en criteria uit artikel 4.3.1, §2, eerste lid, 1° VCRO die, voor zover noodzakelijk of relevant, voor het aangevraagde dienen onderzocht te worden.

De Raad kan zijn beoordeling van de eisen van de goede ruimtelijke ordening niet in de plaats stellen van die van de bevoegde overheid. In de uitoefening van het hem opgedragen wettigheidsstoezicht is hij enkel bevoegd om na te gaan of de administratieve overheid de haar ter zake toegekende appreciatiebevoegdheid naar behoren heeft uitgeoefend, met name of zij is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij deze correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen.

Om te voldoen aan de formele motiveringsplicht dient een vergunningverlenende overheid duidelijk de met de ruimtelijke ordening verband houdende redenen op te geven waarop zij haar beslissing steunt, zodat de belanghebbende met kennis van zaken tegen de beslissing kan opkomen. De opgegeven motieven moeten afdoende zijn. Er kan slechts rekening gehouden worden met de in de bestreden beslissing vermelde motieven.

4.

De verzoekende partijen baseren de ingeroepen schending in de eerste plaats op het argument dat de verwerende partij niet op afdoende wijze het gezondheidsaspect, dat nochtans vervat zit in artikel 4.3.1, §2, 1° VCRO heeft toegepast op de voorliggende situatie.

De verwerende partij stelt in de bestreden beslissing omtrent het gezondheidsaspect onder meer het volgende:

“ ...

Wat de stralings- en gezondheidsaspecten betreft, kan het volgende worden opgemerkt. Het besluit van de Vlaamse Regering van 19 november 2010 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne wat betreft de normering van vast en tijdelijk opgestelde zendantennes voor elektromagnetische golven tussen 10 MHz en 10 GHz, werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 13 januari 2011.

Twee ministeriële besluiten die verdere invulling geven aan deze regeling, werden gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad op 16 februari 2011.

De website, waarmee conformiteitsattesten kunnen worden aangevraagd, is operationeel. Dit besluit van de Vlaamse Regering legt gezondheidsnormen vast die vele malen strenger zijn dan die van de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO). Op die wijze wordt het voorzorgsprincipe volledig gerespecteerd. Alle nieuwe en bestaande installaties moeten aan de normen van dit besluit van de Vlaamse regering voldoen.

De vergunningverlenende overheid kan er dan ook in alle redelijkheid van uitgaan dat het gezondheidsaspect voldoende onder controle is en het verlenen van deze stedenbouwkundige vergunning niet in de weg staat.

Zoals de Raad van State in arresten heeft opgemerkt kan worden aangenomen dat de overheid die bevoegd is inzake ruimtelijke ordening, voor de beoordeling van de risico's van een constructie voor de gezondheid in beginsel kan voortgaan op de beoordeling van

de terzake bevoegde overheid, zoals die haar uitdrukkelijk gevonden heeft in een bij besluit vastgestelde normering.

...

De bepalingen waarop de verwerende partij zich in de bestreden beslissing beroept, bevatten algemene milieukwaliteitsnormen en milieuvoorwaarden waaraan de zendantennes dienen te voldoen.

De exploitatie van een vast opgestelde zendantenne is overeenkomstig artikel 6.10.2.2, §1 van VLAREM II verboden zonder conformiteitsattest. De Raad stelt vast dat uit de stukken van het dossier en uit de bestreden beslissing blijkt dat het aanvraagdossier een conformiteitsattest bevat. De verwerende partij kan er in principe in alle redelijkheid van uitgaan dat het gezondheidsaspect voldoende onder controle is indien de regelgeving inzake straling van VLAREM II wordt nageleefd en er een conformiteitsattest beschikbaar is.

De verzoekende partijen verwijzen in de wederantwoordnota naar een arrest van de Raad van 3 december 2015 met nummer RvVb/A/1516/0325 dat haar standpunt zou ondersteunen. De Raad merkt met de tussenkomen partij evenwel op dat die zaak niet vergelijkbaar is met onderhavige zaak, omdat er in die zaak op het ogenblik van de vergunningsbeslissing nog geen conformiteitsattest werd afgeleverd en de verwerende partij in die zaak vooruitgelopen was op de mogelijke afgifte van een conformiteitsattest zonder een onderzoek *in concreto* te voeren. In onderhavig geval was er op het ogenblik van de beoordeling van de aanvraag wel degelijk een conformiteitsattest voorhanden. De verwerende partij kon dan ook in alle redelijkheid oordelen dat, rekening houdende met het intussen verleende conformiteitsattest, het gezondheidsaspect voldoende onder controle is.

Het middelonderdeel wordt verworpen.

5.

De verzoekende partijen voeren aan dat in de bestreden beslissing geen gewag wordt gemaakt van visuele hinder.

De “visueel-vormelijke elementen” en hinderaspecten worden in artikel 4.3.1, §2, eerste lid VCRO expliciet opgesomd als mogelijke relevante aandachtspunten of criteria. Gelet op het feit dat de verwerende partij met de bestreden beslissing een vakwerkmast met een totale hoogte van 24 meter vergunt, die hoger is dan de in de omgeving gelegen constructies en in het gezichtsveld is gelegen van diverse woningen en hun tuinen, is de hoogte van deze mast een relevant aandachtspunt en komt het aan de verwerende partij toe om op concrete wijze aandacht te besteden aan de visueel-vormelijke elementen van het aangevraagde project en de visuele impact op de omgeving.

De verwerende partij stelt in de bestreden beslissing onder het punt “*beschrijving van de omgeving en de aanvraag*” vast dat “*de vakwerkmast wordt opgericht ten zuiden van de bestaande spoorwegbundel aan de Ottergemsesteenweg, meer bepaald tussen de spoorwegberm en de stadstuinjes van de woonstraat Tussen Bermen*”. Verder in de bestreden beslissing bij de “beoordeling van de goede ruimtelijke ordening” overweegt de verwerende partij dat “*de voorgestelde inplanting bestaanbaar is in de omgeving van de spoorwegbundel. Op deze locatie kan de mast, noodzakelijk voor het functioneren van het spoorverkeer, op voldoende afstand geplaatst worden van de omliggende woningen. De ruimtelijke impact van de constructie is aanvaardbaar.*” De motivering dat “*de ruimtelijke impact aanvaardbaar*” is, is dermate algemeen en vaag geformuleerd dat niet valt af te leiden of de verwerende partij met de visuele impact rekening heeft gehouden dan wel eerder met de gezondheidsrisico’s voor omwonenden, dan wel

met beide aandachtspunten. De tussenkomende partij kan dan ook niet gevolgd worden waar ze stelt dat uit deze motivering in de bestreden beslissing blijkt dat een zorgvuldig onderzoek naar het aandachtspunt van de te verwachten visuele hinder werd gevoerd.

De Raad stelt vast dat de bestreden beslissing geen concrete appreciatie bevat van de visuele impact van de aangevraagde vakwerkmast van 24 meter hoog.

Het middelonderdeel is gegrond.

6.

Tot slot stellen de verzoekende partijen dat de verwerende partij geen afdoend alternatievenonderzoek heeft uitgevoerd.

De verwerende partij kan alleen maar oordelen over de aanvraag zoals deze voorligt. Het is niet de taak van de verwerende partij om alternatieven te onderzoeken of alternatieven voor te stellen voor een aangevraagd ontwerp. De motiveringsverplichting gaat dus niet zover dat de verwerende partij in de bestreden beslissing dient te motiveren waarom er niet gekozen wordt voor een alternatief project.

Geen enkele afdwingbare rechtsregel bepaalt dat de verwerende partij dient te oordelen over de noodzaak van een dergelijk project in de omgeving, noch diende zij eventuele alternatieve inplantingsplaatsen te beoordelen. Het behoort niet tot de taken van de verwerende partij, noch van de Raad, om een alternatieve inplanting of locatie van een zendinstallatie te gaan onderzoeken, ook al menen de verzoekende partijen dat een alternatieve locatie voor hen minder hinder zou meebrengen. Het is ook niet aan de Raad of de verwerende partij om te oordelen dat de tussenkomende partij de antennes ook kon plaatsen op bestaande locaties in de buurt.

Dit middelonderdeel wordt verworpen.

7.

Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

D. Vierde middel

Standpunt van de partijen

1.

De verzoekende partijen voeren de schending aan van artikel 25 en 26 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, van artikel 3 van de Motiveringswet en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het materieel motiveringsbeginsel.

Ze zetten uiteen dat op basis van de zendantennekaart kan vastgesteld worden dat er in de nabijheid van de locatie reeds verschillende antennes aanwezig zijn van andere operatoren, of dat er minstens een technisch dossier voor bestaat. Het is volgens hen dan ook ongeloofwaardig dat de tussenkomende partij geen antennes kon plaatsen bij de andere operatoren die in de onmiddellijk nabijheid een mast hebben staan. Uit het dossier blijkt niet dat zij overeenkomstig artikel 25 van de wet van 13 juni 2005 alles in het werk heeft gesteld om haar antennes op een van deze nabije sites te hangen of op reeds bestaande steunen. Het blijkt immers niet dat andere operatoren voorafgaand werden aangeschreven. Zelfs indien er pogingen zijn ondernomen om de

installaties op een reeds bestaande sites te plaatsen, werden deze pogingen niet vermeld in het dossier zodat er een schending is van de motiveringsplicht.

Volgens de verzoekende partijen diende de verwerende partij de vergunning om deze reden te weigeren wegens een gebrekkige of minstens onvolledige vergunningsaanvraag.

2.

De verwerende partij antwoordt dat geen enkele wetsbepaling de aanvrager verplicht om het bewijs te leveren dat hij alles in het werk gesteld heeft om bestaande steunen te gebruiken voor de antennes. Noch de wetgeving inzake elektronische communicatie noch de stedenbouwwetgeving voorziet dat een aanvraag tot stedenbouwkundige vergunning het bewijs zou moeten bevatten dat de verplichting voortvloeiend uit artikel 25 van de wet van 23 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie werd nageleefd.

Bovendien houden de verzoekende partijen volgens de verwerende partij geen rekening met de door de aanvrager in het aanvraagdossier gestelde gegevens en toelichting dat geen alternatieve inplanting mogelijk is.

3.

De tussenkomende partij voegt nog toe dat geen enkele wettelijke bepaling een verplichting oplegt aan een vergunningverlenende overheid om bij het beoordelen van een aanvraag mogelijke alternatieven te onderzoeken of te motiveren waarom bepaalde aangebrachte alternatieven door belanghebbenden niet zouden worden in acht genomen. De verwerende partij diende geenszins een heroverweging van de beschikbare alternatieven door te voeren, aangezien zulks niet valt binnen de scope van de toets van de goede ruimtelijke ordening. Overigens bevindt zich in het aanvraagdossier overeenkomstig artikel 26 van de Wet op de elektronische communicatie ook een document waaruit blijkt dat intentieverklaringen aangaande de desbetreffende site werden verstuurd naar andere operatoren.

Verder zet de tussenkomende partij de redenen uiteen waarom voor deze aanvraag uit veiligheidsoverwegingen niet aan site-sharing op andere nabijgelegen locaties kan worden gedaan.

Naast de interactie tussen de technologie aan boord van de treinen en de seininstallaties op het spoornet, wordt het GSM-R systeem ook gebruikt voor interpersoonlijke communicatie. De radiocommunicatie tussen het personeel aan boord van de treinen en het grondpersoneel dat instaat voor de verkeersleiding maakt gebruik voor deze technologie. De specificiteit van de GSM-R technologie ligt in het feit dat het volledig onafhankelijk is van klassieke GSM-netwerken. Het biedt de garantie voor een veilig en exclusief communicatienetwerk voor het treinverkeer.

Zoals bij elke nieuwe inplanting voor een GSM-R basisstation wordt gestart met een radiostudie en een plaatsbezoek. Basis voor de radiostudie zijn de dekking en capaciteitsbehoeften. Wat de radiostudie betreft is zeer specifiek voor GSM-R dat er slechts 19 frequenties in het spectrum beschikbaar zijn, hetgeen een bijkomende beperking is in de nabijheid van belangrijke spoorwegknooppunten. In het geval van Gent Tussen Bermen is de belangrijkste toepassing die moet ondersteund worden ETCS Level2. Het is inherent aan de inplanting van de GSM-R zendmasten in het kader van de ECTS level2 technologie dat deze dicht bij de spoorlijn dienen te worden geplaatst, en op een regelmatige afstand van elkaar teneinde een stabiel signaal te kunnen genereren en de dekking te allen tijde te kunnen verzekeren. Omwille van dit veiligheidsaspect is een inplanting van de vakwerkmast op een andere locatie dan ook niet realistisch.

De nieuwe site dient bovendien te worden beveiligd en gemonitord. Een snelle interventie op eigen terrein dient ten allen tijde mogelijk te zijn. Daarenboven dient de nieuwe GSM-R site te worden aangesloten op het glasvezelnetwerk van de tussenkomende partij, een reden te meer om de werken op terrein in haar eigendom uit te voeren.

Tevens wordt de huidige multi operator pyloon van 42 meter aan het station Gent-Sint-Pieters, onder meer omwille van interferentieproblemen en op vraag van de stad Gent die dergelijk hoge pylonen uit het stadsbeeld wil weren, door de tussenkomende partij opgegeven ten voordele van een mono operator pyloon van 12 meter. Het bereik van de 12 meter hoge mono operator pyloon is evenwel minder groot dan die van de huidige 42 meter hoge multi operator pyloon, hetgeen dient te worden gecompenseerd door de nieuwe GSM-R zendmast te Drongen (bovenlijns) en te Gent Tussen Bermen (benedenlijns).

Samengevat stelt de tussenkomende partij dat de keuze voor het oprichten van een GSM-R zendstation te Gent Tussen Bermen het resultaat is van:

- de noodzaak om interferentieproblemen op een belangrijk spoorwegknooppunt veroorzaakt door de zendmasten van private operatoren te corrigeren;
- de vraag van de stad Gent om de multi operator pyloon aan het station Gent-Sint-Pieters te vervangen;
- de noodzaak om voldoende radiocapaciteit te genereren in de zone van een van de belangrijkste treinstations van België in het kader van de verdere beveiliging van het Belgische spoorwegennet door middel van het aanwenden van het nieuwe Europese signalisatiesysteem ETCS.

Op GSM-R zal een beroep gedaan worden voor de stuurpostsignalisatie. Dit betekent dat beschikbaarheid en capaciteit een directe impact zullen hebben op de regelmaat van het treinverkeer. Vandaar dat bij het ontwerp van de bouwaanvraag ook aandacht moet gegeven worden aan toegang tot de op te richten installaties. Concreet betekent dit dat het onaanvaardbaar is dat deze zich op het terrein van derden zouden bevinden, waar onverwachte problemen riskeren op te duiken met betrekking tot de toegang, incidenten met kabels of problemen met voeding.

Ook dient in hoofde van de regelmaat van het treinverkeer en de veiligheid, er te worden op toegezien dat de installaties te allen tijde toegankelijk zijn. Dit zou bijvoorbeeld niet meer het geval kunnen zijn bij een site-sharing met de nabijgelegen zendmast van Belgacom waar de installaties bovendien op privaat terrein gelegen zijn. Een samenwerking met andere operatoren of site-sharing op andere locaties dan de in de bestreden beslissing vergunde is in dit geval uit veiligheidsoverwegingen dan ook uitgesloten.

4.

De verzoekende partijen voegen nog toe in hun wederantwoordnota dat artikel 25, §1 van de wet van 13 juni 2005 een verplichting bevat om alles in het werk te stellen om, in de mate van het mogelijke, de antennes op reeds bestaande steunen te bevestigen, zoals daken van gebouwen, pylonen, gevels, zonder dat deze lijst beperkend is. Deze bepaling geldt specifiek voor antennes. Aangezien het delen van steunen om antennes te bevestigen eveneens is voorzien vanuit stedenbouwkundig oogpunt, dient de vergunningverlenende overheid dit wel te onderzoeken. De overheid moet immers om de goede ruimtelijke ordening te verzekeren de wildgroei aan zendmasten en hoge constructies vermijden.

De tussenkomende partij toont niet aan dat zij alles in het werk heeft gesteld om een andere locatie te vinden. De tussenkomende partij verwijst in haar uiteenzetting naar de Vlaamse Telecomcode, maar aan de bestreden beslissing kan geen bijkomende motivering worden toegevoegd met de uiteenzetting. Bovendien heeft deze code geen enkele juridische waarde.

5.

De verwerende partij voegt in haar laatste nota nog een verwijzing toe naar rechtspraak van de Raad waarbij een gelijkkluidend middel als ongegrond verworpen wordt o.a. nr. RvVb/A/1516/1048 van 3 mei 2016, nr. RvVb/A/1516/0325 van 3 december 2015).

6.

De tussenkommende partij voegt geen nieuwe elementen toe in haar laatste schriftelijke uiteenzetting.

Beoordeling door de Raad

Artikel 25 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, zoals deze gold bij het nemen van de bestreden beslissing, bepaalt:

“§1. Teneinde het milieu, de volksgezondheid, en de openbare veiligheid te beschermen of om stedenbouwkundige of planologische redenen stelt de operator alles in het werk om, in de mate van het mogelijke, zijn antennes op reeds bestaande steunen te bevestigen, zoals daken van gebouwen, pylonen, gevels, zonder dat deze lijst beperkend is.

§2. Een operator die een steun in eigendom heeft, staat op redelijke en niet-discriminerende wijze gedeeld gebruik van de antennesite toe.

De operatoren nemen de nodige maatregelen om de stabiliteit en de hoogte van de pylonen van de antennesites, alsook andere onderdelen van de antennesites die zij bouwen, laten bouwen of wijzigen, geschikt te maken voor gedeeld gebruik met andere operatoren die erom hebben verzocht, behoudens wanneer zulks onmogelijk zou zijn omwille van redenen die door het Instituut erkend worden. Het Instituut kan het gedeeld gebruik verplichten met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel.

In voorkomend geval kan het Instituut de maatregelen opleggen die het nodig acht ter vrijwaring van het algemeen belang en voor een vlot systeem van informatie-uitwisseling inzake sites en hun gedeeld gebruik.

§3. Indien de steun van een antennesite eigendom is van een operator staat deze toe dat een andere operator zijn antenne bevestigt op de betreffende steun. Indien de bijhorende gebouwen eigendom zijn van een operator en de mogelijkheid bieden om de uitrustingen van verschillende operatoren in afzonderlijke lokalen te installeren, staat deze toe dat de verzoekende operator hiervan eveneens gebruik maakt om zijn basisstation te installeren.

§4. De vergoeding voor het gedeeld sitegebruik bestaat uit de globale kosten zijnde de directe verwervingskosten van het terrein alsook de werkelijke bouw- en onderhoudskosten, vermeerderd met een percentage dat gelijk is aan de gewogen gemiddelde kapitaalkosten van de operator die gedeeld sitegebruik verleent. Deze vergoeding wordt voorafgaandelijk door het Instituut goedgekeurd.

De vergoeding wordt over alle operatoren verdeeld naar evenredigheid van hun daadwerkelijk gebruik of reservatie van de antennesite.

Indien het gedeelde sitegebruik verstevigingswerken met zich meebrengt, worden de kosten van die werken gedragen door de operatoren die er de oorzaak van zijn, op basis van een overeenkomst waarvan de bepalingen redelijk, proportioneel en niet-discriminerend zijn.

In geval van onenigheid, kan het Instituut een advies verschaffen betreffende het redelijk, proportioneel en niet-discriminerend karakter van de voorziene overeenkomst.

§5. De operatoren onderhandelen over een overeenkomst inzake gedeeld gebruik van antennesites, waarvan de bepalingen redelijk, proportioneel en niet-discriminerend zijn.

Operatoren kunnen andere operatoren het gedeeld gebruik van een antennesite maar weigeren op grond van redenen welke als behoorlijk gerechtvaardigd door het Instituut worden erkend.

Elke weigering kan door het Instituut worden geëvalueerd op aanvraag van de verzoeker ingediend per aangetekend schrijven binnen de 15 werkdagen vanaf de ontvangst van de weigering.

Het Instituut beschikt over twee maanden te rekenen vanaf de ontvangst van het verzoek, om het ongerechtvaardigde karakter van de weigering te beoordelen. Indien het Instituut zich binnen deze termijn niet uitsprekt, wordt het verzoek geacht terecht te zijn geweigerd.

§6. De bepalingen van de §§ 1 tot 5 gelden tevens voor antennesites waarvan de steun eigendom is van :

1° een persoon die de antennesite ten behoeve van een operator beheert;

2° een persoon waarop de operator rechtstreeks of indirect een overheersende invloed kan uitoefenen;

3° een persoon die een overheersende invloed kan uitoefenen op de operator;

4° een persoon die evenals de operator, onderworpen is aan de overheersende invloed van eenzelfde derde.

De overheersende invloed wordt vermoed wanneer een persoon, rechtstreeks of indirect :

1° de meerderheid van het geplaatste kapitaal van de rechtspersoon bezit;

2° beschikt over de meerderheid van de stemmen die verbonden zijn met de door de rechtspersoon uitgegeven aandelen, of

3° meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de rechtspersoon kan aanwijzen.

§ 7. Indien een antennesite eigendom is van een derde, verzetten de operatoren die deze site exploiteren of gedeeld gebruiken, zich niet tegen een overeenkomst tussen de eigenaar en een operator waardoor deze laatste de mogelijkheid wordt geboden de betreffende site gedeeld te gebruiken.

In de contracten die operatoren afsluiten met de in het eerste lid bedoelde derden, is elke bepaling die tot gevolg zou hebben dat het gedeeld gebruik van de betreffende site aan een of meerdere andere operatoren wordt verboden of bemoeilijkt, met inbegrip van elke bepaling die er op gericht is een wederkerigheidsvoorwaarde op te leggen, in welke vorm ook, nietig.

Artikel 25 van de wet van 13 juni 2005 legt geen verplichtingen op aan de vergunningverlenende bestuursorganen inzake stedenbouwkundige vergunningen. Bovendien stelt artikel 25 dat de operatoren *“in de mate van het mogelijke”* de antennes moeten bevestigen op de bestaande masten en is het dus een inspanningsverbintenis maar geen resultaatsverbintenis.

De verzoekende partijen beweren dat uit niets blijkt dat er pogingen zijn ondernomen om de installaties op reeds bestaande sites te plaatsen.

Zoals reeds gesteld in het voorgaande middel, is het niet de taak van de vergunningverlenende overheid om zelf alternatieven te onderzoeken of alternatieven voor te stellen voor een aangevraagd project, ook al menen de verzoekende partijen dat deze alternatieve locatie voor hen minder hinder zou meebrengen. Het is ook niet aan de Raad of de verwerende partij om te bepalen dat de tussenkommende partij de antennes ook kon plaatsen op bestaande locaties in de buurt. De motiveringsplicht gaat niet zover dat de verwerende partij in de bestreden beslissing diende te motiveren waarom niet zou worden gekozen voor een alternatief project.

2.

Artikel 26 van diezelfde wet, zoals deze gold ten tijde van de bestreden beslissing, luidt als volgt:

“§1 Elke operator brengt minstens een maand voor hij bij de bevoegde overheid een aanvraag voor een stedenbouwkundige vergunning indient voor een bepaalde antennesite of voor een inzake gedeeld gebruik wezenlijk deel van een site, de overige operatoren en het Instituut hiervan op de hoogte.

In voorkomend geval is de eerst bedoelde operator ertoe gehouden om voorafgaandelijk aan het indienen van de bedoelde stedenbouwkundige aanvraag over de technische en financiële voorwaarden van het gedeeld gebruik van betreffende antennesite met de overige operatoren te onderhandelen en een overeenkomst te sluiten volgens de beginselen vastgesteld in artikel 25, § 5.

Na het sluiten van deze overeenkomst dienen de betrokken operatoren bij de bevoegde overheid samen een aanvraag in voor een stedenbouwkundige vergunning.

De overige operatoren maken binnen de maand na de kennisgeving aan de eerst bedoelde operator hun intenties bekend om de betreffende antennesite of het deel van deze site gedeeld te gebruiken.

In voorkomend geval staat de eerste operator het gedeelde gebruik van de site toe op een redelijke en niet-discriminerende wijze. De betreffende stedenbouwkundige aanvraag wordt indien nodig aangepast aan het gedeeld gebruik en ingediend door de operatoren die van de site gebruik zullen maken.

§2. Het Instituut kan na gemotiveerd verzoek van een operator een afwijking toestaan van de in § 1 vermelde termijnen.”

Dit artikel legt de verplichting op aan de aanvrager van de stedenbouwkundige vergunning om een maand voordat de vergunningsaanvraag voor een bepaalde antennesite wordt ingediend, de overige operatoren hiervan op de hoogte te brengen. De overige operatoren maken binnen de maand na de kennisgeving hun intenties bekend om de betreffende antennesite gedeeld te gebruiken.

Waar de verzoekende partijen voorhouden dat uit niets blijkt dat andere operatoren werden aangeschreven, stelt de Raad vast dat uit de stukken van het dossier blijkt dat de tussenkomen partij, dit is de aanvrager van de stedenbouwkundige vergunning, overeenkomstig artikel 26 van bovenvermelde wet andere operatoren, met name BELGACOM MOBILE (PROXIMUS), BASE en MOBISTAR, heeft aangeschreven om hen naar hun intenties te vragen, maar dat deze hierop negatief geantwoord hebben.

Het middel wordt verworpen.

E. Vijfde middel

Standpunt van de partijen

1.

De verzoekende partijen voeren de schending aan van de artikelen 1.1.4, 4.3.1, §1, 1°, b) en §2, 1° en 7.4.4, §1 VCRO, van de artikelen 2 en 3 van de Motiveringswet, van artikel 2 van de wet van 25 juli 1891 houdende herziening der wet van 15 april 1943 op de politie der spoorwegen (hierna: wet van 25 juli 1981) en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het materieel motiveringsbeginsel en het redelijkheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Volgens de verzoekende partijen werd geen zorgvuldig onderzoek gedaan van de aanvraag in het licht van de decretale aandachtspunten, inzonderheid in het licht van het veiligheidsaspect.

Zij zetten uiteen dat artikel 2, lid 1 van de wet van 25 juli 1891 een algemeen verbod bevat om een boom langs een spoorweg te behouden, indien de hoogte van de boom de afstand tussen de voet van de boom en de vrije spoorwegrand overschrijdt. Op deze verbodsbepaling kan geen afwijking worden gegeven. Dit artikel is de vertaling van een evidente redenering, namelijk dat moet worden vermeden dat potentieel schadeverwekkende puntinfrastructuren vlak naast spoorwegen worden getolereerd. Daarom geldt als evidente veiligheidsnorm dat de lengte van zo'n puntinfrastructuur niet hoger mag zijn dan de afstand tussen de inplantingsplaats en de sporen.

Het is volgens de verzoekende partijen onredelijk dat de verwerende partij geen enkel onderzoek naar de veiligheid van de vergunde constructie heeft doorgevoerd. Gelet op de inplanting van de mast van 24 meter hoog tussen de spoorweg en de woningen, is het volgens de verzoekende partijen evident dat het veiligheidsaspect grondig moet worden bestudeerd. De verzoekende partijen stellen vast dat dergelijk onderzoek niet mogelijk is op grond van de ingediende plannen, en ook niet is gevoerd. Het is immers niet duidelijk op welke afstand de mast is ingeplant ten aanzien van de treinsporen. Dit is nochtans een relevant gegeven, zodat het in geval van calamiteit niet uitgesloten is dat de mast in aanraking komt met deze sporen of een daarop rijdende trein.

De verzoekende partijen wijzen er ook op dat niet kan worden aangenomen dat voor een zendpyloon artikel 3, eerst lid van de wet van 25 juli 1891 van toepassing is, krachtens dewelke het zonder instemming van INFRABEL verboden is om op minder dan 2 m 50 van de vrije rand van de spoorweg, gebouwen of werken op te trekken hoger dan tot het peil van de spoorstaven; binnen de bochten van 500 meter of minder straal, wordt die afstand vermeerderd tot 8 meter. Zelfs indien artikel 3 van de wet van 25 juli 1891 van toepassing zou zijn (en niet artikel 2), dan nog moet rekening worden gehouden met artikel 3, tweede lid, van de wet van 25 juli 1981, dat stelt dat het verboden is, zonder schriftelijke toestemming van INFRABEL, "om 't even wat op te hoopen of te stapelen" waarvan de vrije afstand minder bedraagt dan de hoogte ten aanzien van het peil van de spoorstaven. Aan artikel 3, tweede lid, van de wet van 25 juli 1981 ligt eenzelfde veiligheidszorg ten grondslag als aan artikel 2, met name dat bij het omvallen van een hoop of stapel deze niet op de sporen mag terecht komen. Zelfs indien artikel 3 moet worden toegepast, was ook hier een veiligheidsonderzoek nodig op basis van een evolutieve interpretatie van artikel 3, tweede lid.

De verzoekende partijen merken op dat men hiertegen niet kan inbrengen dat artikel 2 van de wet van 25 juli 1891 in wezen een snoeiverplichting oplegt, in die zin dat de bomen steeds op een hoogte moeten worden gehouden die kleiner is dan de afstand van de voet van de boom. Dergelijke interpretatie strookt niet met de letterlijke lezing van dat artikel.

De *ratio legis* van deze bepaling is duidelijk, met name mag de hoogte van de boom de afstand tussen de voet van de boom en de vrije spoorwegrand niet overschrijden. In 1891 was er nog geen sprake van zendmasten, laat staan van zendmasten van 24 meter hoog, maar in het licht van een evolutieve interpretatie en in het licht van de veiligheidsoverwegingen die aan dat artikel ten grondslag liggen, moeten ook zendmasten onder dat verbod vallen.

2.

De verwerende partij antwoordt dat de verzoekende partijen niet in rekening lijken te brengen dat de aanvraag uitgaat van INFRABEL zelf. De aanvraag tot het oprichten van een nieuwe vakwerkmast met twee GSM-R antennes gebeurt in het kader van de uitbreiding van de communicatiemogelijkheden, de verhoging van de veiligheid en de modernisering van het spoorwegnet. Het kan niet ernstig worden betwist dat het aangewezen is een dergelijke mast in de omgeving van de spoorlijnen en spoorinfrastructuur te plaatsen.

Bovendien heeft het algemeen verbod, vervat in de wet van 25 juli 1891 enkel betrekking op de inplanting van bomen en/of andere groenaanplanting. Dit kan helemaal niet gelijkgesteld worden

met de vergunde mast. De stabiliteit van dergelijke constructie is helemaal niet te vergelijken met de inplanting van een boom in de buurt van een spoorweginfrastructuur. De risico's zijn totaal verschillend. Het algemeen verbod heeft enkel betrekking op de aan de spoorweginfrastructuur vreemde constructies en/of aanplantingen, hetgeen niet het geval is met het beoogde communicatiesysteem, dat juist bedoeld is voor de verhoging van de veiligheid en de modernisering van het spoorwegnet.

3.

De tussenkomende partij stelt vooreerst dat de verzoekende partijen geen belang hebben bij het middel. De verzoekende partijen tonen niet aan dat ze in hun rechten of belangen worden geschaad door de oprichting van de nieuwe zendmast in relatie met een mogelijk veiligheidsrisico vanwege de hoogte van 24 meter van de zendmast. Minstens wordt door de verzoekende partijen het aangevoerde veiligheidsrisico niet voldoende waarschijnlijk gemaakt. Het middel is onontvankelijk.

De tussenkomende partij stelt ondergeschikt dat het middel ook ongegrond is. Uit artikel 4.3.1, §2 VCRO blijkt dat de goede ruimtelijke ordening slechts wordt beoordeeld met inachtnaam van de decretale aandachtspunten en criteria, waaronder 'de veiligheid in het algemeen', voor zover noodzakelijk en relevant. De veiligheid, in wezen de stabiliteit, van de constructie van de vakwerkmast wordt beoordeeld en verzekerd door enerzijds de architect die in opdracht van de tussenkomende partij de constructieplannen heeft opgemaakt, en anderzijds de (onder)aannemer(s), waaronder de tussenkomende partij, die allen gehouden zijn tot de tienjarige aansprakelijkheid die gebruikelijk is de bouwindustrie. De tussenkomende partij heeft uiteraard de veiligheid van de vakwerkmast beoordeeld aangezien zij bouwheer is en de bouwaanvraag heeft ingediend.

De tussenkomende partij verwijst tevens naar het voorwaardelijk positief advies van de brandweer van de brandweerzone centrum Gent, die de te vergunnen constructie op haar (brand)veiligheid heeft beoordeeld.

Overigens kan nog worden opgemerkt dat indien het intreden van een 'calamiteit' de stabiliteit van de vakwerkmast zou kunnen ondermijnen waardoor deze op de sporen terecht zou kunnen komen, hetzelfde in wezen ook zou gelden met betrekking tot alle andere nabij de spoorweg aanwezige hogere constructies, zoals bijvoorbeeld de afspaninrichting en de bovenleiding van de treinsporen, die volgens de logica van de verzoekende partijen dan evenmin zouden kunnen worden vergund.

In de bestreden beslissing wordt beslist de vergunning af te leveren onder de voorwaarde dat onder meer het advies van de brandweer wordt nageleefd. Het decretale aandachtspunt veiligheid is dus door de verwerende partij, voor zover noodzakelijk en relevant, afdoende getoetst.

De tussenkomende partij merkt terzijde nog op dat in de bestreden beslissing onder de beoordeling van de goede ruimtelijke ordening een ander aspect inzake de veiligheid van het treinverkeer naar boven wordt gebracht, met name het feit dat de vakwerkmast wordt geplaatst "*in het kader van het verhogen van de veiligheid en de modernisering van het spoorwegennet.*" Het is inherent aan de inplanting van de GSM-R zendmasten in het kader van de ECTS level 2 technologie dat deze dicht bij de spoorlijn dienen te worden geplaatst, en op een regelmatige afstand van elkaar teneinde een stabiel signaal te kunnen genereren en de dekking te allen tijde te kunnen verzekeren.

Ondergeschikt merkt de tussenkomende partij op dat de wet van 25 juli 1891 niet van toepassing is, aangezien deze wet de inplanting van bomen reglementeert, zijnde organisch materiaal waarvan de stabiliteit niet kan vergeleken worden met die van vergunde constructies, zoals onder meer zendmasten, en die geen deel uitmaken van de infrastructuur waarmee de NMBS de goede

werking van de spoorwegen, inclusief de openbare veiligheid verzekert, zoals onder meer haar GSM-R zendstations.

Indien artikel 2 van de voornoemde wet, zoals door de verzoekende partijen wordt geponeerd, niet alleen op bomen van toepassing zou zijn maar ook op constructies (*quod non*) impliceert dit meteen dat bijvoorbeeld ook de pijlers van de bovenleidingen niet vergund zouden kunnen worden. De tussenkommende partij wijst er op dat er in het jaar 1891 enkel stoomtreinen reden en geen elektrisch aangedreven treinen. De door de verzoekende partijen aangewende evolutieve interpretatie van artikel 2 van de wet van 25 juli 1891 is dan ook niet ter zake dienend.

Nog meer ondergeschikt wijst de tussenkommende partij er op dat de wet van 25 juli 1891 in wezen op maat is gesneden van INFRABEL (de tussenkommende partij) zelf, welke in bijna elk artikel wordt vernoemd als zijnde de instantie die al dan niet haar toestemming kan geven met betrekking tot een bij haar aangevraagde afwijking. Het doel van de wet bestaat er uit enerzijds aan INFRABEL de nodige wettelijke basis te geven teneinde de veiligheid op de door haar beheerde terreinen op een efficiënte manier te kunnen verzekeren en anderzijds aan INFRABEL zelf alle ruimte te laten teneinde de veiligheid van de spoorweginfrastructuur dienstig te kunnen organiseren. Indien artikel 2 van de voormelde wet van toepassing zou zijn (*quod certe non*) dan kan de tussenkommende partij in voorkomend geval, gelet op het doel van de wet, steeds in een afwijking voorzien.

4.

De verzoekende partijen voegen in hun wederantwoordnota nog toe dat het feit dat zij vlakbij de zendmast en de spoorlijn wonen, tot gevolg heeft dat zij ook bezorgd zijn over de veiligheid op de spoorwegen. Een ongeval op de naastgelegen spoorlijn, zoals bijvoorbeeld ten gevolge van een omgevallen boom of mast, kan immers grote gevolgen voor hen hebben. Bijgevolg hebben zij belang bij dit middel.

Het is volgens de verzoekende partijen tegenstrijdig dat men geen hoge bomen zou mogen laten groeien naast een spoorlijn, maar wel hoge masten zou mogen plaatsen. Minstens dient de veiligheid van de spoorlijn en het spoorverkeer te worden onderzocht door de vergunningverlenende overheid. Dit is niet gebeurd. De tussenkommende partij kan hierbij ook geen *a posteriori* motivering toevoegen aan de bestreden beslissing.

5.

De verwerende partij stelt in haar laatste nota nog dat het belang van de verzoekende partijen niet is aangetoond en dat een verwijzing naar een mogelijk ongeval op de naastgelegen spoorlijn niet volstaat.

6.

De tussenkommende partij herhaalt in haar laatste schriftelijke uiteenzetting dat in de bestreden beslissing een afdoende toets van de veiligheid werd doorgevoerd. Ondergeschikt dient te worden vastgesteld dat de wet van 25 juli 1891 in deze niet van toepassing is. Nog meer ondergeschikt dient te worden vastgesteld dat de wet van 25 juli 1891 op een teleologische wijze dient te worden geïnterpreteerd in het licht van de hedendaagse noden op het gebied van het verzekeren van de veiligheid van de spoorweginfrastructuur.

Beoordeling door de Raad

1.

De tussenkommende partij betwist de ontvankelijkheid van het middel. Volgens haar tonen de verzoekende partijen op geen enkele wijze aan hoe hun rechten of belangen worden geschaad

door de oprichting van de nieuwe zendmast in relatie met een mogelijk veiligheidsrisico ten gevolge van de hoogte van de zendmast.

De verzoekende partijen hebben in beginsel belang bij een middel indien de vernietiging van de bestreden beslissing op grond van dit middel voor hen een voordeel kan meebrengen, of indien de in het middel aangeklaagde onwettigheid hen heeft benadeeld.

In het middel voeren de verzoekende partijen aan dat de verwerende partij geen zorgvuldig onderzoek heeft gedaan in het licht van het decretale aandachtspunt 'veiligheid' door de hoogte van 24 meter van de zendmast niet in beschouwing te nemen als een veiligheidsrisico in geval deze mast op de sporen of op een rijdende trein terecht zou komen. De verzoekende partijen kunnen gevolgd worden in hun argumentatie dat dit gegeven een invloed heeft op de beoordeling door de verwerende partij van de hinderaspecten en veiligheidsrisico's die de aanvraag kan veroorzaken.

De verzoekende partijen hebben als omwonenden die hinder aanvoeren als gevolg van het bouwen van een nieuwe vakwerkmast van 24 meter derhalve belang bij het aanvoeren van de door hen opgeworpen onregelmatigheid zoals uiteengezet in hun vijfde middel.

De exceptie wordt verworpen.

2.

De verzoekende partijen stellen dat een mast met een hoogte van 24 meter, in geval van calamiteit, een kennelijk veiligheidsprobleem kan opleveren voor zowel het spoorverkeer als voor de omwonenden en dat veiligheid dient beschouwd te worden als een relevant aandachtspunt in de beoordeling van de goede ruimtelijke ordening.

De verzoekende partijen trachten hun stelling te staven door te verwijzen naar artikel 2 van de wet van 25 juli 1891, dat het volgende bepaalt:

“Langs den spoorweg mogen de boomen niet behouden worden op eene grootere hoogte dan den afstand tusschen den voet van den boom en den vrijen rand van den spoorweg. Wanneer echter de spoorweg op eene grondverhooging is aangelegd, wordt die afstand berekend tusschen den voet van den boom en den bovenrand der grondverhooging. In geen geval mogen de bomen zonder schriftelijke toestemming (van Infrabel) op minder dan 6 meter van de vrije rand van de spoorweg worden geplant. Door vrijen rand is te verstaan de bovenrand der ingraving, de onderrand der grondverhooging of eene lijn, getrokken op 1m50 der buitenspoortstaaf, wanneer de spoorweg gelijk ligt met de omliggende gronden, en in de statieën op 1m50 der buitenspoortstaaf van de laatste baan bereden door de treinen of locomotieven. Voor de bepaling van den vrijen rand, zijn als uitgevoerd te beschouwen alle werken voorzien voor den aanleg en voor de bepaalde in dienststelling van een nieuwen spoorweg, of voor de wijziging van een bestaanden spoorweg.”

Samen met de verwerende en de tussenkomende partij stelt de Raad vast dat bovenvermeld artikel enkel betrekking heeft op het aanplanten of behouden van bomen langs een spoorlijn en dus niet van toepassing is op de aangevraagde vakwerkmast.

De verzoekende partijen halen ook artikel 3 van de wet van 25 juli 1891 aan dat als volgt luidt:

“Zonder schriftelijke toestemming (van Infrabel)) is het verboden, op minder dan 2m50 van den vrijen rand van den spoorweg, gebouwen of werken op te trekken hooger dan tot het

peil der spoorstaven. Binnen de bochten van 500 meters of minder straal, wordt die afstand vermeerderd tot 8 meters.

In de gemeenten waar de spoorweg op eene grondverhooging of gelijkgronds is aangelegd, is het den aangrenzenden verboden, (zonder schriftelijke toestemming (van Infrabel)), om 't even wat op te hoopen of te stapelen op eenen minderen afstand van den vrijen rand dan de hoop of stapel hoog is boven het peil der spoorstaven.

In de andere gemeenten is de (schriftelijk toestemming (van Infrabel)) noodzakelijk wanneer de hoogte van den stapel grooter is dan de helft van den afstand tusschen den voet van den stapel, en den vrijen rand van den spoorweg.”

De Raad stelt vast dat bovenvermeld artikel betrekking heeft op de aan de spoorweginfrastructuur vreemde constructies en/of handelingen. De aangevraagde vakwerkmast, inclusief 2 GSM-R antennes ondersteunt de spoorweginfrastructuur en heeft als doel het verhogen van de veiligheid en de modernisering van het spoorwegnet. Deze vakwerkmast kan dus niet beschouwd worden als een aan de spoorweginfrastructuur vreemde constructie, waardoor artikel 3 van de wet van 25 juli 1891 *in casu* geen toepassing vindt.

Bovendien gaat de aanvraag uit van INFRABEL, die zelf een bevoegde instantie is om uitspraak te doen over veiligheidsrisico's van constructies bij spoorlijnen, wat onder meer blijkt uit het feit dat ze als adviesinstantie is aangewezen voor vergunningsaanvragen gelegen op minder dan 20 meter afstand van de vrije rand van spoorlijnen (artikel 1, 11° van het besluit van de Vlaamse regering van 5 juni 2009 tot aanwijzing van de instanties die over een vergunningsaanvraag advies verlenen; thans artikel 35, §7 van het besluit van de Vlaamse regering van 27 november 2015 tot aanwijzing van de instanties die over een vergunningsaanvraag advies verlenen). Mede gelet op de afwezigheid van bezwaren of adviezen die wijzen op mogelijke veiligheidsrisico's, blijkt uit het dossier dat er voor de verwerende partij geen specifieke noodzaak bestaat om de veiligheidsrisico's voor het spoorverkeer verder te onderzoeken bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de aanvraag met een goede ruimtelijke ordening. De verwerende partij heeft dan ook geen onzorgvuldige of onredelijke beoordeling van de veiligheidsaspecten gemaakt.

3.

Het middel wordt verworpen.

BESLISSING VAN DE RAAD VOOR VERGUNNINGSBETWISTINGEN

1. Het verzoek tot tussenkomst van de nv van publiek recht INFRABEL is ontvankelijk.
2. De Raad vernietigt de beslissing van de verwerende partij van 8 mei 2015, waarbij aan de tussenkomende partij de stedenbouwkundige vergunning wordt verleend onder voorwaarden voor het bouwen van een nieuwe vakwerkmast van 24 meter geschikt voor het plaatsen van 2 GSM-R antennes van de NMBS op een perceel gelegen te 9000 Gent, Ottergemsesteenweg zn en met als kadastrale omschrijving afdeling 8, sectie H, nummer(s) 0000 (openbaar domein).
3. De Raad beveelt de verwerende partij een nieuwe beslissing te nemen over de aanvraag van de tussenkomende partij en dit binnen een termijn van vier maanden te rekenen vanaf de dag na de dag van de betekening van dit arrest.
4. De Raad legt de kosten van het beroep, bepaald op 350 euro, ten laste van de verwerende partij.
5. De Raad legt de kosten van de tussenkomst, bepaald op 100 euro, ten laste van de tussenkomende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel in openbare zitting van 20 juni 2017 door de zesde kamer.

De toegevoegd griffier,

De voorzitter van de zesde kamer,

Nina HERRERIA-PASSAGE

Karin DE ROO