

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 208.424 van 26 oktober 2010
in de zaak A. 188.805/X-13.827.**

In zake : de gemeente OVERIJSE
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Bob Martens
 kantoor houdend te 1050 BRUSSEL
 Louizalaan 106
 bij wie woonplaats wordt gekozen
 en
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Els Empereur
 kantoor houdend te 2600 BERCHEM
 Uitbreidingsstraat 2

tegen :

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse
regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Michel van Dievoet
kantoor houdend te 1000 BRUSSEL
Boomstraat 14, bus 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

de n.v. BASE, thans de n.v. KPN GROUP BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Piet Everaert en Günther L'Heureux
kantoor houdend te 1932 SINT-STEVENSWOLUWE
Leuvensesteenweg 369
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 2 juli 2008, strekt tot de
nietigverklaring van het besluit van 29 april 2008 van de gewestelijke
stedenbouwkundige ambtenaar houdende de intrekking van de
stedenbouwkundige vergunning van 25 november 2004 en waarbij aan

de n.v. Base de vergunning wordt verleend voor het bouwen van een hoogspanningscabine te Overijse, langsheen de E411, Leemveldstraat, kadastraal bekend zonder nummer.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 5 januari 2009. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Sofie De Doncker heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De tussenkomende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 september 2010.

Staatsraad Stephan De Taeye heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Kristof Hectors, die loco advocaten Bob Martens en Els Empereur verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Filip van Dievoet, die loco advocaat Michel van Dievoet verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Günther L'Heureux, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Sofie De Doncker heeft een met dit arrest andersluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3. Bij het besluit van 24 juni 2002 van de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar wordt aan de directeur-generaal van de administratie Wegen en Verkeer de stedenbouwkundige vergunning verleend voor het plaatsen van vier zendmasten te Gingelom, E40, Abdijstraat, en twee zendmasten te Overijse, E411, Leemveldstraat.

Tegen deze vergunning dient de verzoekende partij op 28 augustus 2002 een annulatieberoep in bij de Raad van State (zaak A.126.049/X-11.095). Bij 's Raads arresten nr. 189.277 van 5 januari 2009 en nr. 199.332 van 5 januari 2010 verwerpt de Raad van State het voormelde annulatieberoep wegens het niet voorhanden zijn van gegronde middelen.

4. Op 11 mei 2006 (datum van het ontvangstbewijs) dient de n.v. BASE bij de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar een aanvraag in tot het verkrijgen van een stedenbouwkundige vergunning voor het plaatsen van een hoogspanningscabine bij een reeds bestaande, vergunde GSM-pyloon langs de Leemveldstraat.

Het bouwperceel is overeenkomstig de bestemmingsvoorschriften van het bij koninklijk besluit van 7 maart 1977 vastgesteld gewestplan Halle-Vilvoorde-Asse gelegen in natuurgebied. Het is niet gelegen binnen het gebied van een goedgekeurd bijzonder plan van aanleg of gemeentelijk ruimtelijk uitvoeringsplan, of van een vergunde verkaveling.

5. Op 29 juni 2004 brengt de gemeente Overijse het volgende negatief advies over de aanvraag uit:

“(…)

De omgeving van het terrein wordt gekenmerkt door een onaangestast, sterk natuurlijk agrarisch open karakter. De aanvraag brengt de goede ordening van het gebied in het gedrang : een hoogspanningscabine past niet

in de omgeving en brengt het natuurlijk karakter van de omgeving in het gedrang.

(...)

Om bovenvernoemde redenen is het ingediende project planologisch en stedenbouwkundig-architecturaal niet verantwoord.

(...)

De aanvraag is niet in overeenstemming met de geldende stedenbouwkundige voorschriften en brengt de goede ordening van het gebied om bovenvermelde redenen in het gedrang, de aanvraag betreft geen openbare dienst of een gemeenschapsvoorziening en voldoet niet aan artikel 20 van het KB van 28 december 1972, (...)”.

6. Op 17 november 2004 verleent de afdeling Natuur het volgende advies over de aanvraag :

“De inplanting van de kleine hoogspanningscabine is gesitueerd op het bovenste deel van de berm aan een brug over de autosnelweg E411 ter hoogte van de Leemveldstraat, naast een reeds bestaande zendmast met lichtinfrastructuur (vergund op 24 juni 2002). Het perceel, een braakliggend stuk naast een akker, is eigendom van het Vlaamse Gewest (...). De brug is gelegen aan de gewestgrens met Wallonië.

Het perceel is gelegen in natuurgebied van het gewestplan, en in het Vlaams Ecologisch netwerk (VEN). In het VEN is het, behoudens ontheffing, onder meer verboden de vegetatie te wijzigen of het reliëf van de bodem te wijzigen.

Gelet op de geringe natuurwaarde en de aanwezigheid van reeds bestaande infrastructuur in de onmiddellijke omgeving verleent de afdeling Natuur gunstig advies op voorwaarde dat na beëindiging van de werken een houtkant wordt aangeplant langsheen de zijde van naastgelegen akker. De aan te planten zone zal minstens tien meter lang zijn en zal beplant worden met 25 Sleedoorns en 25 Sporken (Vuilboom). De aanplanting zal uitgevoerd worden in het najaar.

Deze voorwaarden dienen integraal te worden overgenomen in de vergunning zodat deze, zoals voorzien in artikel 31 van het besluit van de Vlaamse regering houdende maatregelen ter uitvoering van het gebiedsgericht natuurgebied, kan gelden als ontheffing van bovenvermelde verboden in het VEN”.

7. Bij besluit van 25 november 2004 verleent de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar de gevraagde vergunning.

Tegen deze vergunningsbeslissing dient de verzoekende partij op 31 januari 2005 een annulatieberoep in bij de Raad van State (zaak A.159.634/X-12.191).

8. Op 29 april 2008 besluit de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar tot intrekking van de stedenbouwkundige vergunning van 25 november 2004 en tot toekenning van een nieuwe vergunning.

Dit is het bestreden besluit.

9. Bij 's Raads arrest nr. 189.392 van 12 januari 2009 wordt het onder randnummer 7 vermelde annulatieberoep tegen de vergunning van 25 november 2004 gegrond bevonden wegens de schending van artikel 8, §§ 1 en 2 van het decreet van 18 juli 2003 betreffende het integraal waterbeleid, en wordt deze vergunning vernietigd.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

A. Excepties van onontvankelijkheid van het beroep wegens gemis aan procesbevoegdheid

De aangevoerde excepties

10. De verwerende partij voert de volgende exceptie aan :

“Er moet worden nagegaan of uit het dossier van de verzoekende partij op ondubbelzinnige wijze kan worden vastgesteld dat er conform de artikelen 57, 9° en 193 en van het Gemeentedecreet van 15.07.2005 een beslissing tot het instellen van een beroep tot nietigverklaring is genomen door het college van burgemeester en schepenen tegen de bestreden beslissing van 29.04.2008”.

11. De tussenkomende partij voert de volgende exceptie aan :

“Overeenkomstig artikel 57, 9° en artikel 193 van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005 beslist het college van burgemeester en schepenen tot het optreden in rechte namens de gemeente.

Artikel 51, lid 5 van het Gemeentedecreet stelt dat: ‘Overeenkomstig artikel 104, derde lid, van de Nieuwe Gemeentewet worden alleen de beslissingen opgenomen in de notulen en in het register van de beraadslagingen, en kunnen alleen die beslissingen rechtsgevolgen hebben’.

De verzoekende partij heeft een ‘mandaat’ gevoegd bij haar verzoekschrift tot nietigverklaring (...). Er dient opgemerkt te worden dat

dit stuk niet als ondubbelzinnige beslissing van het college van burgemeester en schepenen kan beschouwd worden.

Dit ‘mandaat’ kan niet het bewijs leveren van een beslissing van het college van burgemeester en schepenen om een procedure tot nietigverklaring in te stellen. Het bewijs van een beslissing van het college van burgemeester en schepenen kan immers enkel geleverd worden middels een voor eensluidend verklaard afschrift uit het notulenboek van de vergaderingen van het college van burgemeester en schepenen (...). Het ‘mandaat’ in casu draagt geen titel. Het is niet duidelijk of deze beslissing afkomstig is uit het notulenboek of het register van beraadslagingen. Nergens staat vermeld dat dit een eenslui(d)end verklaard afschrift uit het notulenboek of het register van beraadslagingen is.

Behoudens bewijs van een beslissing van het college van burgemeester en schepenen, is de vordering tot nietigverklaring onontvankelijk”.

Beoordeling

12. De verzoekende partij heeft bij haar verzoekschrift een door de gemeentesecretaris en de burgemeester ondertekend en voor eensluidend verklaard afschrift gevoegd, waaruit blijkt dat door het college van burgemeester en schepenen op 9 juni 2008 werd beslist om “Meester Martens (...) bij hoogdringendheid aan te stellen om de belangen van de gemeente te verdedigen en meester Martens te verzoeken de schorsing en nietigverklaring van de vergunning in te leiden bij de Raad van State”.

De verzoekende partij legt zodoende een rechtsgeldig bewijs tot in rechte treding voor.

De exceptie is ongegrond.

B. Exceptie van onontvankelijkheid van het beroep wegens gemis aan belang

De aangevoerde exceptie- standpunt van de partijen

13. De verzoekende partij zet in haar verzoekschrift haar belang als volgt uiteen :

“Als gemeente is verzoekende partij belast met de uitvoering en de naleving van de wetten en decreten, zoals ondermeer de regelgeving inzake stedenbouw en ruimtelijke ordening (zie onder meer artikel 123 en 133 van de Nieuwe Gemeentewet) en heeft zij persoonlijk belang bij een beroep inzake een aangelegenheid die het gemeentelijke belang raakt.

In casu treedt verzoekende partij op ter verdediging van haar planologisch en stedenbouwkundig beleid, dat thans door verwerende partij op de helling wordt gezet. Immers verleent verwerende partij een stedenbouwkundige vergunning voor de bouw van een hoogspanningscabine op het grondgebied van verzoekende partij, en dit terwijl het betrokken bestemmingsgebied, zijnde natuurgebied, dergelijke bouw niet eens toelaat (zoals overigens werd vastgesteld in het auditorsverslag van 9 september 2005 in procedure 126.049/X- 11.095 inzake de stedenbouwkundige vergunning van 24 juni 2002 voor het bouwen van een mono-operatorbasisstation op de betreffende site). De plaatsing van de hoogspanningscabine, in navolging van de plaatsing van pylonen, doorkruist eveneens het beleid inzake stedenbouw en ruimtelijke ordening dat verzoekende partij meer in het bijzonder voor dit gebied voerde en dat voor verzoekende partij essentieel is.

Zo uitte verzoekende partij reeds eerder haar voornemen tot de grootst mogelijke bescherming van de bestaande open ruimten. In het door de gemeenteraad goedgekeurde structuurplan (30 maart 1993) vormen de bescherming van de open ruimte en van de eigenheid van het kwaliteitsvol landschap belangrijke peilers. Verzoekende partij wordt overigens gehouden tot het goed beheer van de gemeentelijke zaken, waaronder het beheer van de natuurgebieden op het grondgebied van de gemeente

De plumpe plaatsing van de hoogspanningscabine, tezamen met de eerder aangevraagde zendmasten te midden van prachtige open ruimte, staat dan ook in schril contrast met de belangen van verzoekende partij om het gebied verder optimaal en duurzaam te vrijwaren voor de toekomst. Verzoekende partij verwijst daarbij eveneens naar het ongunstig advies dat zij afleverde tijdens de vergunningsprocedure.

Reeds eerder oordeelde Uw Raad dat een gemeente gerechtigd is om naar de Raad van State te gaan tegen een afgeleverde stedenbouwkundige vergunning voor een installatie die wordt opgericht of uitgebraat op het grondgebied van de gemeente zelf, met als belang het verdedigen van haar beleid inzake ruimtelijke ordening (...). Verzoekende partij adieerde Uw Raad met onderhavige vordering tot nietigverklaring ter vrijwaring van het natuurgebied en de omgeving van de voorgenomen installatie. Verzoekende partij komt daarbij, zoals gezegd, op ter vrijwaring van haar planologisch en stedenbouwkundig beleid (...).

Verzoekende partij beschikt dan ook over het rechtens vereiste eigen, rechtstreeks en actueel belang bij onderhavige procedure, zoals terecht in het Auditorsverslag van 28 maart 2008 in procedure 159.634/X-12.191 (met betrekking tot het verzoek tot vernietiging van verzoekende partij tegen de stedenbouwkundige vergunning van 25 november 2004 voor het bouwen van een hoogspanningscabine op de site)".

14. De tussenkomende partij voert de volgende exceptie aan :

"1. De verzoekende partij voert aan dat zij een persoonlijk belang heeft bij een beroep inzake een aangelegenheid die het gemeentelijk belang zou raken. Daarvoor verwijst de verzoekende partij naar haar opdracht inzake de uitvoering en de naleving van de wetten en decreten, zoals onder meer de regelgeving inzake stedenbouw en ruimtelijke ordening.

De verzoekende partij betoogt verder dat zij optreedt ter verdediging van haar planologisch en stedenbouwkundig beleid, dat door de bestreden beslissing op de helling zou worden gezet.

2. Ten eerste dient opgeworpen te worden dat het opkomen tegen een stedenbouwkundige vergunning geen uitstaans heeft met de taken inzake het uitvoeren en het naleven van de wetten en decreten die door respectievelijk de artikelen 123 en 133 van de Nieuwe Gemeentewet toevertrouwd zijn aan het college van burgemeester en schepenen en aan de burgemeester. Deze taken zijn immers louter uitvoerende taken die aan het college van burgemeester en schepenen en de burgemeester in hun hoedanigheid van uitvoerende organen van de gemeente zijn toevertrouwd.

3. Wat de door de verzoekende partij aangevoerde verdediging van haar planologisch en stedenbouwkundig beleid betreft is het inderdaad zo dat de vrijwaring van haar planologisch en stedenbouwkundig beleid het belang in hoofde van een gemeente kan schragen.

In casu dient echter vastgesteld te worden dat de verzoekende partij zich beperkt tot enkele algemeenheden inzake het door haar aangevoerde planologisch en stedenbouwkundig beleid. De verzoekende partij brengt geen elementen bij die de impact aantonen van de bestreden beslissing op het door de verzoekende partij beoogde beleid. In het arrest nr. 114.707 van 21 januari 2003 inzake de vordering tot schorsing van de verzoekende partij tegen de stedenbouwkundige vergunning dd. 24 juni 2002 heeft Uw Raad, weliswaar met betrekking tot het nadeel als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de vordering tot schorsing, geoordeeld dat wanneer de gemeente meent een nadeel te lijden ten gevolge van de belemmering van zijn beleid, het zulks aannemelijk dient te maken aan de hand van concrete en verifieerbare gegevens. De verzoekende partij laat ook nu na enig concreet en verifieerbaar gegeven met betrekking tot haar beleid aan te voeren.

Zo verwijst de verzoekende partij slechts in algemene termen naar het beleid inzake stedenbouw en ruimtelijke ordening dat zij in het bijzonder voor dit gebied voerde. Dat de verzoekende partij in het verleden voor het betrokken gebied een bepaald beleid gevoerd heeft, is uiteraard thans niet langer relevant. De verzoekende partij geeft trouwens niet aan waaruit dit voorheen gevoerde beleid zou bestaan. Waarschijnlijk verwijst zij hiermee naar de opmaak van het BPA waarmee zij destijds een aanvang heeft genomen (...), doch dat blijkbaar nooit definitief werd aangenomen. Het feit dat dit BPA er nooit gekomen is, lijkt de stelling van de verzoekende partij dan ook eerder tegen te spreken.

Verder verwijst de verzoekende partij naar de belangen van de verzoekende partij om het gebied verder optimaal en duurzaam te vrijwaren voor de toekomst. De feitelijke gegevens van de zaak spreken dit evenwel tegen. Een eventuele vernietiging van de bestreden beslissing zal immers de verzoekende partij niet het beoogde voordeel, met name de optimale en duurzame vrijwaring van het gebied voor de toekomst, opleveren. Ter plaatse staat er immers reeds een vergunde GSM-mast met een hoogte van 25 meter en een bijhorende technische cabine ingeplant. Er valt moeilijk in te zien hoe de plaatsing van een hoogspanningscabine, die door de afdeling Natuur in haar advies van 17 november 2004 als klein werd bestempeld, het beoogde voordeel zou kunnen opleveren, zolang ter plaatse een GSM-mast

van 25 meter hoogte aanwezig is. Daarenboven is de installatie gelegen naast een autosnelweg.

4. De vordering tot nietigverklaring is onontvankelijk wegens het gebrek aan belang in hoofde van de verzoekende partij”.

15. De verzoekende partij verwijst in haar memorie van wederantwoord naar hetgeen zij in haar verzoekschrift inzake haar belang heeft uiteengezet.

Beoordeling

16. Een gemeente heeft belang bij de verdediging van haar beleid inzake stedenbouw en ruimtelijke ordening. Uit het door haar op 29 juni 2004 verstrekte negatief advies over de aanvraag, blijkt dat de gemeente Overijse het behoud van het natuurlijk karakter van de omgeving beoogt. De gemeente ontleent in haar verzoekschrift haar belang onder meer aan de verdediging van dit door haar gevoerde ruimtelijke ordeningsbeleid, waarbij zij uitdrukkelijk naar het door haar verstrekte negatief advies verwijst. Dit belang volstaat voor het instellen van een beroep tot nietigverklaring tegen het bestreden besluit. Het feit dat op het betrokken perceel reeds andere vergunde werken zijn uitgevoerd en dat de kwestieuze installatie gelegen is naast een autosnelweg, doet aan het voormelde geen afbreuk.

De exceptie is ongegrond.

V. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Uiteenzetting van het middel – standpunt van de partijen

17. De verzoekende partij roept in een eerste middel de schending in van “artikel 20 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen, de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van de algemene

beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder de motiveringsplicht, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel” :

“Doordat de Gewestelijke Stedenbouwkundige Ambtenaar met betrekking tot de hoogspanningscabine te Overijse oordeelt dat: ‘Een hoogspanningscabine wordt eveneens beschouwd als een werk van algemeen belang en zou aansluiten bij de reeds geplaatste constructie.’;

Terwijl, artikel 20 van het K.B. van 28 december 1972 volgens de Omzendbrief van 8 juli 1997 betreffende de inrichting en de toepassing van ontwerp-gewestplannen en gewestplannen een uitzonderingsbepaling is dat slechts kan worden toegepast in uitzonderlijke omstandigheden

En terwijl, artikel 20 van het K.B. dd. 28 december 1972 in de eerste plaats slechts geldt voor bouwwerken voor openbare diensten en gemeenschapsvoorzieningen; Dat met de loutere opmerking dat: een ‘hoogspanningscabine wordt eveneens beschouwd als een werk van algemeen belang en zou aansluiten bij de reeds geplaatste constructie.’ geenszins wordt aangetoond dat het hier gaat om een openbare dien(s)t en/of gemeenschapsvoorziening en dit in het bijzonder nu blijkt dat de hoogspanningscabine uitsluitend gericht is op de gebruikers van de diensten van Base;

En terwijl, daarnaast moet worden aangetoond dat er een dringende en absolute noodzaak bestaat en dat er niet kan worden gewacht op een procedure van inherzieningstelling van het gewestplan of het opstellen van een gemeentelijk plan;

Dat het bestreden besluit geen motieven bevat waaruit blijkt dat de bouw van de hoogspanningscabine in natuurgebied dringend en absoluut noodzakelijk is; Dat dit evenmin blijkt uit het administratief dossier;

Zodat de bestreden beslissing door niet aan te tonen dat de bouw van openbare diensten en/of gemeenschapsvoorzieningen in natuurgebied en buffergebied dringend en absoluut noodzakelijk is, de in het eerste middel aangehaalde wettelijke bepalingen en rechtsbeginselen schendt

TOELICHTING

In casu werd een stedenbouwkundige aanvraag ingediend voor de bouw van een hoogspanningscabine te Overijse, gelegen in natuurgebied.

De Gewestelijke Stedenbouwkundige Ambtenaar verleent de vergunning op grond van de volgende overweging: ‘de gevraagde installatie is strikt genomen strijdig met deze bestemming. Artikel 20 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen luidt evenwel: ‘Bouwwerken voor openbare diensten en gemeenschapsvoorzieningen kunnen ook buiten de daarvoor speciaal bestemde gebieden worden toegestaan voor zover ze verenigbaar zijn met de algemene bestemming en met het architectonisch karakter van het betrokken gebied. De op 24 juni 2002 vergunde en deels opgerichte constructie (één van de 4 vergunde mono-operatorbasisstations, zijnde een zendmast, gecombineerd met verlichtingsfunctie en technische kast) was aanvaardbaar op deze plaats, gelet op de functie van algemeen belang, de beperkte grondinname en de inplantingsplaats tussen bestaande bodem en struiken. Bovendien stelde de afdeling Natuur toen in haar advies dat het perceel slechts een geringe

natuurwaarde heeft. Een bijkomende hoogspanningscabine zou ingeplant worden naast de bestaande technische installatie en derhalve ook deels omgeven zijn door bestaande bomen. Een hoogspanningscabine wordt eveneens beschouwd als werk van algemeen belang en zou aansluiten bij de reeds geplaatste constructie.'

De Gewestelijke Stedenbouwkundige Ambtenaar maakt met andere woorden toepassing van artikel 20 van het K.B. van 28 december 1972 teneinde de bouw de hoogspanningscabine in natuurgebied te rechtvaardigen

Volgens de Omzendbrief van 8 juli 1997 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en gewestplannen, zoals gewijzigd door de Omzendbrief van 25 januari 2002 en van 25 oktober 2002, is artikel 20 van het K.B. van 28 december 1972 nochtans een uitzonderingsbepaling, die slechts in uitzonderlijke omstandigheden kan worden toegepast. De Omzendbrief van 8 juli 1997 die, naar eigen zeggen een belangrijke leidraad biedt bij de interpretatie en de toepassing van de diverse planologische voorschriften, kan niet los worden gezien van de artikelen die de bestemmingsvoorschriften van de verschillende bestemmingsgebieden.

Om toepassing te kunnen maken van artikel 20 van het K.B. van 28 december 1972 dienen er drie voorwaarden te zijn voldaan, die erg strikt moeten worden geïnterpreteerd. Ten eerste moet worden aangetoond dat het gaat om een gemeenschapsvoorziening of een openbare nutsvoorziening, verder moet worden aangetoond dat er een dringende en absolute noodzaak bestaat en tot slot moet worden aangetoond dat de werken van algemeen belang verenigbaar zijn met de algemene bestemming en met het architectonisch karakter van het gebied.

In casu blijkt noch uit het bestreden besluit, noch uit het administratief dossier dat aan deze voorwaarden werd voldaan.

Artikel 20 van het K.B. dd. 28 december 1972 is verder slechts van toepassing (...) op openbare diensten en gemeenschapsvoorzieningen. In het bestreden besluit wordt geenszins aangetoond dat de voorziene hoogspanningscabine in casu daadwerkelijk een openbare dienst of een gemeenschapsvoorziening betreft. De Gewestelijke Stedenbouwkundige Ambtenaar merkt slechts op 'Een hoogspanningscabine wordt eveneens beschouwd als een werk van algemeen belang en zou aansluiten bij de reeds geplaatste constructie'.

In het arrest VZW De Leiesnelvaarders Gent heeft de Raad van State bepaald dat gemeenschapsvoorzieningen op de bevordering van het algemeen belang gericht zijn: 'In zover geen winstbejag wordt nagestreefd en de voorzieningen werkelijk ten dienste staan van de gemeenschap (...).

Het criterium van afwezigheid van winstbejag werd bevestigd in het arrest Funken (...). De vergunningverlenende overheid dient aldus na te gaan welk doel de vergunningaanvrager nastreeft. Dit werd expliciet bevestigd in het arrest Lauriola, waarbij de Raad van State heeft geoordeeld dat een manege slechts als een gemeenschapsvoorziening kan worden aanzien, wanneer de uitbater geen winstbejag op het oog heeft.

In casu hield de Gewestelijke Stedenbouwkundige Ambtenaar geen rekening met het gegeven dat de operator van de hoogspanningscabine die behoort bij de reeds geplaatste zendmast, winstbejag op het oog heeft.

Nochtans blijkt uit het administratief dossier dat de stedenbouwkundige aanvraag uitgaat van de NV Base, een privaatrechtelijke onderneming, die per definitie uit is op winstbejag. Daarenboven worden de hoogspanningscabine en de zendmast uitsluitend voor de belangen van de NV Base aangewend. De NV Base wil haar gebruikers zo goed mogelijk ten dienste staan met als doel nog meer gebruikers te kunnen aantrekken en aldus nog meer winst te kunnen maken. Hieruit blijkt dat de verwezenlijking van winst het hoofddoel is van de aangeboden voorziening. In het bestreden besluit wordt dit laatste overigens niet weerlegd, wat nochtans vereist is overeenkomstig de Wet Motivering Bestuurshandelingen. In het geval het winstbejag het hoofddoel uitmaakt of minstens primeert op het algemeen belang, kan er geen sprake zijn van een gemeenschapsvoorziening.

Uit de rechtspraak van Uw Raad kan verder worden afgeleid dat enkel van een gemeenschapsvoorziening in de zin van artikel 20 van het K.B. van 28 december 1972 sprake kan zijn indien niet kan worden betwist dat de betrokken bouwwerken het algemeen belang bevorderen en werkelijk ten dienste staan van de gemeenschap, met name door hun toegankelijkheid voor allen. Als gekende voorbeelden van gemeenschapsvoorzieningen wordt vaak verwezen naar de directe dienstverlening aan de gehele bevolking bij onderwijs, gezondheidszorg, cultuur, sport, e.a. of wegen (...).

De commerciële uitbating van de hoogspanningscabine strookt niet met de gevestigde rechtspraak van Uw Raad, noch met de Ministeriële Omzendbrief van 8 juli 1997 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen. Uw Raad neemt terecht aan dat het criterium van afwezigheid van winstbejag dient te worden aangetoond, alvorens er sprake kan zijn van een gemeenschapsvoorziening of een openbare nutsvoorziening.

Deze rechtspraak is in overeenstemming met de Ministeriële Omzendbrief van 8 juli 1997 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen die 'gemeenschapsvoorzieningen en openbare nutsvoorzieningen' als volgt definieert:

'Onder 'gemeenschapsvoorzieningen en openbare nutsvoorzieningen' dient te worden begrepen voorzieningen die gericht zijn op de bevordering van het algemeen belang en die ten dienste van de gemeenschap worden gesteld. De idee van dienstverlening (verzorgende sector) aan de gemeenschap is derhalve rechtstreeks aanwezig.

Daarbij is het irrelevant of deze voorzieningen worden opgericht en uitgebaat door een overheid dan wel door een privé-instelling of -persoon, in zoverre althans de exploitant van de inrichting geen winstbejag nastreeft en de voorzieningen werkelijk ten dienste staan van de gemeenschap.

Zo oordeelde de Raad van State reeds meermaals dat sportinfrastructuur een gemeenschapsvoorziening kan zijn als bedoeld in artikel 17.6.2. zelfs indien zij door een particulier wordt uitgebaat. In dat geval mag de exploitant wel geen winstbejag nastreven. Ook constructies bestemd voor een manège en ruitersclub kunnen worden

beschouwd als gemeenschaps- en openbare nutsvoorzieningen, onder dezelfde voorwaarde dat de exploitant ervan geen winstbejag nastreeft.

Als gemeenschapsvoorzieningen en openbare nutsvoorzieningen kunnen eveneens worden beschouwd een school, een voor het publiek toegankelijke toegangsweg tot een vergund gebouwencomplex in een gebied voor gemeenschapsvoorzieningen en openbare nutsvoorzieningen en neveninrichtingen naast een autosnelweg.

Alhoewel in een gebied voor gemeenschapsvoorzieningen en openbare nutsvoorzieningen in principe geen gebouwen met een woonfunctie zijn toegelaten, heeft de Raad van State bovendien niettemin geoordeeld dat service-flats voor bejaarden kunnen worden vergund in dergelijk gebied. Ook een nomadenkamp werd door de Raad van State beschouwd als een 'gemeenschapsvoorziening en openbare nutsvoorziening'.

Voor zover zou worden verwezen naar de Ministeriële Omzendbrief die de 'telegraaf' en 'telefoon' opneemt als inrichtingen die in de zones voor 'openbaar nut en gemeenschapsuitrusting kunnen aanvaard worden', moet enerzijds worden gesteld dat deze slechts kunnen worden aanvaard, wat geenszins een algemene regel inhoudt met betrekking tot de aanvaarding in alle omstandigheden van deze inrichtingen. Anderzijds blijkt duidelijk dat deze verwijzing is gericht op de gewone telefonie (waarbij ondergrondse bekabeling wordt gebruikt). Nog steeds moet worden voldaan aan de voorwaarden van artikel 20 van het K.B. van 28 december 1972.

In het voorliggend geval blijkt duidelijk dat in hoofde van de vergunningaanvrager winstbejag bestaat bij de voorziene plaatsing van de hoogspanningscabine. De hoogspanningscabine wordt geheel ten dienste van Base geplaatst en heeft als uitsluitend doel de GSM-gebruikers die abonnee zijn bij Base beter te kunnen bedienen. Dit betekent ook dat het algemeen belang er niet beter door wordt bediend.

Er moet bovendien worden geoordeeld dat de hoogspanningscabine niet ten dienste staat van het algemeen belang, minstens wordt dit niet aangetoond in het bestreden besluit. Zo de plaatsing van een hoogspanningscabine die behoort bij zendmasten, een taak van algemeen belang zou uitmaken, zou de vergunningsaanvraag immers worden ingediend door de overheid. De voorziene infrastructuur staat enkel ten dienste van GSM-gebruikers op de nabijgelegen E411 en in de onmiddellijke omgeving en dan nog slechts voor die GSM-gebruikers die aangesloten zijn op het netwerk van de NV Base. Alle andere GSM-operatoren hebben immers laten weten dat zij geen interesse hebben in de betrokken infrastructuur te Overijse (...). Het bestreden besluit bevat geen enkele motivatie aangaande het algemeen belang. Bovendien bestaat niet het vermoeden van algemeen belang, zodat noch de vergunningaanvrager, noch de vergunningverlenende overheid er zonder meer vanuit konden gaan dat de vergunningsaanvraag een project betrof van algemeen belang met afwezigheid van enig winstoogmerk. Zulks zou minstens in het bestreden besluit expliciet moeten zijn aangetoond, wat in het voorliggend geval niet gebeurde.

Anders gezegd, de betrokken GSM-infrastructuur staat uitsluitend ten dienste (van) GSM-gebruikers die aangesloten zijn op het netwerk van de

NV Base en dan nog enkel met betrekking tot de nabijgelegen E411 en de onmiddellijke omgeving. Bovendien zet het mogelijk schadelijk karakter van GSM-infrastructuur ook het ‘algemeen belang’ karakter van dergelijke infrastructuur op de helling. Er is overigens geen enkele vorm van administratief toezicht mogelijk op de beslissingen van de GSM-operatoren, terwijl die wetgeving precies dient om het algemeen belang te beschermen. De gevraagde installatie, net als de vergunde zendmasten, kunnen derhalve geenszins worden aanzien als ten dienste van het ‘algemeen belang’, zodat niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 20 van het K.B. van 28 december 1972.

De bouw van de hoogspanningscabine kan overigens evenmin aanzien worden als een openbare dienst. Het begrip ‘openbare dienst’, dat nader omschreven is in het administratief recht, is een dienst door de overheid opgericht en geleid om te voorzien in één of meer collectieve behoeften (...). In casu is er, zoals reeds aangehaald, geen sprake van collectieve behoeften, maar wordt er weliswaar tegemoetgekomen aan enkele individuele behoeften. Bovendien gaat de dienst niet uit van een publiekrechtelijk persoon, doch wel van een privaatrechtelijk rechtspersoon.

Er kan trouwens niet rechtsgeldig worden verwezen naar het Besluit van de Vlaamse Regering van 5 mei 2000 tot aanwijzing van de werken, handelingen of wijzigingen van algemeen belang en tot regeling van het vooroverleg met de Vlaamse Bouwmeester dat draadloze, communicatienetwerken, met inbegrip van de bijhorende infrastructuur, zoals pylonen en masten, aanziet als kleine werken, handelingen en wijzigingen van algemeen belang. Immers werd dit Besluit ter uitvoering genomen van artikel 103, § 1, lid 1-4 en artikel 127 DRO. Voormelde bepalingen voorzien afwijkingen ten opzichte van een ruimtelijk uitvoeringsplan en gelden aldus voor zover een ruimtelijk uitvoeringsplan reeds werd goedgekeurd, wat in casu niet het geval is.

Ten overvloede moet worden gesteld dat het evenmin gaat om ‘technische werken’, zoals de NV Base aangeeft in haar vergunningsaanvraag dd. 11 mei 2004. Daarbij verwijst de NV Base naar het KB (lees het Besluit van de Vlaamse regering) van 4 november 1997 tot vaststelling van de samenstelling van het dossier voor de aanvraag om een bouwvergunning. Zelfs als het voorwerp zou moeten worden ingedeeld bij de categorie ‘technische werken’, waarvoor het Besluit van 4 november 1997 een bijzondere dossiersamenstelling voor de vergunningsaanvraag voorschrijft, dan nog moet worden besloten dat de vaststelling dat het zou gaan om technische werken het al dan niet ‘algemeen belang’ karakter van de installatie beïnvloedt.

Besluitend, kan aldus worden gesteld dat geen toepassing kon worden gemaakt van artikel 20 van het K.B. dd. 28 december 1972, nu de Gewestelijke Stedenbouwkundige Ambtenaar in gebreke is gebleven op een afdoende wijze aan te tonen dat het in casu gaat om een openbare dienst of een gemeenschapsvoorziening.

Een andere voorwaarde voor de toepassing van artikel 20 is dat er een dringende en absolute noodzaak bestaat en dat er niet kan worden gewacht op een procedure van inherzieningstelling van het gewestplan of het opstellen van een gemeentelijk plan. Op die manier kon men immers een

gebied voor gemeenschapsvoorzieningen - in de mate dat het hier zou gaan om een gemeenschapsvoorziening of een werk in het kader van het algemeen belang, quod certe non - voorzien.

Ook hier schendt het bestreden besluit artikel 20 van het K.B. van 28 december 1972, de Motiveringswet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het motiveringsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Immers bevat het bestreden besluit geen enkel motivering omtrent de dringende en absolute noodzaak om de hoogspanningscabine voor de NV Base te plaatsen in natuurgebied. Noch kan enige motivering ter zake worden teruggevonden in het administratief dossier. Evenmin is onderzoek gevoerd naar mogelijke alternatieve inplantingen in de buurt.

Nochtans dient het bestreden besluit, teneinde toepassing te kunnen maken van artikel 20 van het K.B. dd. 28 december 1972, uitdrukkelijk aan te geven waarom de voorziening op die plaats noodzakelijk is én waarom het in casu zou gaan om een dringende en absolute noodzakelijkheid (...). Ook hier moet worden geoordeeld dat er geen vermoeden bestaat dat er een dringende en absolute noodzaak voor handen is om de hoogspanningscabine te plaatsen in het natuurgebied en dat niet kon worden gewacht op een bestemmingswijziging. Tot slot, moet worden vastgesteld dat het bestreden besluit niet aantoonde dat de werken van algemeen belang verenigbaar zijn met de algemene bestemming en met het architectonisch karakter van het gebied. Algemeen wordt aangenomen dat de beoordeling of een bouwwerk waarvan de aard strijdig is met de bestemmingsvoorschriften verenigbaar is met de algemene bestemming en het architectonisch karakter van het gebied, beperkend moet worden geïnterpreteerd, op het gevaar af om te grote afbreuk te doen aan de algemene bestemming van het betrokken gebied (...).

In het voorliggend geval valt niet in te zien hoe de oprichting van een hoogspanningscabine, behorend bij zendmasten en andere GSM-installaties, thuis zou horen in een natuurgebied. Dergelijke werken zijn niet verenigbaar met de algemene bestemming en het architectonisch karakter van natuurgebieden. Het gaat om twee functies die uit hun aard tegenstrijdig zijn en het uitzicht van een hoogspanningscabine is in elk geval niet verenigbaar met de omgeving in een natuurgebied. Hieraan wordt overigens geen afbreuk gedaan door de vaststelling dat zich in de buurt een autosnelweg of verlichtingselementen bevinden (...).

Dit wordt des te meer onderstreept door de vaststelling dat het betrokken terrein aan de Leemveldstraat is ingedeeld in het Vlaams Ecologisch Netwerk, die als bijzonder waardevol worden ingekleurd.

Verzoekende partij verwijst hierbij eveneens naar het tweede middel van onderhavig verzoekschrift, waar het ontbreken van de verenigbaarheid met de algemene bestemming en het architectonisch karakter van het gebied uitvoerig wordt toegelicht.

Het feit dat hieraan in het bestreden besluit is verzuimd, schendt dan ook manifest de ingeroepen wettelijke bepalingen en rechtsbeginselen.

Het eerste middel is dan ook ernstig”.

18. De verwerende partij repliceert in haar memorie van antwoord wat volgt :

“Het standpunt van de verzoekende partij kan niet worden bijgetreden.

1. De gewestelijk stedenbouwkundig ambtenaar onderzoekt in de bestreden beslissing of de aanvraag voor een stedenbouwkundige vergunning in overeenstemming is met de geldende wettelijke en reglementaire bepalingen, en of de beoogde werken en handelingen de behoorlijke aanleg van de plaats niet in het gedrang brengt, en of aan de eisen gesteld ter waarborging van de goede aanleg is tegemoetgekomen.

‘(...)

Overwegende dat de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen bepalen dat elke eenzijdige rechtshandeling met individuele strekking die uitgaat van een bestuur en die beoogt rechtsgevolgen te hebben voor één of meer bestuursdelen of voor een ander bestuur, in de akte de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan die beslissing ten grondslag liggen, en dat deze afdoende moeten zijn; dat hieruit volgt dat enkel met de in het bestreden besluit zelf vermelde redengeving rekening kan worden gehouden; dat deze motivering des te concreter en preciezer moet zijn wanneer het besluit een voorafgaand -ook al is het niet bindend- ongunstig advies dat op duidelijke en concrete elementen is gesteund, niet bijtreedt;’

(...)

2. Buiten de daarvoor speciaal bestemde gebieden

In de bestreden beslissing wordt vastgesteld dat het betrokken perceel volgens de bestemmingsvoorschriften van het gewestplan Halle-Vilvoorde-Asse (vastgesteld bij KB van 07.07.1977) gelegen is in natuurgebied en in het VEN.

Voor de inplantingsplaats geldt tevens de bestemming van erfdienstbaarheidgebied bij de bestaande autosnelweg (de E411). Er bestaat geen goedgekeurd algemeen- of bijzonder plan van aanleg voor het gebied waarin de aanvraag gelegen is. De aanvraag is niet gelegen binnen een vergunde verkaveling.

Gelet op het feit dat natuurgebieden bestemd zijn voor het behoud, de bescherming en het herstel van het natuurlijk milieu en het feit dat het in het VEN verboden is om de vegetatie of het reliëf van de bodem te wijzigen, erkent de gewestelijke stedenbouwkundig ambtenaar dat ‘(...) de gevraagde installatie () strikt genomen strijdig (is) met deze bepaling’.

Niettemin wordt in de bestreden beslissing uitdrukkelijk beroep gedaan op artikel 20 van het KB van 28.12.1972 dat bepaalt dat ‘bouwwerken voor openbare diensten en gemeenschapsvoorzieningen () ook buiten de daarvoor speciaal bestemde gebieden (kunnen) worden toegestaan voor zover 2^e verenigbaar zijn met de algemene bestemming en met het architectonisch karakter van het betrokken gebied’.

In de bestreden beslissing wordt de toepassing van artikel 20 van het KB van 28.12.1972 wel degelijk onderzocht en beoordeeld.

a contrario: (...)

3. Bouwwerken van openbare diensten en gemeenschapsvoorzieningen

In tegenstelling tot het advies van de verzoekende partij van 29.06.2004, wordt in de bestreden beslissing van 29.04.2008 uitdrukkelijk bepaald dat

de hoogspanningscabine — naast de reeds vergunde zendmast bij besluit van 24.06.2002 — wel degelijk aanzien dient te worden ‘(...) als (een) werk van algemeen belang’.

Niettegenstaande het feit dat de markt van mobiele telefonie geprivatiseerd is, worden de zendmasten voor mobiele telefonie (en de daarbij horende technische installaties) aanzien als voorzieningen die gericht zijn op het bevorderen van het algemeen belang en die ten dienste worden gesteld van de gemeenschap.

Als gevolg van de liberalisering van de mobiele telefonie (het wettelijk monopolie van de publiekrechtelijk vennootschap Belgacom tot het uitbaten van mobiele telefoondiensten werd afgeschaft met de wet van 12.12.1994 tot wijziging van de wet van 21.03.1991 houdende hervorming van bepaalde economische overheidsondernemingen en van het KB van 19.08.1992 betreffende de goedkeuring van het eerste beheerscontract van de Regie voor Telegrafie en Telefonie), worden in een bestek aan alle operatoren van mobilfoonnetten bepaalde verplichtingen opgelegd, onder meer inzake dekking van het nationale grondgebied (cf. lastenboek vervat in Hoofdstuk I van het KB van 07.03.1995, opgesteld op basis van artikel 89, §1 van de Wet van 21.03.1991 houdende hervorming van bepaalde economische overheidsondernemingen).

Het niet behalen van een voldoende dekkingsgraad kan ernstige gevolgen hebben voor de operatoren. Bij het niet respecteren van de voorgeschreven voorwaarden door de operatoren kan de Ministerraad op elk ogenblik de vergunning schorsen of intrekken (artikel 19, §1 van het KB van 07.03.1995).

Het verslag aan de Koning dat het KB van 07.03.1995 betreffende het opzetten en exploiteren van GSM-mobilfoonnetten voorafgaat (B.S. 08.04.1995), bevestigt meermaals dat de mobiele telefonie een openbare dienst is.

‘(...)

Overwegende dat de mobilofonie tot de openbare dienst behoort, heeft de wetgever een 2bis aan artikel 89 van dezelfde wet toegevoegd. In die nieuwe bepaling staat onder meer geschreven dat de Koning, bij een in Ministerraad overlegd koninklijk besluit, op voorstel van de Minister, na advies van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (B.I.P.T), het bestek van openbare dienst opstelt met betrekking tot de mobilofonie, alsook de procedure inzake de toekenning van elke vergunning.

Het doel van het koninklijk besluit dat aan U wordt voorgesteld, bestaat er net in het bestek van openbare dienst op te stellen, op basis van artikel 10 van de wet van 12 december 1994 tot invoering van een artikel 89, 2bis in de wet van 21 maart 1991, dat toepasselijk is op de operatoren van mobilfoonnetten die gebaseerd zijn op de digitale Paneuropese GSM-norm, alsmede de procedure inzake de toekenning van de vergunning om een tweede GSM-net te exploiteren. (...)

(...)

Die criteria moeten het mogelijk maken aan de gebruikers een goed presterende dienst te garanderen rekening houdend met het feit dat de mobilofonie moet worden beschouwd als een openbare dienst en dat

de concurrentie beperkt zal blijven tot een duopolistische situatie.

(...)

(...)

Artikel 5 legt het tijdschema op voor de bedekking van het nationale grondgebied door het netwerk van de operator: dat tijdschema houdt rekening met zowel de complexiteit die inherent is aan de ontplooiing van zo'n netwerk als met de vereisten inzake openbare dienst die verbonden zijn aan de exploitatie van een mobilofoon dienst. (...)'

(...)

De Omzendbrief van 08.07.1997 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en gewestplannen (B.S. 23.08.1997) bepaalt in artikel 17.6.2., punt 1 dat onder gemeenschapsvoorzieningen en openbare nutsvoorzieningen begrepen dient te worden '(...) voorzieningen die gericht zijn op de bevordering van het algemeen belang en die ten dienste van de gemeenschap worden gesteld'. In artikel 17.6.2., punt 2, b) worden de telegraaf en telefoon als voorbeelden vermeld.

Tal van verschillende reglementaire besluiten kennen een functie van algemeen belang toe aan (mobiele) telecommunicatie. Zie ook bijvoorbeeld:

- het verslag aan de Koning voorafgaand aan het KB van 07.05.1999 betreffende het bestek van toepassing op de exploitatie van mobiele persoonlijke satellietcommunicatiediensten (B.S. 17.09.1999) waarin o.a. gesteld wordt dat '(..) het koninklijk besluit dat U wordt voorgelegd () tot doel [heeft] het bestek voor de openbare dienst van mobiele persoonlijke satellietcommunicatiediensten op te stellen op grond van artikel 89, §§ 1 en 2, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, vervangen door artikel 35 van de wet van 19 december 1997, en artikel 92ter van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven ingevoegd door artikel 41 van de wet van 19 december 1997 (...)'. (...)

- het verslag aan de Koning voorafgaand aan het KB van 24.10.1997 betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS-1800-mobilofonienetten (B.S. 05.12.1997) waarin o.a. gesteld wordt dat '(...) artikel 4 () de doelstellingen omschrijft inzake kwaliteit en beschikbaarheid van de dienst waaraan de operator moet beantwoorden, met name wat betreft de dimensionering van het net en het opheffen van storingen: deze doelstellingen zijn gelijkaardig aan degene die werden opgelegd aan de GSM-operatoren in het koninklijk besluit van 7 maart 1995.

Deze criteria die als handelsreglementeringen moeten worden gezien in de geest van het Europese Gemeenschapsrecht, moeten het mogelijk maken de gebruikers een goed presterende dienst te garanderen rekening houdend met het feit dat de mobilofonie moet worden beschouwd als een openbare dienst en dat de concurrentie beperkt zal blijven tot een beperkt aantal operatoren.

Het net moet voor iedereen toegankelijk zijn op een niet discriminerende basis: deze vereiste wordt uitgebreid tot eventuele service providers door artikel 14, § 1 (...)'.

(...)

- het B.Vl.R. van 05.05.2000 tot aanwijzing van de werken, handelingen of wijzigingen van algemeen belang en tot regeling van het vooroverleg met de Vlaamse Bouwmeester (B.S. 19.05.2000) beschouwt als kleine werken, handelingen en wijzigingen van algemeen belang: '(...) 2° de openbare lokale elektrische leidingen, met inbegrip van de bijbehorende infrastructuur, zoals lokale transformatorcabines; 3° de openbare lokale leidingen voor het vervoer en de verdeling van aardgas, drinkwater, afvalwater en brandstoffen met inbegrip van de bijbehorende infrastructuur; 4° de openbare lokale leidingen voor het telefoonverkeer en voor andere, al dan niet draadloze, communicatienetwerken, met inbegrip van de bijbehorende infrastructuur, zoals pylonen en masten;(...)'.

(...)

- de Telecomcode (Code voor een duurzame ruimtelijke inplanting van draadloze telecommunicatie-infrastructuur in Vlaanderen van 04.06.1998) waarin o.a. gesteld wordt dat '(...) basisstations () m.a.w. beschouwd (worden) als infrastructuur van openbaar nut (beginsel van algemeen belang). Zij ressorteerden bovendien onder de noemer van 'grensoverschrijdende infrastructuren' omdat signaalapparatuur en pylonen of masten in een telecommunicatienetwerk 'leidingen en installaties van openbaar nut op het grondgebied van twee of meer gemeenten' vormden. De wettelijke basis voor de afgifte van vergunningen werd vanaf 17 maart 1997 (rondschrijven d.d. 27 mei 1997 van de directeur-generaal van AROHM aan de ROHM-afdelingen) gewijzigd. Achterliggende idee hierbij was dat men niet langer kon spreken van grensoverschrijdende infrastructuur, aangezien een basisstation zich de facto op het grondgebied van één gemeente bevindt en omdat bij het indienen van concrete dossiers de onderlinge samenhang in het netwerk niet altijd duidelijk bleek. (...)', en, '(...) infrastructuur en signaalapparatuur voor netwerken voor mobiele telefonie kunnen beschouwd worden als voorzieningen van openbaar nut; (...)'.

(...)

Uw Raad heeft meermaals geoordeeld dat de infrastructuur voor mobiele communicatie, ook al gaat het om een commerciële uitbating, als een openbare nutsvoorziening kan worden beschouwd.

(...)

'Overwegende dat het uitbouwen van het GSM-telefoonnet door de verzoekende partij een taak van algemeen belang is; dat het niet

kunnen uitvoeren van deze taak; of daarin worden gehinderd; moet worden aangemerkt als een ernstig nadeel;' (...)

Ook in de rechtsleer wordt een zendinstallatie als een openbare nutsvoorziening bestempeld:

(...)

Ten overvloede wenst de verwerende partij op te merken dat de Raad van State in verschillende arresten op impliciete wijze steeds de bevoegdheid van de gewestelijk stedenbouwkundig ambtenaar heeft erkend als vergunningverlenende overheid om te beslissen over aanvragen voor het oprichten van zendstations voor GSM-netwerken. Hieruit kan worden afgeleid dat deze aanvragen wel degelijk aanzien worden als betrekking hebbend op werken, handelingen of wijzigingen van algemeen belang (artikel 127, §1 Ruimtelijke Ordeningsdecreet van 18.05.1999).

(...)

4. verenigbaar met het architectonisch karakter van het gebied

Het behoort niet tot de bevoegdheid van Uw Raad om zich bij de beoordeling van de feiten in de plaats te stellen van de bevoegde administratieve overheid. Uw Raad is enkel bevoegd om een wettigheidtoezicht uit te oefenen, om na te gaan of de vergunningverlenende overheid uitgegaan is van juiste gegevens, of zij deze correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar besluit is gekomen.

Het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Overijse heeft in zijn ongunstig advies van 29.06.2004 over de aanvraag m.b.t. de 'architectonische en ruimtelijke afweging' onder meer gesteld wat volgt:

'(...)

BESCHRIJVING VAN DE BOUWPLAATS, DE OMGEVING EN HET PROJECT

Door de reeds bestaande bebouwing en de reeds aanwezige infrastructuur; is de structuur van het gebied bekend. De omgeving bestaat hoofdzakelijk uit velden en bossen. Het voorgelegde ontwerp voorziet het bouwen van een hoogspanningscabine bij een bestaande; vergunde GSM-pyloon langs de Leemveldstraat (op de brug over de E411). Door de configuratie en de reeds aanwezige bebouwing op de omliggende percelen, brengt de voorgestelde inplanting de goede ordening van het gebied in het gedrang.

BEOORDELING VAN DE GOEDE RUIMTELIJKE ORDENING

De omgeving van het terrein wordt gekenmerkt door een onaangetast; sterk natuurlijk agrarisch open karakter. De aanvraag brengt de goede ordening van het gebied in het gedrang; een hoogspanningscabine past niet in de omgeving en brengt het natuurlijk karakter van de omgeving in het gedrang'.

Het bestreden besluit is wat betreft de 'verenigbaarheid met het architectonisch karakter' van de ontworpen constructie, als volgt gemotiveerd:

'(...)

De op 24 juni 2002 vergunde en deels opgerichte constructie (één van de 4 vergunde mono-operatorbasisstations; zijnde een zendmast; gecombineerd met verlichtingsfunctie en technische kast) was aanvaardbaar op deze plaats; gelet op de functie van algemeen

belang; de beperkte grondinname en de inplantingsplaats tussen bestaande bomen en struiken. Bovendien stelde de afdeling Natuur toen in haar advies dat het perceel slechts een geringe natuurwaarde heeft.

Een bijkomende hoogspanningscabine zou ingeplant worden naast de bestaande technische installatie en derhalve ook deels omgeven. Zijn door bestaande bomen.

Een hoogspanningscabine wordt eveneens beschouwd als werk van algemeen belang en zou aansluiten bij de reeds geplaatste constructie. De inplanting wordt voorzien langsheen het bestaande bosje. De afdeling Natuur herhaalt in haar advies d.d. 17 november 2004 over de aanvraag voor een hoogspanningscabine nogmaals dat het betrokken gebied slechts een geringe natuurwaarde heeft en kan de aanvraag gunstig adviseren; evenwel met de voorwaarde dat na beëindiging van de werken een houtkant van minimum tien meter lang voorzien wordt langs de kant van de aanpalende akker (...). Deze voorwaarde wordt aan de bouwheer opgelegd.

Wat het ongunstig advies van het college van burgemeester en schepenen betreft; kan het volgende gesteld worden:

- onverenigbaarheid met de plannen van aanleg: (..) Bovendien is de inplantingsplaats te verantwoorden door de bestaande structuren, meer bepaald de onderliggende autosnelweg; verlichtingselementen; de brug en de vergunde en reeds gebouwde zendmast. De constructie is nu reeds aan één zijde begrensd door bomen en zou na voltooiing omringd worden door struiken. Om voormelde redenen kan gesteld worden dat de aanvraag in overeenstemming is met de algemene bestemming en het architectonisch karakter van het gebied en kan artikel 20 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 toegepast worden;
- (...)
- beschrijving van de bouwplaats, de omgeving en het project: de gevraagde hoogspanningscabine zou zodanig ingeplant worden bij de bestaande constructie; dat zij praktisch niet zichtbaar is. Er wordt aan de bestaande constructie en het aanwezige groen niet geraakt; bijgevolg zal de goede ordening van het gebied helemaal niet in het gedrang gebracht worden;
- beoordeling van de goede ruimtelijke ordening: zoals hierboven reeds vermeld stelde de afdeling Natuur (AMINAL) in haar advies d.d. 17 november 2004 dat het gebied slechts een geringe natuurwaarde bezit en gaf ze derhalve ook gunstig advies, mits een houtkant van minimum 10 meter lang aangeplant wordt langs de zijde van de naastgelegen akker (...). De gevraagde hoogspanningscabine zal op de plaats komen van de momenteel gebruikte generator en zal qua vorm en kleur beter aansluiten bij de zendmast en technische kast. Met de aanplanting van een natuurlijke afscherming zal de gevraagde hoogspanningscabine quasi volledig aan het zicht onttrokken worden. Derhalve blijft de ruimtelijke impact van deze cabine bijzonder klein en zal het natuurlijk karakter van de omgeving niet geschaad worden’.
- (...)

- Waterparagraaf:

Het voorliggende bouwproject heeft geen omvangrijke oppervlakte (2.10m x 2.05m) en ligt niet in een recent overstroomd gebied of een risicozone voor overstromingen, maar integendeel op een talud; zodat in alle redelijkheid dient geoordeeld te worden dat het schadelijk effect beperkt is. Enkel wordt door de toename van het verharde oppervlakte de infiltratie van het hemelwater in de bodem plaatselijk beperkt. Het water zal echter naast de constructie probleemloos in de bodem kunnen infiltreren. Er is dus geen schadelijk effect te verwachten. Voor het betrokken project werd de watertoets uitgevoerd volgens de richtlijnen van het uitvoeringsbesluit van 20 juli 2006. Aan de provinciale stedenbouwkundige verordening hemelwater is, gelet op de minuscule oppervlakte van de verharding; voldaan. Het ontwerp is dan ook in alle redelijkheid verenigbaar met de doelstellingen van artikel 5 van het decreet integraal waterbeleid;
(...)

De redengeving in het bestreden besluit brengt concrete feitelijke gegevens bij met betrekking tot de specifieke kenmerken van de onmiddellijke omgeving, met name de aard, de omvang en het gebruik van de open ruimte.

De door de gewestelijk stedenbouwkundig ambtenaar vermelde motieven zijn gesteund op de vereiste concrete en precieze gegevens om tot de conclusie te kunnen komen dat de montage van een 4,30 m² (2.10 meter x 2,05 meter) grote hoogspanningscabine bij een vergunde en gerealiseerde mono-operator buispyloon, verenigbaar is met het architectonisch karakter van het gebied.

a contrario: (...)

5. Een dringende en absolute noodzaak

Artikel 20 van het KB van 28.12.1972 bepaalt:

Bouwwerken voor openbare diensten en gemeenschapsvoorzieningen kunnen ook buiten de daarvoor speciaal bestemde gebieden worden toegestaan voor zover ze verenigbaar zijn met de algemene bestemming en met het architectonisch karakter van het betrokken gebied.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij voorhoudt; bepaalt artikel 20 nergens dat er een dringende en absolute noodzaak zou moeten bestaan voor de inplanting van de hoogspanningscabine. De verzoekende partij beroept zich op een omzendbrief en op bepaalde rechtsleer (VEKEMAN).

Wat de omzendbrief betreft, stelt de verwerende partij vast dat deze geen reglementair karakter heeft en dat de verzoekende partij zich hierop niet kan beroepen.

Wat de rechtsleer betreft, stelt de auteur VEKEMAN duidelijk dat de bijkomende voorwaarde van een dringende en absolute noodzaak 'zijn inziens' deel uitmaakt van de toetsing van een vergunning aan artikel 20 van het KB van 28.12.1972. Het betreft een eigen zienswijze van de desbetreffende auteur die niet wordt gestaafd met rechtspraak of rechtsleer.

In ondergeschikte orde wordt in de bestreden beslissing duidelijk gesteld dat de hoogspanningscabine wordt gebouwd naast een reeds vergund

mono-operatorenbasisstation dat reeds gedeeltelijk is opgericht. De hoogspanningscabine sluit aan bij deze reeds vergunde constructie en is 'uiteraard' (en onder meer) noodzakelijk voor de goede werking van het mono-operatorenbasisstation (vervanging van de huidige gebruikte generator). Er kan niet gewacht worden op de procedure van inderzieningstelling van het gewestplan of van het opstellen van een gemeentelijk plan (zie omzendbrief van 08.07.1997) Ook op dit punt faalt de argumentatie van de verzoekende partij.

Gelet op de in het bestreden besluit vermelde afdoende redengeving, is de afgifte van de gevraagde stedenbouwkundige vergunning, met toepassing van artikel 20 van het KB van 28.12.1972, wettig verantwoord.

Het middel is ongegrond”.

19. De verzoekende partij dupliceert in haar memorie van wederantwoord wat volgt :

“De Gewestelijke Stedenbouwkundige Ambtenaar verleende de vergunning op grond van volgende overweging:

‘de gevraagde installatie is strikt genomen strijdig met deze bestemming. Artikel 20 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen luidt evenwel: ‘Bouwwerken voor openbare diensten en gemeenschapsvoorzieningen kunnen ook buiten de daarvoor speciaal bestemde gebieden worden toegestaan voor zover ze verenigbaar zijn met de algemene bestemming en met het architectonisch karakter van het betrokken gebied’. De op 24 juni 2002 vergunde en deels opgerichte constructie (één van de 4 vergunde mono-operatorbasisstations, zijnde een zendmast, gecombineerd met verlichtingsfunctie en technische kast) was aanvaardbaar op deze plaats, gelet op de functie van algemeen belang, de beperkte grondinname en de inplantingsplaats tussen bestaande bodem en struiken. Bovendien stelde de afdeling Natuur toen in haar advies dat het perceel slechts een geringe natuurwaarde heeft. Een bijkomende hoogspanningscabine zou ingeplant worden naast de bestaande technische installatie en derhalve ook deels omgeven zijn door bestaande bomen. Een hoogspanningscabine wordt eveneens beschouwd als werk van algemeen belang en zou aansluiten bij de reeds geplaatste constructie’.

Verzoekende partij onderstreept dat in casu niet rechtsgeldig toepassing kon worden gemaakt van artikel 20 van het K.B. dd. 28 december 1972. Overeenkomstig de Omzendbrief dd. 8 juli 1997 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en gewestplannen, zoals gewijzigd door de Omzendbrief van 25 januari 2002 en van 25 oktober 2002, betreft artikel 20 van het K.B. dd. 28 december 1972 nochtans een uitzonderingsbepaling, die slechts in uitzonderlijke omstandigheden kan worden toegepast. De toepassing van artikel 20 kan daarenboven niet los worden gezien van het eigenlijke bestemmingsvoorschrift dat van

toepassing is op het terrein waarvoor de vergunningsaanvraag werd ingediend.

Zoals reeds toegelicht in het verzoekschrift tot nietigverklaring, werd niet voldaan aan de drie toepassingsvoorwaarden van artikel 20 van het K.B. van 28 december 1972, zijnde (i) het bewijs dat het gaat om een gemeenschapsvoorziening of een openbare nutsvoorziening, (ii) het bewijs dat er een dringende en absolute noodzaak bestaat en (iii) het bewijs dat de werken van algemeen belang verenigbaar zijn met de algemene bestemming en met het architectonisch karakter van het gebied.

Vooreerst dient, in tegenstelling tot wat de verwerende en de NV Base daaromtrent voorhouden, te worden gesteld dat de beoogde hoogspanningscabine geen werk van algemeen belang betreft, zoals bedoeld in artikel 20 van het K.B. dd. 28 december 1972.

Er kan terzake reeds op gewezen worden dat de Auditeur in het verslag van 9 september 2005 in procedure 126.049/X-11.095 (inzake het verzoek tot vernietiging van de stedenbouwkundige vergunning van 24 juni 2002 voor het bouwen van een mono-operatorbasisstation op de betreffende site) nadrukkelijk de onverenigbaarheid met de algemene bestemming en het architectonisch karakter van het gebied vaststelde.

In het kader van het ruimtelijke ordeningsrecht wordt het ‘algemeen belang’ beschreven als de invulling van de ruimte in het belang van alle burgers (...). Algemeen belang in het kader van ruimtelijke ordening beoogt aldus niet de bescherming van specifieke rechten of belangen van individuele burgers. Daarbij is onmiskenbaar ook het criterium van de afwezigheid van winstbejag essentieel, zoals meermaals bevestigd door Uw Raad (...).

Nochtans blijkt onmiskenbaar, zoals reeds aangegeven in het verzoekschrift tot nietigverklaring, dat de in het voorliggend geval voorziene inrichting enkel en alleen ter beschikking zal worden gesteld van de GSM-gebruikers en abonnees van de diensten van de NV Base, en dit slechts in de onmiddellijke omgeving van de zendapparatuur aan de Leemveldstraat te Overijse. Aldus kan niet anders worden besloten dan dat het voorwerp van de vergunningsaanvraag in het bijzonder is gekenmerkt door het winstoogmerk van de NV Base. De NV Base zal de inrichting immers enkel en alleen gebruiken om haar vennootschapsdoel te realiseren. Uw Raad oordeelde evenwel reeds dat in dergelijk geval onmogelijk toepassing kan worden gemaakt van artikel 20 van het K.B. dd. 20 december 1972 indien het winstoogmerk centraal staat (...).

Ten overvloede verwijst verzoekende partij in dit kader opnieuw naar de Ministeriële Omzendbrief dd. 8 juli 1997 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen die ‘gemeenschapsvoorzieningen en openbare nutsvoorzieningen’ als volgt definieert:

‘Onder ‘gemeenschapsvoorzieningen en openbare nutsvoorzieningen’ dient te worden begrepen voorzieningen die gericht zijn op de bevordering van het algemeen belang en die ten dienste van de gemeenschap worden gesteld. De idee van dienstverlening (verzorgende sector) aan de gemeenschap is derhalve rechtstreeks aanwezig.

Daarbij is het irrelevant of deze voorzieningen worden opgericht en uitgebaat door een overheid dan wel door een privé-instelling of -persoon, in zoverre althans de exploitant van de inrichting geen winstbejag nastreeft en de voorzieningen werkelijk ten dienste staan van de gemeenschap.

Zo oordeelde de Raad van State reeds meermaals dat sportinfrastructuur een gemeenschapsvoorziening kan zijn als bedoeld in artikel 17.6.2. zelfs indien zij door een particulier wordt uitgebaat. In dat geval mag de exploitant wel geen winstbejag nastreven. Ook constructies bestemd voor een manège en ruitersclub kunnen worden beschouwd als gemeenschaps- en openbare nutsvoorzieningen, onder dezelfde voorwaarde dat de exploitant ervan geen winstbejag nastreeft.

Als gemeenschapsvoorzieningen en openbare nutsvoorzieningen kunnen eveneens worden beschouwd een school, een voor het publiek toegankelijke toegangsweg tot een vergund gebouwencomplex in een gebied voor gemeenschapsvoorzieningen en openbare nutsvoorzieningen en neveninrichtingen naast een autosnelweg.

Alhoewel in een gebied voor gemeenschapsvoorzieningen en openbare nutsvoorzieningen in principe geen gebouwen met een woonfunctie zijn toegelaten, heeft de Raad van State bovendien niettemin geoordeeld dat service-flats voor bejaarden kunnen worden vergund in dergelijk gebied. Ook een nomadenkamp werd door de Raad van State beschouwd als een 'gemeenschapsvoorziening en openbare nutsvoorziening'.

Voor zover zou worden verwezen naar de Ministeriële Omzendbrief die de 'telegraaf' en 'telefoon' opneemt als inrichtingen die in de zones voor 'openbaar nut en gemeenschapsuitrusting kunnen aanvaard worden', moet enerzijds worden gesteld dat deze slechts kunnen worden aanvaard, wat geenszins een algemene regel inhoudt met betrekking tot de aanvaarding in alle omstandigheden van deze inrichtingen. Anderzijds blijkt duidelijk dat deze verwijzing is gericht op de gewone telefonie. Ten aanzien van de mobiele telefonie kan er onmogelijk sprake zijn van een werk van algemeen belang.

Verzoekende partij kan bovendien slechts vaststellen dat de verwerende partij niet ingaat op de vereiste van afwezigheid van winstbejag om te kunnen besluiten tot een dienst van algemeen belang of openbaar nut. Dit element is echter essentieel om te kunnen besluiten tot een gemeenschapsvoorziening in de zin van het K.B. dd. 28 december 1972.

Alleszins moet worden besloten tot een afwezigheid van afdoende motivering en derhalve tot een schending van het motiveringsbeginsel, nu het bestreden besluit geen enkele motivering bevat ten aanzien van het algemeen belang-karakter van de gevraagde vergunning.

Daarnaast is ten aanzien van de vergunningsaanvraag van de NV Base niet voldaan aan de tweede toepassingsvereiste van artikel 20 van het K.B. dd. 28 december 1972. Zo werd onvoldoende aangetoond dat de werken verenigbaar zouden zijn met de algemene bestemming en het architectonisch karakter van het gebied, zoals overeenkomstig artikel 20 van het K.B. dd. 28 december 1972 nochtans expliciet als toepassingsvoorwaarde voor deze bepaling is gesteld. Bouwwerken voor

openbare diensten en gemeenschapsvoorzieningen kunnen, met toepassing van artikel 20 van het K.B. dd. 28 december 1972 immers enkel buiten de daarvoor speciaal bestemde gebieden worden toegestaan voor zover ze verenigbaar zijn met de algemene bestemming en met het architectonisch karakter van het betrokken gebied. Het betrokken gebied betreft een natuurgebied, waarvoor onder meer de Omzendbrief dd. 8 juli 1997 bijzondere beschermingsmaatregelen voorschrijft. Bezwaarlijk kan worden geoordeeld dat een hoogspanningscabine die behoort bij een zendmast, verenigbaar zou worden geacht met het architectonisch karakter van het gebied. Dergelijke inrichting is niet verenigbaar met de algemene bestemming en het architectonisch karakter van natuurgebieden.

Dit wordt des te meer onderstreept door de vaststelling dat het betrokken terrein aan de Leemveldstraat is ingedeeld in het Vlaams Ecologisch Netwerk, die als bijzonder waardevol worden ingekleurd. Het bestreden besluit stelt slechts in algemene termen dat het voorwerp van de vergunningsaanvraag verenigbaar zou zijn met het architectonisch karakter omwille van de 'beperkte grondinname en de inplantingsplaats tussen bestaande bomen en struiken'. Zulks kan allerm minst de verenigbaarheid met het architectonisch karakter van de terreinen rechtvaardigen, zeker gelet op het bijzonder waardevol karakter van de percelen in casu.

Uw Raad oordeelde nochtans eerder reeds dat zendmasten in landschappelijk waardevol agrarisch gebied, een bosgebied en een recreatiegebied, zelfs wanneer deze worden omringd door een groenscherm (zoals ook voorzien in casu), niet kunnen worden aanvaard (...).

Daarenboven oordeelde Uw Raad met betrekking tot het architectonisch karakter van het gebied dat zelfs indien reeds storende constructies aanwezig zijn in een gebied dat is bestemd tot natuurgebied, dit geen reden kan zijn om het landschap aldaar nog verder te laten aantasten (...). De bijzondere regels die het K.B. dd. 28 december 1972 vaststelde en die verder werd uitgewerkt in de Omzendbrief dd. 8 juli 1997 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en gewestplannen, voor natuurgebieden hebben uitdrukkelijk tot doel de natuur te beschermen en alle storende constructies te vermijden. Een hoogspanningscabine, zelfs omringd door een groenaanplanting, kan in redelijkheid niet worden beschouwd als verenigbaar met het architectonisch karakter van een natuurgebied.

Ten derde wordt in de heersende rechtsleer en rechtspraak - in tegenstelling tot wat verwerende partij voorhoudt op (...) - wel vereist dat voor de toepassing van artikel 20 van het K.B. dd. 28 december 1972 sprake is van de noodzaak tot de oprichting van de voorziene constructie. (...) stelt hierover: 'Het feit dat art. 20 van het K.B. ontwerp-gewestplannen en gewestplannen een uitzonderingsbepaling is, houdt o.i. in dat niet alleen de verenigbaarheid met de bestemming en het architectonisch karakter van het gebied moet worden aangetoond. De vergunning moet ook aangeven waarom de voorziening op die plaats noodzakelijk is' (...). Deze vereiste is overigens geheel in overeenstemming met het karakter van uitzonderingsbepaling dat onder meer overeenkomstig de Omzendbrief dd. 8 juli 1997 aan artikel 20 van het K.B. dd. 28 december 1972 wordt toegemeten. Een verwijzing naar deze noodzaak tot het oprichten van de hoogspanningscabine wordt in het voorliggend geval geenszins

opgenomen, laat staan dat afdoende motieven werden gegeven om de noodzaak tot het oprichten van de gebouwen aan te duiden. De verwerende partij brengt in haar memorie van antwoord geen enkel verweer met betrekking tot het al dan niet voldaan zijn aan deze toepassingsvereiste van artikel 20 van het K.B.

De NV Base kan overigens niet worden gevolgd waar zij stelt dat met betrekking tot de vergunningsaanvraag kan worden verwezen naar artikel 145quinquies van het DRO. Artikel 145quinquies bepaalt: ‘In de gebieden die op de gewestplannen zijn aangewezen als gebied voor gemeenschapsvoorzieningen en openbare nutsvoorzieningen, kunnen altijd de werken, handelingen en wijzigingen die met toepassing van artikel 103 als werken, handelingen of wijzigingen van algemeen belang moeten worden beschouwd, worden toegelaten, ongeacht het publiek- of privaatrechtelijk statuut van de initiatiefnemer of het al dan niet aanwezig zijn van winstoogmerk. Hetzelfde geldt voor de activiteiten of inrichtingen verbonden met deze werken, handelingen of wijzigingen’ (...). Voor de toepassing van dit artikel is aldus vooreerst vereist dat er sprake is van een werk van algemeen belang in de zin van artikel 103 van het DRO. Dat is precies wat in het voorliggend geval ontbreekt. Ten aanzien van de mobiele telefonie kan er onmogelijk sprake zijn van een werk van algemeen belang. Bovendien kan dit artikel, zoals de NV Base zelf reeds aangeeft, geen toepassing vinden in andere dan gebieden voor gemeenschapsvoorzieningen en openbare nutsvoorzieningen. Er kan ten aanzien van het voorliggend geval geen toepassing worden gemaakt van artikel 145quinquies naar analogie. Indien de wil van de decreetgever was om dit artikel ook toepassing te laten vinden met betrekking tot andere gebieden, diende dit aldus in het DRO te worden opgenomen.

Het eerste middel is dan ook gegrond”.

20. De tussenkomende partij beantwoordt het middel als volgt :

“2. In tegenstelling met wat de verzoekende partij voorhoudt, kon de verwerende partij wel degelijk de stedenbouwkundige vergunning afleveren met toepassing van artikel 20 van het Inrichtingenbesluit. Zoals hierna zal blijken, was wel degelijk voldaan aan de toepassingsvereisten van dit artikel.

3. Ten eerste is het zo dat de verwerende partij er terecht van uitgegaan is dat de betrokken hoogspanningscabine als een werk van algemeen belang kan beschouwd worden. De verzoekende partij spreekt zich zelf trouwens op dit punt tegen, nu zij met zoveel woorden in de toelichting bij haar negende middel erkent dat de hoogspanningscabine behorend bij een zendmast een werk van algemeen belang is (...).

De hoogspanningscabine dient immers voor de exploitatie van de reeds aanwezige en vergunde GSM-zendmast.

Er bestaat geen twijfel over dat dergelijke GSM-zendmast dient beschouwd te worden als een openbare nutsvoorziening die ten dienste van de gemeenschap staat. Het plaatsen van een zendstation voor mobiele communicatie is een werk van algemeen belang. Artikel 3, 4° van het

besluit van de Vlaamse Regering van 5 mei 2000 tot aanwijzing van de werken, handelingen of wijzigingen van algemeen belang en tot regeling van het vooroverleg met de Vlaamse bouwmeester, beschouwt als kleine werken, handelingen en wijzigingen van algemeen belang, zoals bedoeld in artikel 103, § 1, vierde lid van het DRO: ‘de openbare lokale leidingen voor het telefoonverkeer en voor andere, al dan niet draadloze, communicatienetwerken, met inbegrip van de bijbehorende infrastructuur, zoals pylonen en masten’

Deze bepaling houdt geen verbod in dat deze installaties dienen om een vrije economische activiteit uit te oefenen. Het is dus toegelaten dat deze werken van algemeen belang een winstoogmerk nastreven.

Artikel 3, 4° van het besluit van de Vlaamse Regering van 5 mei 2000 stelt ook de bijbehorende infrastructuur van de draadloze communicatienetwerken gelijk aan een werk van algemeen belang. De gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar heeft dan ook terecht de hoogspanningscabine als een infrastructuur behorend bij een draadloos communicatienetwerk beschouwd. Er anders over oordelen, zou betekenen dat een ongerechtvaardigd onderscheid zou worden gemaakt tussen enerzijds de communicatienetwerken gelegen in een gebied waarvoor een ruimtelijk uitvoeringsplan bestaat en anderzijds deze die gelegen zijn in een gebied waarvoor nog geen ruimtelijk uitvoeringsplan bestaat.

Het gegeven dat een GSM-zendmast met bijhorende infrastructuur een werk van algemeen belang is, werd (onder meer) bevestigd door Uw Raad in het arrest (...), waarin overwogen wordt dat ‘een GSM-zendmast voor mobiele telefonie, ook al gaat het om een commerciële uitbating, op het eerste gezicht als een openbare nutsvoorziening kan worden beschouwd’. Het criterium van het winstbejag om uit te maken of een bouwwerk al dan niet als een openbare dienst of gemeenschapsvoorziening in de zin van artikel 20 van het Inrichtingenbesluit kan beschouwd worden, is blijkens dit arrest niet langer aan de orde (...). De omstandigheid dat de openbare nutsvoorziening wordt uitgebaat door een privémaatschappij die niet onder administratief toezicht staat, heeft evenmin enige impact op het algemeen belangkarakter van een voorziening. Dit wordt trouwens met zoveel woorden bevestigd in de Omzendbrief van 8 juli 1997, evenals in artikel 145quinquies van het DRO.

Er moet tevens rekening gehouden worden met de invoering van artikel 145quinquies in het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening (hierna: DRO) bij decreet van 7 mei 2004. Dit artikel luidt als volgt: ‘In de gebieden die op de gewestplannen zijn aangewezen als gebied voor gemeenschapsvoorzieningen en openbare nutsvoorzieningen, kunnen altijd de werken, handelingen en wijzigingen die met toepassing van artikel 103 als werken, handelingen of wijzigingen van algemeen belang moeten worden beschouwd, worden toegelaten, ongeacht het publiek- of privaatrechtelijk statuut van de initiatiefnemer of het al dan niet aanwezig zijn van winstoogmerk. Hetzelfde geldt voor de activiteiten of inrichtingen verbonden met deze werken, handelingen of wijzigingen’. Hoewel dit artikel enkel spreekt van de gebieden voor gemeenschapsvoorzieningen en openbare nutsvoorzieningen, met name de gebieden bedoeld in artikel 17.6.2. van het Inrichtingenbesluit, is er geen enkele reden om dezelfde beginselen niet toe te passen op de openbare

nutsvoorzieningen en gemeenschapsvoorzieningen bedoeld in artikel 5.1.1. en in artikel 20 van het Inrichtingenbesluit. Uit de voorbereidende werken bij het decreet van 7 mei 2004 blijkt dat het de bedoeling was van de decreetgever om, gelet op de toenemende privatisering van de openbare nuts- en gemeenschapsvoorzieningen, waaronder in de telecommunicatie, een einde te stellen aan de restrictieve interpretatie van het begrip openbare nuts- en gemeenschapsvoorziening (zie Parl. St., Vl. Parl., 2003-2004, nr.2178/1, 2; Parl. St., Vl. Parl., 2003-2004, nr.2 I 78/3, 4).

Door het artikel 3, 4° van het besluit van de Vlaamse Regering van 5 mei 2000, artikel 145quinquies van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening en de hierboven geciteerde rechtspraak van Uw Raad kan onmogelijk nog voorgehouden worden dat de Omzendbrief van 8 juli 1997 nog van toepassing is. De door verzoekende partij geciteerde arresten van Uw Raad hebben bovendien geen betrekking op GSM-installaties.

In tegenstelling met wat de verzoekende partij voorhoudt, is de omstandigheid dat de betrokken GSM-zendmast en de bijhorende hoogspanningscabine enkel de abonnees van tussenkomende partij ten dienste zijn, niet relevant. Het is duidelijk dat het algemeen belang dient bekeken te worden in het licht van de gewijzigde marktomstandigheden ten gevolge van de liberalisering van de telecomsector. Waar telefonie voorheen een staatsmonopolie was, is dit thans niet langer het geval. Het kan niet betwist worden dat telefonie steeds als een dienst van algemeen belang beschouwd werd. Dit werd trouwens met zoveel woorden bevestigd door de Omzendbrief van 8 juli 1997 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen. De privatisering van de telecomsector, waardoor verschillende operatoren in concurrentie met elkaar en volgens de marktprijncipes werken, brengt niet mee dat de aangeboden telefoniediensten niet langer het algemeen belang zouden dienen. Uiteraard evolueert het begrip algemeen belang mee met de veranderende maatschappelijke en economische context. Er is dan ook geen enkele reden om het woord 'telefoon' in de Omzendbrief van 8 juli 1997 te begrijpen in de zin van gewone telefonie, zoals de verzoekende partij ten onrechte voorhoudt in haar verzoekschrift tot nietigverklaring. Trouwens, in tegenstelling met wat de verzoekende partij voorhoudt, wordt bij gewone telefonie niet louter gebruik gemaakt van ondergrondse bekabeling, maar ook van bovengrondse lijnen.

4. Ten tweede is de vereiste van de dringende en absolute noodzakelijkheid die volgens de verzoekende partij een toepassingsvereiste van artikel 20 van het inrichtingenbesluit zou zijn, niet terug te vinden in artikel 20 van het Inrichtingenbesluit.

In zoverre deze vereiste zou volgen uit de Omzendbrief van 8 juli 1997, dient vastgesteld te worden dat deze Omzendbrief een vereiste toevoegt aan een reglementair besluit. De Minister kan evenwel niet bij wijze van omzendbrief enige reglementaire bepaling opleggen. Met deze vereiste uit de Omzendbrief van 6 juli 1997 kan dan ook geen rekening worden gehouden.

Een verwijzing naar de persoonlijke mening van één enkele auteur, (...), is tevens niet voldoende om te besluiten dat de vereiste van dringende en absolute noodzakelijkheid zich stelt.

De gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar moest om deze redenen met de vereiste van dringende en absolute noodzakelijkheid geen rekening houden.

Het is daarenboven logisch dat de hoogspanningscabine op deze plek wordt geplaatst. De hoogspanningscabine dient om de GSM-zendmast van elektriciteit te voorzien. De hoogspanningscabine moet daarom noodzakelijkerwijze naast de GSM-zendmast worden geplaatst en niet elders.

5. Ten derde verwijt de verzoekende partij aan de verwerende partij dat het bestreden besluit niet aantoont dat de werken van algemeen belang verenigbaar zijn met de algemene bestemming en met het architectonisch karakter van het gebied.

In het tweede middel van de verzoekende partij wordt eveneens de verenigbaarheid van de vergunde bouwwerken met de algemene bestemming en met het architectonisch karakter van het gebied betwist. Tussenkomen de partij verwijst naar haar uiteenzetting bij het tweede middel, waaruit blijkt dat het standpunt ter zake van de verzoekende partij dient verworpen te worden en wenst hier nog het volgende aan toe te voegen.

Verzoekende partij stelt in haar memorie van wederantwoord dat Uw Raad eerder heeft geoordeeld dat zendmasten in landschappelijk waardevol agrarisch gebied, bosgebied en recreatiegebied niet kunnen worden aanvaard. De arresten die door verzoekende partijen worden aangehaald stellen echter niet dat een zendmast niet kan worden aanvaard in bepaalde ruimtelijke gebieden. Zo heeft Uw Raad in het arrest (...) geoordeeld dat de vergunningverlenende overheid een vergunning voor een zendmast mag weigeren op grond van visuele hinder. De arresten (...) handelen over het ontbreken van een motivering betreffende de goede ruimtelijke ordening, de bestemming en het architectonisch karakter van het gebied, zonder evenwel te stellen dat de inplanting in een bosgebied of een gebied voor dagrecreatie niet mogelijk zou zijn.

6. Het eerste middel is ongegrond”.

Beoordeling

21. Artikel 20 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen (hierna: het inrichtingsbesluit) bepaalt wat volgt :

“Bouwwerken voor openbare diensten en gemeenschapsvoorzieningen kunnen ook buiten de daarvoor speciaal bestemde gebieden worden toegestaan voor zover ze verenigbaar zijn met de algemene bestemming en met het architectonisch karakter van het betrokken gebied”.

De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, bepalen dat elke eenzijdige rechtshandeling met individuele strekking die uitgaat van een bestuur en die beoogt rechtsgevolgen te hebben voor één of meer bestuursinstellingen of voor een ander bestuur, in de akte de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen.

22. Uit de voormelde bepalingen volgt dat het bestreden besluit de motieven moet vermelden op grond waarvan het gevraagde als een bouwwerk voor openbare diensten of gemeenschapsvoorzieningen in de zin van artikel 20 van het inrichtingsbesluit wordt beschouwd.

23. Het bestreden besluit is als volgt gemotiveerd :

“De aanvraag betreft de bouw van een hoogspanningscabine bij een vergund mono-operatorenbasisstation langs de autosnelweg. De stedenbouwkundige vergunning voor deze zendmast werd verleend op 24 juni 2002. Het betrokken perceel is volgens het gewestplan bestemd als natuurgebied; de gevraagde installatie is strikt genomen strijdig met deze bestemming.

Artikel 20 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen luidt evenwel : ‘Bouwwerken voor openbare diensten en gemeenschapsvoorzieningen kunnen ook buiten de daarvoor speciaal bestemde gebieden worden toegestaan voor zover ze verenigbaar zijn met de algemene bestemming en met het architectonisch karakter van het betrokken gebied.

De op 24 juni 2002 vergunde en deels opgerichte constructie (één van de 4 vergunde mono operatorbasisstations, zijnde een zendmast, gecombineerd met verlichtingsfunctie en technische kast) was aanvaardbaar op deze plaats, gelet op de functie van algemeen belang, de beperkte grondinname en de inplantingsplaats tussen bestaande bomen en struiken. Bovendien stelde de afdeling Natuur toen in haar advies dat het perceel slechts een geringe natuurwaarde heeft.

Een bijkomende hoogspanningscabine zou ingeplant worden naast de bestaande technische installatie en derhalve ook deels omgeven door bestaande bomen.

Een hoogspanningscabine wordt eveneens beschouwd als een werk van algemeen belang en zou aansluiten bij de reeds geplaatste constructie. De inplanting wordt voorzien langs het bestaande bosje. De afdeling Natuur herhaalt in haar advies d.d. 17 november 2004 over de aanvraag voor een hoogspanningscabine nogmaals dat het betrokken gebied slechts een geringe natuurwaarde heeft en kan de aanvraag gunstig adviseren, evenwel met de voorwaarde dat na beëindiging van de werken een houtkant

van minimum tien meter lang voorzien wordt langs de kant van de aanpalende akker (...). Deze voorwaarde wordt aan de bouwheer opgelegd.

Wat het ongunstig advies van het college van burgemeester en schepenen betreft, kan het volgende gesteld worden :

- onverenigbaarheid met de plannen van aanleg : zoals hierboven reeds aangegeven, betreft de aanvraag een werk van algemeen belang (cfr. besluit van de Vlaamse regering van 5 mei 2000 tot aanwijzing van de werken, handelingen of wijzigingen van algemeen belang en tot regeling van het vooroverleg met de Vlaamse bouwmeester, gewijzigd bij de besluiten van de Vlaamse regering van 11 mei 2001 en 14 mei 2004).

Bovendien is de inplantingsplaats te verantwoorden door de bestaande structuren, meer bepaald de onderliggende autosnelweg, verlichtingselementen, de brug en de vergunde en reeds gebouwde zendmast. De constructie is nu reeds aan één zijde begrensd door bomen en zou na voltooiing omringd worden door struiken. Om voormelde redenen kan gesteld worden dat de aanvraag in overeenstemming is met de algemene bestemming en het architectonisch karakter van het gebied en kan artikel 20 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 toegepast worden;

- historiek : tegen de stedenbouwkundige vergunning van 24 juni 2002 voor de intussen opgerichte zendmast, werd door de gemeente Overijse een procedure tot schorsing en vernietiging ingeleid bij de Raad van State. Het verzoek tot schorsing werd intussen verworpen bij (...); over het verzoek tot vernietiging werd nog geen uitspraak ten gronde gedaan;
- beschrijving van de bouwplaats, de omgeving en het project : de gevraagde hoogspanningscabine zou zodanig ingeplant worden bij de bestaande constructie, dat zij praktisch niet zichtbaar is. Er wordt aan de bestaande constructie en het aanwezige groen niet geraakt; bijgevolg zal de goede ordening van het gebied helemaal niet in het gedrang gebracht worden;
- beoordeling van de goede ruimtelijke ordening : zoals hierboven reeds vermeld stelde de afdeling Natuur (AMINAL) in haar advies d.d. 17 november 2004 dat het gebied slechts een geringe natuurwaarde bezit en gaf ze derhalve ook gunstig advies, mits een houtkant van minimum 10 meter lang aangeplant wordt langs de zijde van de naastgelegen akker (...). De gevraagde hoogspanningscabine zal op de plaats komen van de momenteel gebruikte generator en zal qua vorm en kleur beter aansluiten bij de zendmast en technische kast. Met de aanplanting van een natuurlijke afscherming zal de gevraagde hoogspanningscabine quasi volledig aan het zicht onttrokken worden. Derhalve blijft de ruimtelijke impact van deze cabine bijzonder klein en zal het natuurlijk karakter van de omgeving niet geschaad worden”.

24. Uit de voormelde overwegingen blijkt niet dat de verwerende partij het bouwen van “een hoogspanningscabine” op grond van afdoende

motieven als een bouwwerk voor openbare diensten of gemeenschapsvoorzieningen in de zin van artikel 20 van het inrichtingsbesluit heeft beoordeeld. Zij beperkt zich ertoe te stellen dat “een hoogspanningscabine (eveneens) wordt (...) beschouwd als een werk van algemeen belang en zou aansluiten bij de reeds geplaatste constructie”.

Uit het bestreden besluit blijkt niet dat het gevraagde in functie zal staan van de bestaande telecommunicatie-installatie, zoals de verwerende partij blijkt voor te houden, maar enkel dat zij zal worden “ingeplant” bij de bestaande constructie. In dat verband geeft de tussenkomende partij in haar memorie overigens zelf aan dat “in tegenstelling met wat de verzoekende partij aanvoert, (...) de vergunde zendmast met bijhorende technische cabine wel (kan) gebruikt worden zonder de thans vergunde hoogspanningscabine” en dat “de hoogspanningscabine (...)”, die volgens haar de bestaande generator zou vervangen, “dan ook niet, zoals de verzoekende partij beweert, onlosmakelijk verbonden (is) met het voorwerp van de vergunning dd. 24 juni 2002”. De loutere, tussen haakjes geplaatste, verwijzing in het bestreden besluit naar het besluit van de Vlaamse regering van 5 mei 2000 tot aanwijzing van de werken, handelingen of wijzigingen van algemeen belang en tot regeling van het vooroverleg met de Vlaamse bouwmeester, volstaat tenslotte evenmin als een afdoende motivering voor de kwalificatie van het gevraagde als een bouwwerk voor openbare diensten of gemeenschapsvoorzieningen in de zin van artikel 20 van het inrichtingsbesluit.

Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van 29 april 2008 van de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar houdende de intrekking van de stedenbouwkundige vergunning van 25 november 2004 en waarbij aan de n.v. Base de vergunning wordt verleend voor het bouwen van een hoogspanningscabine te Overijse, langsheen de E411, Leemveldstraat, kadastraal bekend zonder nummer.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zeventwintig oktober 2010, door de Raad van State, Xe kamer, samengesteld uit:

	Roger Stevens,	kamervoorzitter,
	Pierre Lefranc,	staatsraad,
	Stephan De Taeye,	staatsraad,
bijgestaan door		
	Silvan De Clercq,	griffier

De griffier

De voorzitter

Silvan De Clercq

Roger Stevens