

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 196.240 van 21 september 2009
in de zaak A. 180.763/X-13.170.**

In zake : Claudine SIMOENS,
wonende te 9960 ASSENEDE,
Trieststraat 193

tegen :

1. de gemeente ASSENEDE,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. LACHAERT,
kantoor houdende te 9820 MERELBEKE,
Hundelgemsesteenweg 166, bus 5,
2. het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de Vlaamse
regering,
dat woonplaats kiest bij
advocaat P. AERTS,
kantoor houdende te 9000 GENT,
Coupure 5.

tussenkommende partij :

de n.v. OKAY,
die woonplaats kiest bij
advocaat Y. LOIX,
kantoor houdende te 2018 ANTWERPEN,
Mechelsesteenweg 27.

DE RAAD VAN STATE, Xe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat Claudine SIMOENS op 3 februari 2007 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit van 14 november 2006 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Assenede waarbij aan de n.v. OKAY de stedenbouwkundige vergunning wordt verleend voor het bouwen van een polyvalent gebouw met bijhorende parking en groenvoorziening op een perceel gelegen te Assenede, Trieststraat 191, kadastraal bekend sectie C, nr. 652/p2, en van het daaraan voorafgaand advies van de gemachtigde ambtenaar van 26 oktober 2006;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst, op 21 maart 2007 ingediend door de n.v. OKAY;

Gelet op de beschikking van 5 juli 2007 die de tussenkomst van de n.v. OKAY toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur R. VERCRUYSEN;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 5 maart 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 27 maart 2009;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter R. STEVENS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat E. VAN BOGAERT, die loco advocaat P. LACHAERT verschijnt voor de eerste verwerende partij, van advocaat I. BOCKSTAELE, die loco advocaat P. AERTS verschijnt voor de tweede verwerende partij, en van advocaat J. VAN LOMMEL, die loco advocaat Y. LOIX verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur R. VERCRUYSEN;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

OVERWEEGT WAT VOLGT :

1. Feiten

1.1. De tussenkomende partij is eigenaar van een perceel gelegen aan de Trieststraat te Assenede, kadastraal bekend sectie C, nr. 652/p2.

Volgens de bestemmingsvoorschriften van het bij koninklijk besluit van 14 september 1977 vastgestelde gewestplan Gentse en Kanaalzone, is het betrokken perceel gelegen in woongebied met landelijk karakter. Het is niet gelegen binnen het beheersingsgebied van een bijzonder plan van aanleg of

ruimtelijk uitvoeringsplan, noch binnen de omschrijving van een behoorlijk vergunde, niet vervallen verkaveling.

1.2. Bij besluit van 6 december 2005 verleent het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Assenede aan de tussenkomen partij een stedenbouwkundige vergunning voor het oprichten van een polyvalent gebouw met bijhorende parking en groenvoorziening op het bovenvermeld perceel.

Tegen deze vergunning worden een verzoek tot schorsing en twee beroepen tot nietigverklaring ingediend bij de Raad van State. Bij arrest nr. 160.737 van 28 juni 2006 wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van deze vergunning bevolen.

1.3. Ten gevolge van bovenvermeld arrest dient de tussenkomen partij op 20 juni 2006 (datum van het ontvangstbewijs) bij het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Assenede een nieuwe aanvraag in tot het verkrijgen van een stedenbouwkundige vergunning voor het bouwen van een polyvalent gebouw met bijhorende parking en groenvoorziening. Tevens doet zij afstand van de eerder bekomen vergunning van 6 december 2005. Bijgevolg werd die vergunningsbeslissing, omwille van de duidelijkheid in het rechtsverkeer, door de Raad van State vernietigd bij arrest nr. 179.516 van 12 februari 2008.

1.4. Van 27 juni 2006 tot en met 26 juli 2006 wordt een openbaar onderzoek georganiseerd. Er worden 5 bezwaarschriften ingediend, onder meer door de verzoekster.

1.5. Betreffende de aanvraag wordt een gunstig advies uitgebracht door het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen, een voorwaardelijk gunstig advies door de Brandweer van Assenede en een ongunstig advies door het openbaar bestuur Zwarte-Sluispolder.

1.6. Op 5 september 2006 brengt het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Assenede een voorwaardelijk gunstig pre-advies uit.

1.7. De gemachtigde ambtenaar adviseert de aanvraag op 26 oktober 2006 gunstig op voorwaarde dat zowel de voorwaarden gesteld in het advies van de afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen als de voorwaarden uit het pre-advies van het college van burgemeester en schepenen worden gerespecteerd.

1.8. Bij het bestreden besluit van 14 november 2006 verleent het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Assenede de gevraagde vergunning, mits naleving van onder meer de voorwaarden vermeld in het advies van de gemachtigde ambtenaar.

2. Ten gronde

2.1. De verzoekster voert als vierde middel aan:

“VIERDE MIDDEL: genomen uit de schending van artikel 8 van het decreet op het integraal waterbeheer van 18 juli 2003; de artikels 2, 3, 4 5, & 8 van het uitvoeringsbesluit van de watertoets van 20 juli 2006 (BS 31/10/2006); van het zorgvuldigheidsbeginsel, de motiveringsplicht en het redelijkheidsbeginsel.

DOORDAT door het College van Burgemeester en Schepenen geen uitvoering werd gegeven van (a)de werkwijze zoals reglementair voorzien voor het voeren van de watertoets en (b) het volwaardig invullen in de vergunning van de reglementair voorziene waterparagraaf overeenkomstig de reglementering terzake

TERWIJL het decreet op het integraal waterbeheer dd. 18 juli 2003 en het besluit van de Regering ivm de watertoets dd 20 juli 2006 hieromtrent concreet bepalen en voorschrijven;

ZODAT de in dit middel aangehaalde wetsbepalingen en reglementen zijn geschonden.

Toelichting

Het decreet van 18 juli 2003 betreffende het integraal waterbeleid (Belgisch Staatsblad 14 november 2003) legt in Hoofdstuk III, afdeling I, welbepaalde verplichtingen op, die watertoets worden genoemd. Artikel 8 van dit decreet : uittreksels:

‘Artikel. 8.

§ 1. De overheid die over een vergunning, een plan of programma moet beslissen, draagt er zorg voor, door het weigeren van de vergunning of door goedkeuring te weigeren aan het plan of programma dan wel door het opleggen van gepaste voorwaarden of aanpassingen aan het plan of programma, dat geen schadelijk effect ontstaat of zoveel mogelijk wordt beperkt en, indien dit niet mogelijk is, dat het schadelijk effect wordt hersteld of, in de gevallen van de vermindering van de infiltratie van hemelwater of de vermindering van ruimte voor het watersysteem, gecompenseerd.

§ 2. De overheid houdt bij het nemen van die beslissing rekening met de relevante door de Vlaamse Regering vastgestelde waterbeheerplannen, bedoeld in hoofdstuk VI, voor zover die bestaan.

De beslissing die de overheid neemt in het kader van § 1 wordt gemotiveerd, waarbij in elk geval de doelstellingen en de beginselen van het integraal waterbeleid worden getoetst.’

De door het decreet bedoelde schadelijke effecten betreffen tevens de beveiliging tegen overstromingen.

In de memorie van toelichting bij dit artikel is expliciet gesteld dat ook de ‘locatiekeuze’ een element is dat bij de beoordeling terzake wordt betrokken.

In deze memorie verder gesteld:

‘De uitdrukkelijke motiveringsplicht voorzien in §2 van dit artikel werd ingevoegd om te benadrukken dat de beslissingen bedoeld in de eerste

alinea moeten worden getoetst vanuit de doelstellingen en beginselen van integraal waterbeleid'

Artikel 2 § 1 Hst II 'Nadere regels voor de toepassing van de watertoets' van het 'uitvoeringsbesluit' dd 20 juli 2006 (BS 31/10/2006), hierna verder uitvoeringsbesluit genoemd, bepaalt :

'Op de overheid die beslist over een vergunning...die een mogelijk schadelijk effect veroorzaken, rusten overeenkomstig artikel 8, §1, eerste lid van het decreet de volgende verplichtingen;

1/. ze legt alle voorwaarden op in de vergunning ...die ze in het licht van de kenmerken van het watersysteem en de aard van de vergunningplichtige activiteit.. gepast acht om het schadelijk effect te voorkomen of te beperken;

2/. als dat niet mogelijk is, legt ze...bij vermindering van ruimte voor het watersysteem compensatiemaatregelen op;

3/Als het schadelijk effect niet kan worden voorkomen, noch beperkt... weigert ze de vergunning..'

De decreetgever zegt daarover in zijn memorie van toelichting:

'Omdat het integraal waterbeleid een ruim toepassingsgebied heeft, wordt het begrip vergunning opgevat in zijn spraakgebruikelijke betekenis. Er kan bv worden gedacht aan ..de stedenbouwkundige vergunning'

'Nagaan of er zich schadelijke effecten kunnen voordoen en welke voorwaarden men best oplegt om ze te vermijden, te beperken, te herstellen dan wel te compenseren ligt niet altijd voor de hand. Vandaar dat de Vlaamse Regering in §3 de opdracht krijgt een instantie aan te wijzen die in deze aangelegenheden deskundig advies (k)an verstrekken. Het ligt voor de hand dat dit advies wordt gegeven door een administratie of instelling die bevoegd is voor het integraal waterbeleid of een bepaald facet ervan.

..Of er twijfel bestaat (nvdr:over een mogelijk schadelijk effect) moet worden beoordeeld door de betrokken overheid. Neemt de betrokken overheid onnodige risico's en ageert ze niet zorgvuldig, dan dreigt haar aansprakelijkheid in het gedrang te komen. Advies vragen bij de daartoe aangewezen instantie zal in dergelijk geval dan ook vaak onmisbaar zijn.'

Verder memoreert de memorie :

'Zoals gebruikelijk bij adviesverlening is het verstrekte advies niet-bindend. Dit betekent evenwel niet dat de overheid zomaar aan dat advies voorbij mag gaan. De algemene motiveringsplicht vereist immers dat afwijken van adviezen enkel rechtsgeldig kan gebeuren indien dat degelijk gemotiveerd wordt'.

In de memorie bij het decreet dd 18/7/2003 wordt omt(ren)t artikel 3 bij de definitie van '17/ schadelijk effect' daaronder ook verstaan : uittreksel : ' ..activiteiten die een risico impliceren op overstromingen. Maar ook minder vergaande aantastingen kunnen een betekenisvol nadelig effect uitmaken'

In de toelichtende nota vanwege de Vlaamse Regering (...) hierbij omtrent eventuele 'herstelmaatregelen' wordt gesteld :

'Belangrijk is hier het begrip van de timing. Wanneer bij de aflevering van een vergunning blijkt dat herstel- of compensatiemaatregelen nodig zijn, moet dat in dezelfde beslissing terug te vinden zijn. Dat kan enerzijds door specifieke voorwaarden op te leggen waardoor gegarandeerd wordt dat de herstel-of compensatiemaatregelen ten laatste gelijktijdig met de aanvang van de eigenlijke activiteit gerealiseerd zijn (of gerealiseerd zijn ten laatste op het moment dat het schadelijk effect kan optreden). Belangrijk daarbij is dat de voorwaarden moeten kunnen

vervuld worden door de uitvoerder van de activiteit. Als bv. blijkt dat om een verkaveling te realiseren of een gebouw op te richten er een extra waterberging moet aangelegd worden, moet er voor gezorgd worden dat de initiatiefnemer ook in staat is om die maatregelen uit te voeren. M.a.w. je kan niet opleggen dat een initiatiefnemer op terreinen van derden compensatiemaatregelen neemt, tenzij er een voorafgaandelijk akkoord van die derde aanwezig is'.

Het uitvoeringsbesluit voorziet bij de concrete besluitvorming ivm deze watertoets de toepassing van zeven beoordelingsschema's, weergegeven in de bijlagen I tot VI van het besluit. Om deze beoordelingsschema's eenvoudig te kunnen toepassen werd ten behoeve van in casu ook het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Assenede door de Vlaamse Regering de internettoepassing op www.watertoets.be ontwikkeld.

Artikel 3. § 1 van het uitvoeringsbesluit bepaalt : ' Met behoud van de toepassing van de andere reglementaire bepalingen die terzake van toepassing zijn, wordt de watertoets omtrent een vergunningsaanvraag .. uitgevoerd aan de hand van de hierna opgesomde beoordelingsschema's.'

Artikel 4. § 1 van het uitvoeringsbesluit bepaalt : 'Met behoud van de toepassing van de andere reglementaire bepalingen die terzake van toepassing zijn, moet de motivering van de beslissing over een vergunningsaanvraag voor de toepassing van de watertoets een duidelijk aangegeven onderdeel bevatten, de waterparagraaf genoemd, waarbij, eventueel rekening houdend met het wateradvies, een uitspraak wordt gedaan over:

1/ verenigbaarheid van de vergunningsplichtige activiteit met het watersysteem

2/ in voorkomend geval, de voorwaarden en maatregelen om het schadelijk effect dat kan ontstaan als gevolg van de vergunningsplichtige activiteit, te(...) voorkomen, te verminderen, te herstellen,.. of te compenseren

3/de toetsing van de beoordeling van de vergunningsplichtige activiteit en de opgelegde voorwaarden en maatregelen aan de doelstellingen, bepaald in artikel 5 van het decreet.'

In verband met de aanwijzing van de adviesinstantie en nadere regels voor de adviesprocedure bepaalt Artikel 5 § 1 van het uitvoeringsbesluit ivm de watertoets:

'Art. 5. § 1. Tenzij het anders bepaald is in de toepasselijke reglementering of in de in artikel 3 vermelde beoordelingsschema's zijn de adviesinstanties die overeenkomstig artikel 8, § 3 van het decreet advies uitbrengen over vergunningsaanvragen :

...

3/de gemeente of, in voorkomend geval, de polder of watering, als de vergunningsplichtige activiteit plaatsvindt in of in de nabijheid van een onbevaarbare waterloop van de derde categorie of van een niet-geklasseerde waterloop, die onder hun respectievelijke beheer valt, dan wel het oppervlaktewater in kwestie in die waterloop wordt verzameld

..

§3. De instantie aan wie een adviesvraag wordt voorgelegd door de vergunningverlenende overheid wordt geacht bevoegd te zijn om hierover advies uit te brengen.

'Art.8. Tenzij het anders bepaald is in de toepasselijke reglementering, bezorgt de overheid die om een wateradvies heeft verzocht binnen tien kalenderdagen nadat ze een beslissing heeft genomen een afschrift van

de beslissing aan de adviesinstantie die een wateradvies heeft uitgebracht'.

Getoetst aan deze weliswaar zeer recente wetgeving en regelgeving wordt vastgesteld dat het besluit van het College van Burg(e)meester en Schepenen (hierna verder de vergunningverlener genoemd) dd 14/11/2006 gebrekkig is in zijn hiernagenoemde elementen :

1. In afwijking van het bepaalde in artikel 8 § 1 van het decreet heeft de vergunningverlener nagelaten de mogelijks schadelijke effecten van de vergunningsplichtige werken voor het waterlopenstelsel/integraal water(lopen)beheer op het waterlopenstelsel te onderzoeken.

Als motief daartoe stipuleert de vergunningverlener dat de waterloop nr 8.210/19 'een louter private gracht' zou zijn.

Dat de waterloop 8.210/19 tot het waterlopenstelsel hoort en alzo voorwerp is van betreffende regelingen, is hierboven aangetoond.

Dat deze waterloop nr 8.210/19 als 'niet-geklasseerde waterloop' (in de zin van de wet op de waterlopen van 28/12/1967), ook voorwerp van toetsing moest zijn, blijkt mede uit de regelingen in artikel 5 § 1, 2/van het uitvoeringsbesluit van 20/07/2006 (BS 31/10/2006).

Dat de 'klassering van de waterlopen', overeenkomstig de wet op de waterlopen van 28/12/1967, geen enkele regeling van de 'beheersbevoegdheid' met zich brengt voor de daardoor/daarbij niet-geklasseerde waterlopen van/binnen de omschrijvingen van de polders.

Dat het feit van het 'klasseren van waterlopen' binnen een polder, zowel in uitvoering van de wet op de waterlopen, als in uitvoering van het bepaalde in het huishoudelijk reglement van in casu de Zwarte-Sluispolder, alleen zijn gevolgen heeft op en voor de financiering van de kosten van het onderhoud ervan. Dat een en ander ook blijkt uit de regelingen terzake zoals voorzien in het Provinciaal Reglement op de onbevaarbare waterlopen van de Provincie Oost-Vlaanderen dd 14/10/1955, KB dd 25/04/1956. : de artikels 5,9, en 11 tot en met 26.

Toepassing van deze bepalingen van artikel 8 brengt de wettelijk voorziene weigering met zich van een vergunning voor de gevraagde stedenbouwkundige vergunningsplichtige activiteiten aan en in waterloop nr. 8.210/19.

Vergunningverlener heeft nagelaten uitvoering te geven aan deze regeling.

2. In afwijking van het bepaalde in artikel 8 § 2 is de vergunningsbeslissing gebrekkig gemotiveerd, en is de vergunningsbeslissing niet gemotiveerd middels toetsing aan de doelstellingen en beginselen van het integraal waterbeheer.

De decretaal vastgestelde motiveringsplicht in deze veronderstelt immers ook dat afwijking van het advies van de polder wordt gemotiveerd. De afwijking van het advies van de polder is gebrekkig gemotiveerd. In tegenstelling tot wat de vergunning oordeelt : behoort kwestieuze waterloop immers wel tot het waterlopenstelsel en is het polderbestuur wel bevoegd om een advies uit te brengen omtrent de schadelijke gevolgen van de vergunningsplichtige activiteit op/voor bestaan en functioneren van waterloop nr 8.210/19 en voor het beheer ervan, alsook omtrent de terzake van toepassing zijnde reglementering.

3. In afwijking van het bepaalde in artikel 2 § 1, 1/ van het uitvoeringsbesluit heeft de vergunningverlener nagelaten de nodige voorwaarden op te leggen om hierboven en hierna genoemde schadelijke effecten voor (a) verwerende partij (ingevolge overstromingsrisico : cfr. III. BELANG en V. VERZWARING ERFDIENSTBAARHEID) en (b)

voor het waterlopenstelsel/integraal water(lopen) beheer te voorkomen of te beperken.

4. In afwijking van het bepaalde in artikel 2 § 1 , 3/ van het uitvoeringsbesluit heeft de vergunningverlener nagelaten om in uitvoering van de terzake bepaalde werkwijze de vergunning te weigeren.

5. In afwijking van het bepaalde in artikel 3 § 1 van het uitvoeringsbesluit werd enerzijds de watertoets niet uitgevoerd aan de hand van de daartoe voorziene beoordelingsschema's en heeft de vergunningverlener anderzijds de aanvraag niet getoetst aan de andere van toepassing zijnde reglementaire bepalingen

6. In afwijking van het bepaalde in artikel 4 § 1 van het uitvoeringsbesluit heeft de vergunningverlener nagelaten in zijn waterparagraaf :

6.1. de verenigbaarheid van de vergunningsplichtige activiteit met het watersysteem cq waterlopenstelsel te beoordelen

6.2. omtrent de voorwaarden en maatregelen om het schadelijk effect , als gevolg van de vergunde activiteit, te voorkomen, te verminderen of te herstellen naar behoren en in redelijkheid te hebben geoordeeld.

Naast de hierboven genoemde schadelijke effecten, voor het waterbeheer en voor de functionering van de waterloop, van de 'gemachtigde werken' langs en in de bedding ervan, lijkt een element van 'proeve van herstelmaatregel' daarvan, zoals bij de beraadslaging van het College van Burgemeester en Schepenen dd 29/082006 overwogen/gesteld :

'De overwelving van de private gracht in onderling akkoord kan een oplossing beiden voor het gestelde probleem'.

Deze alinea is echter niet meegenomen in de tekst van het gemeentelijk preadvies dd 05/09/2006.

Het is niet bekend of de notulen van deze beraadslagingen dd. 29/08/2006, als zodanig, een element zijn in het advies van de gemachtigde ambtenaar dd. 26/10/2006, waar hij verwijst naar het feit dat hij de overwegingen terzake van het College van Burgemeester en Schepenen overneemt in zijn advies.

Het polderbestuur stelt in zijn bijeenkomst dd 15/1/2006 (...) vast dat als 'herstelmaatregel' wordt voorgesteld om een 68 m lange overwelving aan te brengen in de bedding van waterloop nr 8.210/19.

Enerzijds zijn de onderkenning, de analyse en de formulering van de kwestieuze probleemstelling in de adviezen voorafgaand aan de vergunningsbeslissing afwezig, cq gebrekkig, ze is niet terzake en niet juist , anderzijds is deze alzo geformuleerde oplossing (herstelmaatregel) irrelevant naar wet, reglement alsook naar beleid.

Komt daarbij dat de formulering van deze mogelijke herstelmaatregel (quid ?) middels de plaatsing van een overwelving in waterloop nr 8.210/19 zoals aangegeven in de beraad(s)lagingen bij het preadvies dd 29/8/2006 (de jure al dan niet 'overgenomen' door de gemachtigde ambtenaar) geen maatregel noch voorwaarde is zoals bedoeld in het besluit. Het is maar een voorstel, dus gebrekkig naar wet en beleid.

Komt daarbij dat deze voorgestelde 'oplossing' zich ook situeert op de eigendom van een derde, cq op de eigendom van de verzoekende partij. Kwestieuze waterloop is vanin het midden van de bodem ervan in eigendom van verzoekende partij. De perceelsgrens ligt in het midden van de bodem van de waterloop. Er werd hieromtrent geen enkel voorafgaand overleg gevoerd met de verzoekende partij : noch door het gemeentebestuur noch door de aanvrager.

Er is hieromtrent ook geen akkoord onder partijen.

In het bezwaarschrift dd 25/7/2006 (...) van verzoekende partij (...) bij deze bouwaanvraag is gesteld :

‘..en dit zonder enige vorm van voorafgaande overeenkomst, noch akte, noch vergoeding’

De voornoemde toelichtende nota ad hoc van de Vlaamse Regering (...) stelt hieromtrent :

‘Belangrijk is dat de voorwaarden moeten kunnen vervuld worden door de uitvoerder van de activiteit.’

‘M.a.w je kan niet opleggen dat een initiatiefnemer op terreinen van derden compensatiemaatregelen neemt, tenzij er een voorafgaand akkoord van die derde aanwezig is.’

Het polderbestuur wijst hieromtrent in zijn beraadslaging van 15/01/2007 (...) op het volgende:

‘Er weze hierbij gewezen op het gemeentelijk reglement inzake het aanbrengen van overwelvingen van de gemeente Assenede dd 24/08/2004 waarbij ditzelfde bestuur zich uitspreekt tegen de aanleg van zo’n lange overwelvingen (patere legem quam ipse fecisti) . Het college verwijst daarbij zelf naar de ‘de Vlaamse code van goede praktijk in het waterbeheer’ waarbij is voorzien dat het aanbrengen van overwelvingen in/van de beddingen van openbare waterlopen zoveel mogelijk moet vermeden worden’.

Hierbij wordt bedoeld : ‘Code van goede praktijk voor duurzaam lokaal waterbeleid’ : (...)

‘De CODE VAN GOEDE PRAKTIJK VOOR DUURZAAM LOKAAL WATERBELEID is bestemd voor (...) gemeenten, steden, polders, wateringen en provincies’.

‘Deze code biedt een leidraad om op basis van een integrale watersysteemgerichte benadering een strategie uit te werken om te komen tot een pakket van maatregelen voor een duurzame omgang met het watersysteem’

Als probleemstelling wordt daarbij onderkend :.. (...) ‘jarenlang heeft men grachten gedempt’, ..(...) ‘nodeloze inbuizingen’.

Als streefdoel wordt hierin geformuleerd :

(...) ‘maximaal behoud en herstel van de natuurlijke structuur van de waterloop’

(...) ‘ behoud van de systeemeigen en waardevolle elementen van het beekstelsel’

(...) ‘ hemelwater wordt zoveel mogelijk aan de bron opgevangen..en geïnfiltrerd om piekafvoeren te voorkomen in de strijd tegen wateroverlast’

Het overwelven van waterlopen wordt dientgevolge maximaal ontraden. Vergunningverlener heeft dit beleid in zijn gemeentelijke reglementering ad hoc onderschreven.

Vergunningverlener wijkt nu in zijn beraadslaging dd 29/8/2006 bij dit advies, de jure (via de ‘overname’ van het advies van de gemachtigde ambtenaar) overgenomen in zijn vergunning dd 14/11/2006, af van zijn eigen beleidstelling.

Deze werkwijze door vergunningverlener is aangetast door : non-‘patere legem quam ipse fecisti’. De vergunningverlener is derhalve in casu o.a. niet in redelijkheid tot een oordeel gekomen, wat een aantasting met zich brengt van betreffend besluit.

6.3. een uitspraak te doen over een toetsing van de beoordeling van de vergunningplichtige activiteit en de opgelegde voorwaarden en maatregelen aan de doelstellingen, bepaald in artikel 5 van het dekreet 7. geen uitvoering gegeven te hebben aan de verplichting zoals voorzien in artikel 8 van het uitvoeringsbesluit om binnen de 10 kalenderdagen

een afschrift van haar beslissing over te maken aan het polderbestuur; deze verplichting is een essentieel onderdeel van het voorgeschreven bestuursproces, resp. beslissingsproces, terzake. Het middel is gegrond”.

2.2.1. Artikel 8, §1 van het decreet van 18 juli 2003 betreffende het integraal waterbeleid (hierna: DIWB) luidde ten tijde van het nemen van het bestreden besluit als volgt:

“De overheid die over een vergunning, een plan of programma moet beslissen, draagt er zorg voor, door het weigeren van de vergunning of door goedkeuring te weigeren aan het plan of programma dan wel door het opleggen van gepaste voorwaarden of aanpassingen aan het plan of programma, dat geen schadelijk effect ontstaat of zoveel mogelijk wordt beperkt en, indien dit niet mogelijk is, dat het schadelijk effect wordt hersteld of, in de gevallen van de vermindering van de infiltratie van hemelwater of de vermindering van ruimte voor het watersysteem, gecompenseerd.

Wanneer een vergunningsplichtige activiteit, een plan of programma, afzonderlijk of in combinatie met een of meerdere bestaande vergunde activiteiten, plannen of programma's, een schadelijk effect veroorzaakt op de kwantitatieve toestand van het grondwater dat niet door het opleggen van gepaste voorwaarden of aanpassingen aan het plan of programma kan worden voorkomen, kan die vergunning slechts worden gegeven of kan dat plan of programma slechts worden goedgekeurd omwille van dwingende redenen van groot maatschappelijk belang. In dat geval legt de overheid gepaste voorwaarden op om het schadelijke effect zoveel mogelijk te beperken, of indien dit niet mogelijk is, te herstellen of te compenseren”.

Het toentertijd geldende artikel 8, §2 DIWB bepaalt dat de beslissing die de overheid in het kader van artikel 8, §1 neemt, wordt gemotiveerd, waarbij in elk geval de doelstellingen en de beginselen van het integraal waterbeleid worden getoetst.

Artikel 3, §2, 17/ van hetzelfde decreet, zoals het gold ten tijde van het nemen van het bestreden besluit, bepaalt dat onder het begrip “schadelijk effect” verstaan moet worden :

“ieder betekenisvol nadelig effect op het milieu dat voortvloeit uit een verandering van de toestand van watersystemen of bestanddelen ervan die wordt teweeggebracht door een menselijke activiteit; die effecten omvatten mede effecten op de gezondheid van de mens en de veiligheid van de vergunde of vergund geachte woningen en bedrijfsgebouwen, gelegen buiten overstromingsgebieden, op het duurzaam gebruik van water door de mens, op de fauna, de flora, de bodem, de lucht, het water, het klimaat, het landschap en het onroerend erfgoed, alsmede de samenhang tussen een of meer van deze elementen”.

Het besluit van de Vlaamse regering van 20 juli 2006 tot vaststelling van nadere regels voor de toepassing van de watertoets, tot aanwijzing van de adviesinstantie en tot vaststelling van nadere regels voor de adviesprocedure bij de watertoets, vermeld in artikel 8 van het decreet van 18 juli 2003 betreffende het integraal waterbeleid, is in werking getreden op 1 november 2006. Aldus was het van toepassing op het ogenblik dat het bestreden besluit werd genomen.

Artikel 2 van dit besluit bepaalt:

“§ 1. Op de overheid die beslist over een vergunning, een plan of een programma die een mogelijk schadelijk effect veroorzaken, rusten overeenkomstig artikel 8, § 1, eerste lid van het decreet de volgende verplichtingen:

1/ ze legt alle voorwaarden op in de vergunning of ze gelast die aanpassingen aan het plan of programma die ze in het licht van de kenmerken van het watersysteem en de aard en omvang van de vergunningsplichtige activiteit, respectievelijk het plan of programma gepast acht om het schadelijke effect te voorkomen of te beperken;

2/ als dat niet mogelijk is, legt ze herstelmaatregelen op of, bij vermindering van de infiltratie van hemelwater of vermindering van ruimte voor het watersysteem, compensatiemaatregelen;

3/ als het schadelijke effect niet kan worden voorkomen, noch beperkt, en ook herstel of compensatie onmogelijk zijn, weigert ze de vergunning of weigert ze goedkeuring te verlenen aan het plan of programma.

Op de overheid die beslist over een vergunning, een plan of een programma die afzonderlijk of in combinatie met een of meer bestaande vergunde activiteiten, plannen of programma's een mogelijk schadelijk effect op de kwantitatieve toestand van het grondwater veroorzaken, rusten overeenkomstig artikel 8, § 1, tweede lid van het decreet de volgende verplichtingen:

1/ ze legt alle voorwaarden op in de vergunning of gelast aanpassingen aan het plan of programma die ze in het licht van de kenmerken van het watersysteem en de aard en omvang van de vergunningsplichtige activiteit, respectievelijk het plan of programma gepast acht om het schadelijke effect op de kwantitatieve toestand van het grondwater te voorkomen;

2/ als dat niet mogelijk is, oordeelt zij of de vergunningsplichtige activiteit of het plan of programma noodzakelijk is om dwingende redenen van groot maatschappelijk belang;

3/ als de vergunningsplichtige activiteit of het plan of programma niet noodzakelijk is om dwingende redenen van groot maatschappelijk belang, weigert ze de vergunning of weigert ze haar goedkeuring te verlenen aan het plan of programma;

4/ als de vergunningsplichtige activiteit of het plan of het programma noodzakelijk is om dwingende redenen van groot maatschappelijk belang, legt ze voorwaarden op om het schadelijke effect op de kwantitatieve toestand van het grondwater te beperken, te herstellen of te compenseren.

§ 2. De op te leggen voorwaarden om het schadelijke effect van een vergunningsplichtige activiteit te voorkomen of te beperken, kunnen betrekking hebben op onder meer:

1/ de gebruikte materialen, grond- en hulpstoffen of installaties;

2/ de wijze van bouwen of exploiteren;

3/ de omvang van de activiteit.

§ 3. De herstelmaatregelen en compensatiemaatregelen zijn in natura. Deze moeten door de initiatiefnemer worden doorgevoerd.

Bij een vergunningsplichtige activiteit worden de herstelmaatregelen zodanig opgelegd dat het herstel wordt doorgevoerd zodra dat mogelijk is. De compensatiemaatregelen worden zodanig opgelegd dat ze uiterlijk worden uitgevoerd op het ogenblik waarop de uitvoering van de vergunningsplichtige activiteit waardoor het schadelijke effect wordt veroorzaakt een aanvang neemt.

Bij plannen of programma's wordt tot het herstel of de compensatie beslist gelijktijdig met de definitieve vaststelling van het plan of programma. Het herstel wordt doorgevoerd na een activiteit ter uitvoering van het plan of programma zodra dat mogelijk is. De compensatiemaatregelen worden uiterlijk uitgevoerd op het ogenblik waarop een activiteit ter uitvoering van het plan of programma een aanvang neemt".

Artikel 3 van dit besluit luidt als volgt:

“§ 1. Met behoud van de toepassing van de andere reglementaire bepalingen die ter zake van toepassing zijn, wordt de watertoets omtrent een vergunningsaanvraag die betrekking heeft op een of meer van de hierna vermelde ingrepen uitgevoerd aan de hand van de hierna opgesomde beoordelingsschema's.

Voorafgaand aan het onderzoek middels deze beoordelingsschema's zal de vergunningverlenende overheid nagaan of er sprake kan zijn van een schadelijk effect zoals bedoeld in art. 3, § 2, 17/ van het decreet. Wanneer blijkt dat bedoeld schadelijk effect er niet zal zijn, is het advies van de watertoets positief.

Beoordelingsschema's:

1/als de vergunningsaanvraag betrekking heeft op het verkavelen van een stuk grond, het oprichten van een constructie, al dan niet gedeeltelijk of volledig ondergronds, of het aanleggen van een verharding, volgens het beoordelingsschema vastgesteld in bijlage I;

2/als de vergunningsaanvraag betrekking heeft op de opslag van, het storten van bodemvreemd materiaal of de wijziging van vegetatie, volgens het beoordelingsschema vastgesteld in bijlage II;

3/ als de vergunningsaanvraag betrekking heeft op een reliëfwijziging, volgens het beoordelingsschema, vastgesteld in bijlage III;

4/als de vergunningsaanvraag betrekking heeft op het aanleggen van een buffer- of infiltratievoorziening voor de opvang van oppervlakte- of hemelwater, volgens het beoordelingsschema, vastgesteld in bijlage IV;

5/ als de vergunningsaanvraag betrekking heeft op een lozing op een rioleringsstelsel, het oppervlaktewater of het grondwater, volgens het beoordelingsschema, vastgesteld in bijlage V;

6/als de vergunningsaanvraag betrekking heeft op een grondwaterwinning, volgens het beoordelingsschema, vastgesteld in bijlage VI;

7/als de vergunningsaanvraag betrekking heeft op een wijziging van de bedding en de structuurkwaliteit van de waterloop, volgens het beoordelingsschema, vastgesteld in bijlage VII.

Als in de beoordelingsschema's wordt verwezen naar een door de vergunningverlenende overheid te stellen vraag om advies geldt dat als aanbeveling. Zolang er geen waterbeheerplannen zijn vastgesteld of in het in artikel 2, § 1, tweede lid, vermelde geval geldt die verwijzing overeenkomstig artikel 8, § 3, derde lid van het decreet als een verplichting als de overheid twijfelt over het al dan niet optreden van een schadelijk effect en de op te leggen voorwaarden om dat effect te voorkomen, te beperken, te herstellen of te compenseren.

De afvoercoëfficiënten waarnaar de beoordelingsschema's verwijzen, zijn vastgesteld in bijlage VIII.

De kaarten waarnaar de beoordelingsschema's verwijzen als brongegevens zijn vastgesteld in bijlage IX tot XV.

§ 2. Als de gegevens van het aanvraagdossier dat voor de goede toepassing van de watertoets noodzakelijk maken, kan de vergunningverlenende overheid bij het opleggen van de voorwaarden en maatregelen afwijken van de in § 1 vermelde beoordelingsschema's.

§ 3. De overheid die op basis van één of meer van de in § 1 vermelde beoordelingsschema's tot een negatief resultaat komt, beslist over de vergunningsaanvraag overeenkomstig artikel 2".

Artikel 4, §1 van hetzelfde besluit bepaalt:

“Met behoud van de toepassing van de andere reglementaire bepalingen die ter zake van toepassing zijn, moet de motivering van de beslissing over een vergunningsaanvraag voor de toepassing van de watertoets een duidelijk aangegeven onderdeel bevatten, de waterparagraaf genoemd, waarbij, eventueel rekening houdend met het wateradvies, een uitspraak wordt gedaan over:

1/ de verenigbaarheid van de vergunningsplichtige activiteit met het watersysteem;

2/in voorkomend geval, de voorwaarden en maatregelen om het schadelijke effect dat kan ontstaan als gevolg van de vergunningsplichtige activiteit, te voorkomen, te verminderen, te herstellen, of, in de gevallen van de vermindering van de infiltratie van het hemelwater of de vermindering van de ruimte voor het watersysteem, te compenseren;

3/een toetsing van de beoordeling van de vergunningsplichtige activiteit en de opgelegde voorwaarden en maatregelen aan de doelstellingen, bepaald in artikel 5 van het decreet”.

2.2.2. Uit het geheel van deze bepalingen volgt dat een beslissing waarbij een vergunning wordt verleend een formele motivering moet bevatten waaruit blijkt dat de in artikel 8, §1 DIWB bedoelde watertoets is uitgevoerd. Bovendien dient deze watertoets luidens artikel 3 van het voormelde besluit van 20 juli 2006 te worden gehouden aan de hand van bepaalde beoordelingsschema's, indien blijkt dat er sprake kan zijn van een schadelijk effect in de zin van artikel 3, §2, 17/DIWB.

2.2.3. Het bestreden besluit bevat de volgende relevante motivering:

“watertoets:

Het project heeft een verharde parking uitgevoerd in KWS van 1790 m² en een dakoppervlakte van 823 m². De totale verharde oppervlakte bedraagt hierdoor 2613 m². Op 21.06.2006 werd een advies gevraagd aan de betrokken waterbeheerder (Bestuur Zwarte Sluispolder). Het Bestuur van de Zwarte Sluispolder heeft op 24.7.06 een ongunstig advies gegeven omdat langsheen de gracht tussen het perceel van de aanvrager en het perceel van de rechtsaanpalende geen erfdiensbaarheidszone van 5 m. wordt voorzien. Bij nazicht van de officiële plannen van de geklasseerde waterlopen blijkt dat de

betrokken gracht geen geklasseerde waterloop is. Het advies vermeldt nergens een gemotiveerde beoordeling van de verenigbaarheid van de aangevraagde vergunning met het watersysteem. Het advies dat niet werd ontvangen binnen de gestelde adviestermijn van 30 dagen is volledig in tegenspraak met het vorige advies van het Bestuur van de Zwarte Sluispolder, dat gunstig was zonder opmerkingen of voorwaarden. Overwegende dat de aanvrager als maatregel tegen de vermelde afvoer van oppervlaktewater 3 regenwaterputten van 20 000 l voorziet voor buffering en 1 put van 10 000 l. voor recuperatie en overwegende dat het buffervolume voor vertraagde afvoer 400 liter per begonnen 20 m² bedraagt, wordt geoordeeld dat geen schadelijke effecten zullen ontstaan aan het watersysteem op voorwaarde dat de parking wordt uitgevoerd in waterdoorlatende materialen ipv KWS-verharding”.

2.2.4. Nog afgezien van de vraag of de opgelegde voorwaarde met betrekking tot de te gebruiken materialen voor de parking kan beschouwd worden als de door artikel 4 van het voornoemde besluit van 20 juli 2006 opgelegde “waterparagraaf”, blijkt uit de bestreden beslissing in ieder geval dat er sprake is van mogelijke schadelijke effecten, nu in de motivering maatregelen worden opgelegd met betrekking tot de waterdoorlatendheid van het materiaal waarin de parking dient te worden uitgevoerd en er sprake is van opvangmogelijkheden voor de afvoer van oppervlaktewater. Bijgevolg diende het college van burgemeester en schepenen de opgelegde watertoets te verrichten met toepassing van de in artikel 3 van het voormelde besluit voorziene beoordelingsschema’s. Uit niets blijkt dat de watertoets met toepassing van deze beoordelingsschema’s werd uitgevoerd. Het college van burgemeester en schepenen beroept zich in haar motivering enkel op adviezen van het polderbestuur, waaromtrent ze zelf stelt dat ze de eigenlijke waterproblematiek niet behandelen. Derhalve is aan de bovenvermelde bepalingen met betrekking tot de watertoets niet voldaan.

Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van 14 november 2006 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Assenede waarbij aan de n.v. OKAY de stedenbouwkundige vergunning wordt verleend voor het bouwen van een polyvalent gebouw met bijhorende parking en groenvoorziening op een perceel gelegen te Assenede, Trieststraat 191, kadastraal bekend sectie C, nr. 652/p2, en van

het daaraan voorafgaand advies van de gemachtigde ambtenaar van 26 oktober 2006.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verwerende partijen, ieder voor de helft.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op eenentwintig september 2009, door de Xe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	R. STEVENS,	kamervoorzitter,
	J. BOVIN,	staatsraad,
	P. LEFRANC,	staatsraad,
Mevr.	G. SCHEVENEELS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

G. SCHEVENEELS.

R. STEVENS.