

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 117.488 van 25 maart 2003
in de zaak A. 54.822/XII-1258.**

In zake : de STAD AALST

tegen :

de BESTENDIGE DEPUTATIE VAN DE PROVINCIERAAD
VAN OOST-VLAANDEREN.

tussenkommende partij :

de NV ADVIESKANTOOR DE MEDTS,
gevestigd te Aalst,
Gerstenbaan 35.

D E R A A D V A N S T A T E, X I I e K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de stad Aalst op 29 november 1993 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit van 30 september 1993 van de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen waarbij “[w]aterloop nr 10 wordt afgeschaft als openbare waterloop vanaf het punt B tot aan de uitmonding in waterloop nr 5.073”;

Gelet op het arrest nr. 45.916 van 1 februari 1994 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 2 december 1994;

Gelet op de beschikking van 1 februari 1995 die de tussenkomst van de NV Advieskantoor De Medts toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur F. De Buel;

Gelet op de beschikking van 9 januari 1997 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien het verzoek tot voortzetting van de procedure van de verzoekende partij en haar laatste memorie;

Gelet op de beschikking van 17 juli 2002 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 24 september 2002;

Gehoord het verslag van staatsraad J. Lust;

Gehoord de opmerkingen van bestuurssecretaris A. Van Eeckaute, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur-afdelingshoofd F. De Buel;

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

Overwegende dat NV Advieskantoor De Medts, tussenkomende partij, op 8 maart 1993 aan de stad Aalst vraagt “een onderzoek ‘kommer en baten’ in te stellen tot het bekomen van de gedeeltelijke afschaffing van waterloop Nr. 10, Fonteinmeerschzijk te Aalst”; dat tijdens het onderzoek geen bezwaren zijn ingediend; dat het college van burgemeester en schepenen op 1 juni 1993 de aanvraag ongunstig adviseert; dat op 30 september 1993 de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen waterloop nr. 10 afschaft als openbare waterloop vanaf een punt B tot aan de uitmonding in waterloop nr. 5.073;

Overwegende dat de tussenkomende partij “[d]e procedureregels” miskend acht doordat “het voor eensluidend verklaard afschrift van het verzoekschrift niet conform is aan het origineel, nu het plan waarvan gewag op pagina 1 niet is gevoegd”;

Overwegende dat het betreffende plan geen deel uitmaakt van het verzoekschrift; dat een afschrift van het verzoekschrift dan ook geen plan behoefde te bevatten opdat het met het origineel eensluidend zou zijn; dat de exceptie verworpen wordt;

Overwegende dat de tussenkomen partij voorts opwerpt dat “de administratieve procedure niet voorafgaand werd uitgeput”; dat zij toelicht dat verzoekster artikel 19 van de wet van 28 december 1967 betreffende onbevaarbare waterlopen heeft miskend, volgens hetwelk het college van burgemeester en schepenen na ontvangst van de beslissing van de bestendige deputatie tot verlening van een vergunning in beroep kan gaan bij de Koning;

Overwegende dat de mogelijkheid van “[v]erhaal bij de Koning” waarin artikel 19 van de wet van 28 december 1967 betreffende de onbevaarbare waterlopen voorziet alleen de in het artikel bedoelde beslissingen geldt die de gouverneur van de provincie of de bestendige deputatie van de provincie heeft genomen met betrekking tot waterlopen die als een onbevaarbare waterloop zijn gerangschikt; dat niet blijkt dat waterloop nr. 10 als zodanig is geclassificeerd; dat de exceptie verworpen wordt;

Overwegende dat de tussenkomen partij ten slotte de onontvankelijkheid van de vordering tegenwerpt omdat verzoekster heeft nagelaten het beroep tot nietigverklaring terzelfder tijd in te stellen als de vordering tot schorsing;

Overwegende dat zowel de vordering tot schorsing als het besproken beroep met een op 29 november 1993 ter post aangetekend verzonden brief zijn ingesteld; dat de exceptie bijgevolg grond mist;

Overwegende dat verzoekster in een eerste middel aanvoert dat de verwerende partij met het aangevochten besluit haar bevoegdheid heeft overschreden “door een machtiging te verlenen, ruimer dan de aanvraag”;

Overwegende dat de verwerende partij repliceert dat “dit gedeelte van de waterloop dat door het besluit van de Bestendige Deputatie van 30 september 1993 afgeschaft werd en dat niet het voorwerp uitmaakte van de aanvraag tot afschaffing, reeds afgeschaft werd door het besluit van de Bestendige Deputatie van

18.08.1988” en dat wat dat betreft “het besluit van de Bestendige Deputatie van 30 september 1993 dan ook niet meer [is] dan de bevestiging van het besluit van de Bestendige Deputatie van 18 augustus 1988”;

Overwegende dat verzoekster in essentie dupliceert dat duidelijk blijkt dat de bestendige deputatie op 30 september 1993 een besluit heeft getroffen waarbij meer wordt toegestaan dan werd aangevraagd en dat geen rekening is gehouden met het schrijven van 14 (lees: 24) juni 1991 van de provincie, hetwelk uitdrukkelijk meldt dat aangezien geen gebruik werd gemaakt van het besluit van 18 augustus 1988, het afschaffingsbesluit mag worden beschouwd als onbestaande;

Overwegende dat verzoekster en de verwerende partij het er kennelijk over eens zijn dat met het bestreden besluit de bestendige deputatie 176 meter méér van de waterloop nr. 10 afschaft dan door de tussenkomen de partij was gevraagd én dat de bestendige deputatie reeds eerder, bij besluit van 18 augustus 1988, machtiging tot afschaffing van dat gedeelte gaf; dat verzoekster, in tegenstelling tot de verwerende partij, wel meent dat met het besluit van 18 augustus 1988 geen rekening mag worden gehouden aangezien het intussen vervallen zou zijn;

Overwegende dat voormeld besluit van 18 augustus 1988 niet alleen de afschaffing van waterloop nr. 10 over een lengte van 176 m toeliet, maar ook de verlegging en de overwelving ervan over een afstand van 11 m; dat op 20 juni 1991 de hoofdingenieur-directeur van de derde directie van de provincie vaststelt dat de gemachtigde werken tot het verplaatsen en overwelving van waterloop nr. 10 nog niet zijn aangevat; dat met brief van 24 juni 1991 namens de gouverneur aan verzoekster wordt meegedeeld, wat “Betreft : verplaatsen en overwelven delen van waterloop nr. 10”, dat de machtiging als niet-bestaande wordt beschouwd;

Overwegende dat er bijgevolg reden is om aan te nemen dat de vaststelling, in de brief van 24 juni 1991, dat de door het besluit van 18 augustus 1988 van de bestendige deputatie gegeven machtiging als onbestaande moet worden aangemerkt, geen betrekking heeft op de afschaffing van de waterloop over 176 m; dat in dit licht het verweer van de verwerende partij wordt bijgetreden dat de afschaffing door de bestreden beslissing van weer diezelfde 176 m louter een bevestiging is, en rechtens irrelevant; dat het middel niet tot vernietiging kan leiden; dat het verworpen wordt;

Overwegende dat een tweede middel doet gelden dat de bestendige deputatie verwijst naar de wet van 28 december 1967 als zijnde de wet waarop zij haar besluit heeft gesteund, dat die wet echter alleen van toepassing is op de geklasseerde waterlopen, dat waterloop 10 geen zo'n waterloop is, dat te dezen het provinciaal reglement van 27 mei 1955 van toepassing is, dat het besluit derhalve behept is met een dwaling omtrent de rechtsgrond en niet met de nodige zorgvuldigheid is genomen;

Overwegende dat verwerende partij antwoordt dat de wet van 28 december 1967 wel degelijk van toepassing is op de niet-geklasseerde waterlopen, aangezien deze wet in artikel 23, § 1, de aanzet geeft tot het uitvaardigen van de reglementering op de niet-geklasseerde waterlopen;

Overwegende dat verzoekster in de memorie van wederantwoord blijft benadrukken dat “in geen geval” de wet van 1967 van toepassing is, dat de volledige procedure tot verplaatsing of afschaffing van de betrokken waterloop door het provinciaal reglement van 1955 wordt geregeld en dat het aangevochten besluit zijn rechtsgrond uit een niet-toepasselijke wet put;

Overwegende dat artikel 23, § 1, van de wet van 28 december 1967 betreffende de onbevaarbare waterlopen de provinciale raden er toe verplicht “regelen te stellen betreffende de waterlopen die niet onder de gelding vallen van deze wet”, onder meer wat de ruiming, het onderhoud en de herstelling ervan betreft, de buitengewone werken van verbetering of wijziging van de bedding of het tracé van de waterloop, de vereiste machtigingen voor het aanleggen, het verwijderen of het veranderen van bruggen, sluizen, stuw- of keerdammen, overwelvingen of andere tijdelijke of bestendige kunstwerken, de vereiste machtigingen voor beplantingen en voor het oprichten van gebouwen langs de waterloop, het verbod de loop van het water op enigerlei wijze te belemmeren of de normale staat van het water van de waterloop, van zijn oevers of van de werken die er zich op bevinden, te beschadigen; dat, in die mate, de wet geacht kan worden sinds haar inwerkingtreding mee tot rechtsgrond te dienen van het door verzoekster bedoelde reglement van 27 mei 1955 van de provincieraad van Oost-Vlaanderen, hetwelk er toe strekt de “noodzakelijke voorschriften” vast te stellen “om het onderhoud te verzekeren” van de niet-geclassificeerde onbevaarbare waterlopen; dat aldus beschouwd de verwijzing in de bestreden beslissing naar de meergenoemde wet van 28 december 1967 niet misplaatst is; dat het middel verworpen wordt;

Overwegende dat een derde middel de motiveringsplicht geschonden noemt; dat wordt uiteengezet dat sinds de wet van 29 juli 1991 op de motiveringsplicht en het decreet van 23 oktober 1991 op de openbaarheid van bestuursdocumenten de motieven moeten opgenomen worden in de beslissing, dat de motieven te dezen nietszeggend zijn, “dat wanneer de verplichte adviezen, in casu het advies van het College van Burgemeester en Schepenen, niet worden gevolgd door de beslissende overheid er grondig moet worden aangetoond waarom deze adviezen niet werden gevolgd” en dat niet wordt aangetoond dat de toegelaten afschaffing van waterloop nr. 10 geen schade zal toebrengen aan de waterhuishouding van het lager gelegen parkgebied;

Overwegende dat de verwerende partij in de memorie van antwoord doet gelden dat het negatief advies van het stadsbestuur hoofdzakelijk is gesteund op de bewering dat het perceel sectie G, nr. 46m, in het waardevolle natuurgebied “De Gerstjens” is gelegen en op het argument dat het dempen van de beek voor dit gebied onverantwoorde gevolgen zou hebben, dat dit in de machtiging uitdrukkelijk wordt weerlegd, dat bovendien in artikel 1 van het besluit met geen woord over een toelating tot demping wordt gerept, dat uit een en ander “voldoende impliciet blijkt dat de beslissing tot afschaffing geen enkele negatieve invloed kan hebben op de waterhuishouding van het parkgebied”;

Overwegende dat verzoekster in de memorie van wederantwoord nog betoogt dat het bestreden besluit afwijkt van eerder door de bestendige deputatie genomen beslissingen, zonder dat uitdrukkelijk wordt aangegeven op welke grond, en herhaalt dat uit de bestreden beslissing ook niet uitdrukkelijk blijkt waarom de adviezen van het college van burgemeester en schepenen niet zijn gevolgd;

Overwegende dat de bestreden beslissing uitspraak doet over het verzoek vanwege de tussenkomende partij tot gedeeltelijke afschaffing van waterloop nr. 10 te Aalst; dat de formele motivering uitdrukkelijk gewag maakt van het ongunstig advies van 1 juni 1993 van het college van burgemeester en schepenen dat zelf uitsluitend verantwoord wordt door een verwijzing naar drie andere, ongunstige adviezen; dat van die drie adviezen alleen het advies van de stedelijke dienst leefmilieu motieven bevat; dat deze motieven in de bestreden beslissing als volgt wordt samengevat en beantwoord :

“Gelet op het ongunstig advies van de dienst leefmilieu van de stad Aalst, waaruit blijkt dat :

- het perceel sectie G nr 46m, eigendom van de heer De Medts, bezet is met een gemengd bos;
- de beek, gelegen tussen hogervermeld perceel en de Gerstenbaan, samen met het bos deel uitmaken van het parkgebied 'de Gerstjens';
- dit bosgedeelte het meest waardevolle gebied is van gans het parkgebied;
- het dempen van de beek vanuit ecologisch en landschappelijk oogpunt dan ook totaal onverantwoord is;

Gelet op het feit dat het perceel sectie G nr 46m volgens het gewestplan woonuitbreidingsgebied is en geen deel uitmaakt van het parkgebied 'de Gerstjens';

Gelet op het feit dat waterloop nr 10 t.h.v. het punt B opgenomen is in de riolering van de Gerstenbaan;

Overwegende dat het deel van de waterloop, stroomafwaarts punt B, hierdoor geen betekenis meer heeft;

Gelet op het feit dat jaren geleden het meest afwaartse deel van de beek reeds gedempt werd binnen het parkgebied”;

Overwegende dat uit het citaat blijkt dat de verwerende partij wel degelijk formeel heeft gemotiveerd waarom zij van het advies van het schepencollege is afgeweken; dat die verantwoording bovendien steek houdt, des te meer waar het advies van het college van burgemeester en schepenen in essentie hierop neerkomt dat het dempen van de beek totaal onverantwoord zou zijn, terwijl de bestreden beslissing, zoals de verwerende partij in de memorie van antwoord opmerkt, niet van een toelating tot een dergelijke demping gewaagt; dat hoe dan ook het aan verzoekster toekwam, zo zij meende dat die redengeving niettemin lacunair of anderszins gebrekkig was, zulks met een minimum aan nauwkeurigheid te verduidelijken, in principe in het verzoekschrift; dat zij dit niet gedaan heeft; dat ook het derde en laatste middel verworpen wordt,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 99,16 euro, komen ten laste van verzoekster.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 74,37 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
vijfentwintig maart 2003, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.