

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 207.510 van 23 september 2010
in de zaak A. 181.761/VII-37.693.**

In zake: de ISABELLAPOLDER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dominique Matthys
kantoor houdend te Gent
Sint-Annaplein 34
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse
regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Vincke
kantoor houdend te Avelgem
Kasteelstraat 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 16 maart 2007, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse minister van Openbare Werken, Energie, Leefmilieu en Natuur van 8 januari 2007 houdende uitspraak over het verhaal ingesteld door Etienne De Zutter uit Sint-Laureins op 6 september 2000 tegen de beslissing van de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen van 24 augustus 2000 waarbij machtiging verleend wordt tot het overwelden van de waterloop nr. 8.250 over 100 meter te Bassevelde.

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.

Eerste auditeur Patricia De Somere heeft een verslag opgesteld.

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

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

Kamervoorzitter Luc Hellin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dominique Matthys, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Filip Vincke, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Patricia De Somere heeft 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

3.1. De verzoekende partij, openbare instelling met eigen rechtspersoonlijkheid, heeft het beheer over de onbevaarbare waterloop nr. 8.250, tweede categorie, te Bassevelde - Assenede.

In de bestuursvergadering van de verzoekende partij van 8 december 1989 wordt beslist "het verzoek dat de ambtenaren van de Provincie gaven in verband met het versterken van de oever van waterloop 8.250, achter de benzinepomp van Julien Haverbeke, doortocht Bassevelde-dorp, goed te keuren. Dit dient in beton te gebeuren. Deze opdracht wordt aan aannemer Van De Moere gegeven".

In 1996 worden de noodzakelijke wandversterkingen aangebracht om inkalving van de oevers te voorkomen.

3.2. In de bestuursvergadering van de verzoekende partij van 6 mei 1997 wordt beslist wegneembare volle platen met ronde gaten aan te brengen op de oeververdediging in de Beekstraat te Bassevelde tussen Slager en Dorp om de

veiligheid te bevorderen en reukhinder te verminderen. Deze overwelfingswerken worden in 1998 uitgevoerd. De verzoekende partij ging er van uit dat de machtiging daartoe van de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen niet was vereist omdat het "wegneembare platen betreft waardoor het onderhoud mogelijk blijft".

3.3. In de bestuursvergadering van de verzoekende partij van 25 juni 1999 wordt beslist, na klacht betreffende de uitvoering van deze werken bij de provincie, vooralsnog een machtiging tot het overwelfen van bedoelde waterloop over ongeveer 100 meter, bij de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen aan te vragen.

3.4. Van 9 augustus tot en met 24 augustus 1999 wordt te Assenede een openbaar onderzoek georganiseerd betreffende deze machtigingsaanvraag. Twee bezwaarschriften worden ingediend door E. Luckx en door Etienne De Zutter op 23 augustus 1999.

3.5. Op 24 augustus 2000 beslist de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen de machtiging tot het overwelfen van waterloop nr. 8.250 over ongeveer 100 meter te verlenen.

3.6. Op 29 augustus 2000 wordt dit besluit van de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen aan Etienne De Zutter betekend. Op 6 september 2000 dient Etienne De Zutter een bezwaarschrift in tegen dit besluit bij de Vlaamse regering.

3.7. Bij besluit van 27 maart 2001 doet de Vlaamse minister van Leefmilieu en Landbouw uitspraak over voormeld bezwaarschrift en beslist zij de verleende machtiging tot het overwelfen van de waterloop nr. 8.250 te beperken tot een breedte van de overwelfing die een functionele toegang verzekert tot de woningen.

De vordering tot schorsing ingesteld tegen dit besluit wordt door de Raad van State verworpen bij arrest nr. 103.399 van 8 februari 2002 bij gebrek aan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel. Bij arrest nr. 189.309 van 6 januari 2009 worden de debatten in de annulatieprocedure heropend om de belangen van de verzoekende partij veilig te stellen, gelet op het tussengekomen thans bestreden besluit.

3.8. In de loop van het jaar 2004 zijn ter hoogte van de overwelving rioleringswerken uitgevoerd door de NV Aquafin. Bij deze werken zijn rioleringsbuizen in de waterloop nr. 8.250 aangebracht met bevestiging tegen de wandversterkingen. In opdracht van de Vlaamse minister van Leefmilieu en Landbouw zijn de welfsels ter hoogte van de achterzijde van de huizen in de Beekstraat weggenomen, de welfsels ter hoogte van de sociale woningen voorlopig behouden in afwachting van een groene herinrichting door de gemeente Assenede, en wordt het derde traject ter hoogte van de slagerij in eigendom van de heer Haers, afgedekt gelaten.

3.9. Op 15 september 2006 adviseert de afdeling Water van de Vlaamse Milieumaatschappij (hierna : VMM) voornoemd besluit van 27 maart 2001 in te trekken en het besluit van de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen van 24 augustus 2000 te vervangen door een nieuw ministerieel besluit.

3.10. Op 8 januari 2007 neemt de Vlaamse minister van Openbare Werken, Energie, Leefmilieu en Natuur het bestreden besluit.

IV. Nadere omschrijving van het voorwerp van het beroep

4. Uit de middelen van het verzoekschrift wordt afgeleid dat de verzoekende partij enkel kritiek heeft op het bestreden besluit met betrekking tot "het resterende gedeelte van de waterloop waarvan wordt gezegd dat overwelving niet is toegestaan".

Het voorwerp van onderhavig annulatieberoep is derhalve beperkt tot volgende zin in artikel 3 van het bestreden besluit : "het traject van de onbevaarbare waterloop nr. 8.250 van aan de fietsbrug tot aan het bankkantoor dient in open loop gehouden, (behoudens functionele toegang zoals aangeduid op bijhorend plan)".

Het beroep strekt niet tot de vernietiging van artikel 1 van het bestreden besluit, waarbij voormeld ministerieel besluit van 27 maart 2001 wordt ingetrokken, noch van het gedeelte van artikel 3 van het bestreden besluit waarbij enerzijds regularisatie wordt verleend aan de overwelving van de onbevaarbare waterloop nr. 8.250 te Bassevelde met wegneembare welfsels ter hoogte van de sociale woningen van aan de beenhouwerij in eigendom van de heer Haers tot aan

de fietsbrug te Bassevelde, en waarbij anderzijds wordt gesteld dat de wandversterking overal mag blijven bestaan.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij roept in een eerste middel de schending in van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

Zij verwijst naar haar argumentatie uiteengezet in de zaak A. 104.986 en stelt dat het bestreden besluit geen verband legt met de concrete feitelijke toestand ter plaatse, dat het neerkomt op het regulariseren van de huidige bestaande toestand zoals deze werd gerealiseerd na de door de NV Aquafin uitgevoerde rioleringswerken zonder deugdelijke motivatie voor het gedeelte waarvan opnieuw wordt gesteld dat het niet mag worden overwelfd. Het bestreden besluit bevat volgens de verzoekende partij niet of op onvoldoende wijze de feitelijke overwegingen die aan de beslissing ten grondslag liggen en verwijst naar beleidsdocumenten en intentieverklaringen zonder een concreet verband te leggen met de feitelijke toestand ter plaatse waar door de verzoekende partij destijds werd beslist de overwelfing uit te voeren.

De verzoekende partij verwijst naar de foto's die werden meegedeeld in voornoemde zaak A. 104.986 die volgens haar aangeven hoe de toestand ter plaatse eruit ziet, met name de gracht die over een 100-tal meter loopt, eerst vlak voor een aantal woningen en een beenhouwerij en vervolgens langs de achtergevels van enkele woningen. Zij stelt dat het aspect veiligheid als één van de redenen voor de uitvoering van de werken in aanmerking is genomen en dat waar thans deels werd tegemoet gekomen aan het aspect veiligheid voor wat betreft de nabijheid van een aantal woningen, voor het overige het gevaar van de aantasting van de stabiliteit van een aantal andere woningen nog steeds blijft bestaan. Volgens haar zijn de concrete feitelijke gegevens met betrekking tot het resterende gedeelte van de waterloop dat niet mag worden overwelfd, in het bestreden besluit niet besproken of onderzocht.

Dat de motivering van het bestreden besluit geen voeling heeft met de concrete onderliggende feiten wordt volgens haar bewezen door enerzijds het feit dat ten gevolge van de rioleringswerken, uitgevoerd door de NV Aquafin, een onesthetische situatie in het leven is geroepen die ook de natuurlijke functie van de waterloop aldaar teniet doet doordat tegelijk met het wegnemen van de gewelven in het open gedeelte van de waterloop, dat volledig in beton is uitbekleed, rioleringsbuizen vastgehecht zijn aan deze betonnen wanden, en anderzijds door het feit dat in opdracht van de VMM direct stroomafwaarts werd overgegaan tot het volledig inbuizen van de waterloop over een lengte van meer dan 200 meter terwijl dit niet mogelijk of toegelaten zou zijn over een kleine afstand op de litigieuze plaats.

6. De verwerende partij antwoordt dat op de feitelijke gegevens correct beleidslijnen zijn toegepast, aangezien de Beleidsnota Leefmilieu 2000-2004 stelt dat grachten en kleine waterlopen teveel zijn gedempt en ingebuisd en dat de herwaardering van de veelzijdige functies van de grachten en niet gecatalogeerde waterlopen - terug openleggen van onterecht ingebuisde trajecten - prioriteit krijgt. Zij stelt dat in het bestreden besluit de argumenten worden weergegeven die uitgebreid worden behandeld in het advies van de afdeling Water, waaruit vooral blijkt dat diverse beleidsdocumenten ervoor opteren zo weinig mogelijk waterlopen te overwelven en overwelfde waterlopen opnieuw vrij te maken.

De verwijzing naar de afkalving van de bestaande oevers en de daaruit volgende bedreiging voor de huizen, is volgens de verwerende partij een feitelijke situatie die niets te maken heeft met het bestreden besluit, dat er van uitgaat dat er een bestaande oeerversterking is ter vermijding van de gesignaleerde gevaren en enkel verbiedt om op deze versterking een overwelling aan te brengen, terwijl de overwelling op zich niets verandert aan de stevigheid van de oever of de veiligheid van de aanpalende huizen. De vermelding "dat een overwelling moet beperkt blijven tot die breedte die een functionele toegang verzekert tot de woningen" is volgens haar concreet genoeg omdat deze passage slechts op één wijze kan worden uitgelegd, met name dat er overwelling mag worden aangebracht naar de deur of poort van elk huis toe.

De verwerende partij concludeert dat de motivering de vereiste draagkracht heeft en juist, pertinent en concreet is. Zij stelt dat de minister over de volledige discretionaire bevoegdheid beschikt om de machtiging toe te kennen dan wel te weigeren, mits de beslissing voldoende gemotiveerd wordt en dat hij in het

bestreden besluit alle belangen afweegt en concludeert dat de problemen van geuren rattenhinder anders kunnen worden opgelost en het openlaten van de waterloop best past in het algemene beleid, ook toegespitst op de concrete situatie.

De verwerende partij stelt voorts dat de motivering geen tegenstrijdigheden bevat omdat de weigering tot overwelving in essentie gebaseerd is op een algemeen beleid om waterlopen open te houden en niet op een overweging in verband met ratten, waarmee de motivering van de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen weerlegd wordt en de reden van weigering bijkomend gemotiveerd wordt. Dat er in de beleidsdocumenten van de afdeling Water sprake is van waterlopen van de eerste categorie brengt volgens haar geen tegenstrijdigheid met zich mee, maar wijst op een gelijklopende visie voor alle waterlopen, met name om deze zoveel mogelijk open te laten. Zij verwijst ook naar de beschikking van het comité van ministers van de Benelux Economische Unie van 26 april 1996 die de regeringen oplegt vóór 1 januari 2010 de vrije migratie van vissoorten in alle hydrografische stroomgebieden, ongeacht de beheerder, mogelijk te maken en stelt dat een overwelving van een onbevaarbare waterloop over een afstand van 100 meter een daadwerkelijke hinderpaal vormt voor de vrije migratie van vissen. Zij stelt daarnaast dat het bestreden besluit geen "automatische" toepassing is van de beleidslijnen zonder concrete toets, aangezien het de motieven van het besluit van de bestendige deputatie weerlegt, ingaat op de bezwaren van de beroepsindiener en ten slotte verwijst naar de beleidslijnen.

Waar de verzoekende partij verwijst naar een niet-esthetische aanpak en het feit dat verderop de waterloop wel overwelfd is, antwoordt de verwerende partij dat de verzoekende partij geen kritiek uit op het al dan niet navolgen van de adviezen, maar op de inhoud van het advies zelf en op het beleid van de Vlaamse overheid, waar de rechter zich niet over mag uitspreken. Zij stelt dat esthetiek geen norm is voor het beleid en dat het een loutere bewering is, te stellen dat de natuurlijke functie van de waterloop volledig is verdwenen. Volgens haar toont de verzoekende partij niet aan dat het bestreden besluit gesteund is op voornoemde beleidsoptie en wordt in het bestreden besluit gesteld dat het overwelfde gedeelte verderop afgesloten gelaten wordt omwille van een welbepaalde reden, met name vanwege de beperkte ruimte en de aansluiting op de bestaande historische overwelving, terwijl voor het traject ter hoogte van de sociale woningen een beslissing minder urgent was, aangezien daar de welfsels konden worden weggenomen en een voorstel werd afgewacht van de gemeente. De verwerende partij besluit dat er concreet is ingegaan op de situatie ter plekke.

7. De verzoekende partij repliceert dat uit de memorie van antwoord blijkt dat "het er de verwerende partij om te doen is bepaalde onterechte klachten van (Etienne De Zutter) tegemoet te treden", dat de rattenproblematiek niet door de overwelving wordt opgelost, maar dat de bewoners in de onmiddellijke buurt van de inmiddels toegelaten overwelfde gracht een oplossing hebben gekregen voor de klachten met betrekking tot hygiëne. Volgens haar getuigt de inconsequentie met betrekking tot de inmiddels toegelaten overwelving over meer dan 100 meter in een verdere fase, aansluitend op de litigieuze overwelving, ervan dat de verwerende partij een overhaaste beslissing heeft genomen, waarbij zij zich op louter abstracte wijze heeft laten leiden door absolute beleidslijnen en bevat het bestreden besluit niet, of minstens op onvoldoende wijze, de feitelijke overwegingen die aan de beslissing ten grondslag liggen.

De niet-esthetische aanpak, het tenietdoen van de natuurlijke functie en het feit dat wat verderop de waterloop wel overwelfd is, zijn volgens haar voorbeelden van feitelijke factoren die de verwerende partij niet in rekening heeft gebracht. De verzoekende partij stelt voorts dat het feit dat de verwerende partij heeft toegelaten dat de litigieuze waterloop zowel stroomopwaarts over ongeveer 50 meter als stroomafwaarts over ongeveer 200 meter zou worden overwelfd, aantoonde dat van één of meerdere doelstellingen van de Beleidsnota Leefmilieu 2000-2004 kan worden afgeweken wanneer daartoe technische redenen voorhanden zijn, dat niet staande kan worden gehouden dat de resterende strook van 50 meter in volle beton nuttig kan zijn voor het behoud van het visbestand, voor de bestrijding van ratten, voor een eventuele buffering in geval van occasionele wateroverlast of voor de bestrijding van stank, dat onduidelijk is waarom voor de aanpalende overwelvingen de veiligheidsoverwegingen wel in rekening werden gebracht en voor de circa 50 meter litigieuze meters niet en dat, gelet op de vergunde uitvoering in beton en de vergunde bevestiging van de Aquafin-buizen tegen één van de betonnen wanden in het open gedeelte, geen sprake meer kan zijn van een herwaardering van dit kleine deel van de waterloop. De verzoekende partij besluit dat er technische redenen te over zijn om af te wijken van de hoger aangehaalde beleidsnota.

8. In haar laatste memorie stelt de verwerende partij dat het niet altijd mogelijk is om waterlopen zoveel mogelijk in open loop te houden door omstandigheden op het terrein. Zij stelt dat door waterlopen te overwelven en in te buizen ze hun functies - met name als open afvoersysteem voor hemelwater, lokale berging en infiltratie van het water en nazuivering van gezuiverd afvalwater of

verontreinigd regenwater - niet optimaal kunnen vervullen en dat door de Vlaamse overheid een model van gemeentelijke "stedenbouwkundige" verordening is opgemaakt met betrekking tot het overwelden van baangrachten dat in verscheidene gemeentes is geïmplementeerd in het beleid waarbij de mogelijkheid is opengelaten om voor specifieke situaties uitzonderingen te aanvaarden. De verwerende partij stelt dat, hoewel vanuit oogpunt waterbeheer en -kwaliteit beter alles terug in open loop zou komen, wat ook de betrachting is zoals opgenomen in de ontwerp-waterbeleidsnota 2002-2006, bij gegronde redenen, zoals te dezen het veiligheidsaspect voor de sociale woningen en de beenhouwerij, het behoud van de overwelvingen wordt aanvaard. Zij betwist voorts dat er een veiligheidsprobleem bestaat omdat de welfsels worden behouden ter hoogte van de voorzijde van de sociale woningen en de beenhouwerij en weggenomen moeten worden aan de achterzijde van de woningen stroomafwaarts, behoudens functionele toegang. Ten slotte stelt de verwerende partij dat zij niet betrokken is in de procedure tot machtiging tot overwelden van het traject aangezien deze machtiging verleend wordt door de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen, zodat hieruit geen conclusies kunnen worden getrokken voor haar beslissingen. Zij concludeert dat er gegronde redenen zijn die het bestreden besluit dragen.

Beoordeling

9. Als motieven voor de weigering om het betreffende gedeelte van de waterloop over ongeveer 50 meter te overwelden, wordt in het bestreden besluit vooreerst op omstandige wijze verwezen naar het advies van de afdeling Water van de VMM van 15 september 2006.

Dit advies gewaagt van het milieubeleidsplan 1997-2001 waaruit moet blijken dat het onderhoud aan oevers meer natuurtechnisch moet gebeuren. Vervolgens verwijst het voornoemde advies en het bestreden besluit naar een beleidsbrief van januari 2000 van de minister van Leefmilieu en Landbouw en naar een richtlijn van de afdeling Water van 1999 waaruit blijkt dat "grachten en kleine waterlopen teveel gedempt en ingebuisd zijn en de herwaardering van hun veelzijdige functies prioriteit krijgt" en "het overwelden of rechte trekken van waterlopen beleidsmatig niet wordt toegelaten en hiervan enkel om strikt technische redenen kan worden van afgeweken".

Met betrekking tot het veiligheidsaspect, het onderhoud en de veiligheid voor de huizen, stelt het bestreden besluit dat de welfsels voor de sociale woningen mogen blijven bestaan uit oogpunt van functionele doorgang tot de openbare weg.

Ten slotte wordt in het bestreden besluit overwogen dat de huidige toestand deze is zoals aangeduid op het plan gevoegd bij het schrijven van de Vlaamse minister van Leefmilieu en Landbouw van 3 oktober 2002 en dat hiermee tegemoet werd gekomen aan het zogenaamde gevaar voor passanten, spelende kinderen, klanten van de beenhouwerij en dergelijke, dat de welfsels enkel werden weggenomen achter de woningen in de Beekstraat waar het zogenaamde gevaar helemaal onbestaande is en dat deze huidige toestand aldus beter behouden blijft.

10. De verwerende partij vermag in de regel bepalen door welke principes zij van plan is zich te zullen laten leiden bij de uitoefening van de appreciatiebevoegdheid haar toegekend in het kader van het georganiseerd administratief beroep vastgesteld bij artikel 19 van de wet van 28 december 1967 betreffende de onbevaarbare waterlopen.

De voornoemde beleidsrichtlijnen stellen principieel en zeer nadrukkelijk dat overwelvingen tot een minimum moeten worden beperkt en slechts bij wijze van hoge uitzondering - strikt technische redenen - nog mogelijk zijn.

De bestreden beslissing houdt rekening met die strikte regel en stelt bijkomend dat tegemoet gekomen is aan de veiligheidsvereisten doordat de welfsels slechts moeten worden weggenomen achter de woningen in de Beekstraat waar "het zogenaamde gevaar al helemaal onbestaande is", terwijl "de oeverversterking behouden mag blijven waardoor bedreiging van de stabiliteit van de huizen onbestaande is".

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de plaats waar geen overwelvingen mogen komen geen functionele toegang uitmaakt tot de openbare weg en dat er zich op die plaats geen veiligheidsprobleem kan stellen.

De verwerende partij heeft bijgevolg een redelijke en een deugdelijke verantwoording gegeven voor haar beslissing om de overwelving van een gedeelte van de onbevaarbare waterloop niet toe te staan en de wandversterking van dat gedeelte te behouden.

Het eerste middel is niet gegrond.

11. Aangezien het auditoraatsverslag beperkt is tot het onderzoek van het eerste middel, is er reden om het onderzoek van de zaak voort te zetten.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent de debatten.

2. De Raad van State gelast het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat het onderzoek van de zaak voort te zetten.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van drieëntwintig september tweeduizend en tien, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Luc Hellin,	kamervoorzitter,
Eric Brewaeys,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Luc Hellin