

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 208.036 van 11 oktober 2010
in de zaak A. 185.083/X-13.437.**

In zake: Patrick DE PRETER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Mertens
kantoor houdend te 3580 BERINGEN
Scheigoorstraat 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse
regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Johan Claes
kantoor houdend te 2550 KONTICH
Mechelsesteenweg 160
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 7 september 2007, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van 5 juli 2007 van de Vlaamse minister van Financiën en Begroting en Ruimtelijk Ordening houdende verwerping van het beroep van de verzoeker tegen het uitblijven van een beslissing van de bestendige deputatie van de provincieraad van Antwerpen en houdende weigering van een stedenbouwkundige vergunning voor terreinaanlegwerken aan de Mechelsesteenweg te Lier, kadastraal bekend sectie E, nr. 639/c.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 179.518 van 12 februari 2008 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoeker heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

Eerste auditeur-afdelingshoofd Frans De Buel heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 april 2010.

Kamervoorzitter Roger Stevens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Barbara Spapen, die loco advocaat Wim Mertens verschijnt voor de verzoeker, en advocaat Anneleen Claes, die loco advocaat Johan Claes verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Frans De Buel heeft een met dit arrest eensluidend 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. De verzoeker is eigenaar van een perceel gelegen te Lier, Mechelsesteenweg, kadastraal bekend sectie E, nr. 639/c.

4. Dit perceel is overeenkomstig het gewestplan Mechelen vastgesteld bij koninklijk besluit van 5 augustus 1976, gelegen in gebied voor ambachtelijke bedrijven of voor kleine en middelgrote ondernemingen en in renovatiegebied.

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 2 juni 2006 vraagt de verzoeker aan het college van burgemeester en schepenen van de stad Lier een stedenbouwkundige vergunning voor terreinaanlegwerken op het perceel.

Blijkens de bij de aanvraag horende plannen en de beschrijvende nota beoogt de aanvraag een bestaande vijver op te vullen.

6. Op 21 augustus 2006 stelt de verzoeker bij de bestendige deputatie van de provincieraad van Antwerpen beroep in wegens het uitblijven van een beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Lier.

7. Op 14 november 2006 stelt de verzoeker, bij gebrek aan een beslissing van de bestendige deputatie, beroep in bij de Vlaamse minister bevoegd voor Ruimtelijke Ordening.

8. Op 5 juli 2007 wordt de thans bestreden beslissing genomen.

IV. Ten gronde

Standpunt van de partijen

9.1. In het tweede onderdeel van het eerste middel voert de verzoeker het volgende aan:

“Het eerste middel is afgeleid uit de schending van art. 8 van het decreet betreffende het integraal waterbeleid van 18.07.2003, de schending van de artt. 2, 3, 4 en van bijlage IX bij het besluit van de Vlaamse Regering van 20.07.2006 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 en de schending van art. 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen.

IV.1.2. Toelichting

(...)

IV.1.2.2. Tweede en, ondergeschikt, onderdeel

Verweerster stelt in de bestreden beslissing ook nog ‘dat de aanvraag geen compensatie omvat voor het verlies aan overstroombaar gebied en het bufferend volume dat het gebied heeft op het voorkomen van overstromingen in de omgeving;’ (...).

Verweerster schuift m.a.w. het vraagstuk van de compensatie volledig af op verzoeker als aanvrager van de stedenbouwkundige vergunning. Zij neemt op dat vlak bijgevolg een puur passieve houding in.

Artikel 2, §1, 3/ van het besluit van de Vlaamse Regering van 20.07.2006 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, bepaalt echter dat de vergunningverlenende overheid de aanvraag weigert als het schadelijke effect niet kan worden voorkomen, noch beperkt en ook herstel of compensatie onmogelijk zijn.

Artikel 2, §1, 1/ en 2/ van datzelfde besluit voorzien in een actieve-verplichting van de overheid om de voorwaarden die zij gepast acht om het schadelijke effect te voorkomen of te beperken op te leggen (§1, 1/) dan wel, als dat niet mogelijk is, om herstelmaatregelen op te leggen of, bij vermindering van infiltratie van hemelwater of vermindering van ruimte voor het watersysteem, compensatiemaatregelen (§1, 2/).

In casu blijkt niet dat het - beweerde - schadelijke effect niet kan worden voorkomen, beperkt, hersteld of gecompenseerd. In ieder geval blijkt dat niet uit de motivering van de bestreden beslissing.

De ligging in overstromingsgevoelig gebied belet nochtans niet dat preventie, beperking, herstel of compensatie absoluut onmogelijk worden.

Als dat wel het geval zou zijn dan had de decreetgever immers heel eenvoudig kunnen bepalen dat voor percelen in overstromingsgevoelig gebied geen stedenbouwkundige vergunning kan worden verkregen. Dat heeft de decreetgever niet gedaan, hij heeft integendeel voorzien in de verplichting om het vraagstuk van de voorwaarden, herstel- en compensatiemaatregelen nauwgezet te behandelen.

De verwerende partij heeft echter evenmin nagegaan of er door haar nuttige voorwaarden (§1, 1/) dan wel nuttige herstelmaatregelen of compensatiemaatregelen (§1, 2/) konden worden opgelegd.

Zij heeft zich van de verplichting om die aspecten actief te onderzoeken integendeel gekwijt met het motief dat het perceel in overstromingsgevoelig gebied is opgenomen en dat de aanvraag geen compensatie omvat.

De verwerende partij heeft met de bestreden beslissing dan ook art. 2 van het besluit van 20.07.2006 geschonden.

Dat verzoekers aanvraag geen compensatie omvatte is bovendien niet verwonderlijk want verzoeker was volstrekt onwetend over het feit dat de verwerende partij (onwettig, cf. infra) zijn eigendom in overstromingsgevoelig gebied had opgenomen.

Verzoeker heeft hiervan pas kennis gekregen toen hem de bestreden beslissing werd betekend.

Op het ogenblik dat verzoeker zijn aanvraag indiende bij het CBS van de stad Lier (02.06.2006), en zelfs toen hij in beroep ging bij de Bestendige Deputatie (21.08.2006), was het besluit van 20.07.2006 waarbij het perceel van verzoeker in overstromingsgevoelig gebied kwam te liggen trouwens nog niet eens gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad en derhalve niet eens bindend voor verzoeker.

Dat gebeurde pas op 31.10.2006.

Verzoeker heeft in het eerste onderdeel bovendien aangetoond dat op basis van de publicatie van dat besluit in het B.S. absoluut niet kan worden achterhaald of zijn perceel nu in overstromingsgevoelig gebied ligt of niet.

Het middel is (kennelijk) gegrond”.

9.2. De verwerende partij repliceert:

“De bestreden beslissing overweegt terecht:

dat de aanvraag geen compensatie omvat voor het verlies aan overstroombare gebied en het bufferend volume dat het gebied heeft op het voorkomen van overstromingen in de omgeving;

Lezing van Hoofdstuk 2 van het Besluit van 20 juli 2006 van de Vlaamse Regering 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 (zijnde de artikelen 2, 3 en 4) maakt duidelijk dat (uiteeraard) ook voor de aanvrager de verplichting er is om de gepaste maatregelen voor te stellen, zodanig dat ze door de Overheid kunnen beoordeeld worden;

Bovendien blijkt uit de feitelijke gegevens van deze zaak dat de facto blijkbaar herstel en/of compensatie onmogelijk is zodanig dat art. 2. § 1. 3/ van toepassing is:

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.

De aanvraag had tot doel heel het perceel op te hogen tot +5,50 m TAW; Daardoor zou een oppervlakte van ongeveer 51 ha ontnomen worden van het effectief overstromingsgevoelig gebied en zou een volume van ongeveer 153.300 m² aan vulgrond nodig geweest zijn;

Het argument van verzoeker:

‘Op het ogenblik dat verzoeker zijn aanvraag indiende bij het CBS van de Stad Lier (02.06.2006), en zelfs toen hij in beroep ging bij de Bestendige Deputatie (21.08.2006), was het besluit van 20.07.2006, waarbij het perceel van verzoeker in overstromingsgevoelig gebied kwam te liggen trouwens nog niet eens gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad en derhalve niet eens bindend voor verzoeker.

Dit gebeurde pas op 31.10.2006.’

komt niet erg doorslaggevend over nu de Polder van Lier reeds op 18 juli 2006 een ongunstig advies had gegeven luidende:

‘Ongunstig omwille van de ligging in een grondwatergevoelig, kwetsbaar en overstroombaar gebied. Door de hoogteligging van het perceel in de vallei van de Beneden-Nete is de locatie bij een Noordwesterstorm overstroombaar - de aanvraag voorziet geen compenserende maatregelen - de aanvraag doorstaat de watertoets niet.’;

Het eerste middel is ongegrond”.

9.3. De verzoeker dupliceert:

“Met de stelling dat uit de feitelijke gegevens van de zaak blijkt dat herstel en/of compensatie onmogelijk zou zijn geweest zodat art. 2 §1, 3/ van het besluit van 20.07.2006 van toepassing is onderneemt de verwerende partij in de memorie van antwoord bijkomende pogingen om te motiveren waarom het - beweerde - schadelijk effect niet had kunnen worden voorkomen, beperkt, hersteld of gecompenseerd.

Met een motivering die a posteriori wordt verstrekt in een proceduredocument kan echter geen rekening worden gehouden (...).

Dat verbod geldt des te meer wanneer de verwerende partij, zoals i.c., met die a posteriori uitleg wil verantwoorden dat de actieve onderzoeksverplichting die op haar rustte en die kennelijk in het belang was van de aanvrager, i.c. verzoekende partij, toch geen resultaat zou hebben opgeleverd (nl. dat het schadelijk effect niet via voorwaarden kon worden beperkt of hersteld) .

Uit de tekst van de bestreden beslissing blijkt dat het motief dat de aanvraag van verzoeker geen compensatie omvatte een essentiële rol heeft gespeeld in de negatieve beoordeling van de watertoets:

‘dat de aanvraag geen compensatie omvat voor het verlies aan overstroombaar gebied en het bufferend volume dat het gebied heeft op het voorkomen van overstromingen in de omgeving;’ (...).

Verder had verzoeker geen kennis van het advies van de Polder van Lier d.d. 19.07.2006. De poging van verweerster om te stellen dat verzoeker alsnog compenserende maatregelen had moeten suggereren in zijn beroepsschrift d.d. 21.08.2006 gaat dan ook niet op. Het besluit van 20.07.2006 waarbij de eigendom van verzoeker zogenaamd zou zijn aangeduid als overstromingsgevoelig gebied werd bovendien pas gepubliceerd in het B.S. van 31.10.2006...!

Uit dat advies van de Polder, geciteerd in de bestreden beslissing, blijkt trouwens evenzeer dat ook de Polder zich steunde op de stelling dat de aanvraag geen compenserende maatregelen voorzag (...):

‘Door de hoogteligging van het perceel in de vallei van de Beneden-Nete is de locatie bij Noordwesterstroom overstroombaar - de aanvraag voorziet geen compenserende maatregelen - de aanvraag doorstaat de watertoets niet’

Het weze herhaald dat krachtens art. 2 §1, 1/ en 2/ van het besluit van 20.07.2006 de overheid een actieve onderzoekspllicht m.b.t. beperkende, herstellende of compenserende maatregelen (en derhalve ook een motiveringspllicht) heeft.

De verwerende partij kan zich dan ook niet beperken tot de overweging dat de aanvraag in overstromingsgevoelig gebied is gelegen en de omvang van dit gebied verkleint (cf. ‘dat daardoor een oppervlakte van ongeveer 51ha ontnomen wordt van het effectief overstromingsgevoelig gebied’).

Zij moet nagaan of het schadelijk effect niet kan worden beperkt of voorkomen dan wel of er compensatie mogelijk is.

In casu blijkt niet dat verweerster dit vraagstuk van de beperking en het herstel heeft aangesneden en zeker blijkt dit niet voor wat het vraagstuk van de compensatie betreft.

Verweerster heeft zich beperkt tot de vaststelling dat de aanvraag geen compensatie omvatte.

Vermeldenswaardig is ook nog dat de bestendige deputatie van de provincie Antwerpen op 21.04.2005 de watertoets als positief beoordeelde en dit voor een aanvraag die betrekking had op een perceel gelegen in de onmiddellijke omgeving van het voorwerp van de bestreden beslissing (...).

Bovendien kan in herinnering worden gebracht dat de rechtbank van eerste aanleg te Mechelen bij vonnis d.d. 07.06.2006 heeft geoordeeld dat enkel met de actuele bestemming ‘gebied voor ambachtelijke bedrijven of kleine en middelgrote ondernemingen’, met bijkomende bestemming ‘renovatiegebied’ kan en moet rekening worden gehouden en dat waterkundige aspecten, opgenomen in het ruimtelijk structuurplan en in het gemeentelijk natuurontwikkelingsplan, niet van aard zijn om aan die industriële bestemming afbreuk te doen (...).

Het middel is dan ook (kennelijk) gegrond”.

9.4. De verwerende partij voegt hieraan niets toe in haar laatste memorie.

Beoordeling

10.1. Het geschonden geachte artikel 8, § 1, eerste lid van het decreet van 18 juli 2003 betreffende het integraal waterbeleid, gewijzigd bij decreet van 25 mei 2007, luidt als volgt:

“De overheid die moet beslissen over een vergunning, plan of programma als vermeld in § 5, 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”.

Artikel 2, § 1, eerste lid van 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, 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”.

Uit het geheel van deze bepalingen volgt dat de “watertoets” in de eerste plaats toekomt aan de overheid die, zoals te dezen, over een vergunningsaanvraag moet beslissen. Deze “watertoets” moet ervoor zorgen dat door het opleggen van gepaste voorwaarden geen schadelijk effect ontstaat of dit zoveel mogelijk wordt beperkt en indien dit niet mogelijk is, het schadelijk effect wordt hersteld of gecompenseerd.

Hieruit kan niet worden afgeleid dat er op de aanvrager van een stedenbouwkundige vergunning een bijkomende verplichting rust tot het uitvoeren van de “watertoets”.

10.2. Naar luid van artikel 7, § 1, 4/ van het voormelde besluit van 20 juli 2006, dient het “wateradvies” te bevatten:

“ in voorkomend geval, een gemotiveerd voorstel van de voorwaarden en maatregelen om het schadelijk effect dat kan ontstaan als gevolg van de vergunningsplichtige activiteit, te voorkomen, te beperken, 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”.

Het bestreden besluit bevat de volgende relevante motivering:

“dat de aanvraag geen compensatie omvat voor het verlies aan overstroomb(aar) gebied en het bufferend volume dat het gebied heeft op het voorkomen van overstromingen in de omgeving; dat de watertoets om die redenen negatief is”.

Hieruit kan enkel worden afgeleid dat de aanvraag werd geweigerd omdat ze geen compensatievoorstel bevatte, en dus niet omdat het schadelijk effect ervan niet kon worden voorkomen of beperkt, noch dat een compensatie onmogelijk was.

10.3. Het tweede onderdeel van het eerste middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van 5 juli 2007 van de Vlaamse minister van Financiën en Begroting en Ruimtelijk Ordening houdende verwerping van het beroep van de verzoeker tegen het uitblijven van een beslissing van de bestendige deputatie van de provincieraad van Antwerpen en houdende weigering van een stedenbouwkundige vergunning voor terreinaanlegwerken aan de Mechelsesteenweg te Lier, kadastraal bekend sectie E, nr. 639/c.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

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

Roger Stevens,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Jan Clement,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silvan De Clercq,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silvan De Clercq

Roger Stevens