

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 213.338 van 19 mei 2011
in de zaak A. 187.878/VII-37.974.**

In zake : de DEPUTATIE VAN DE PROVINCIE ANTWERPEN

tegen :

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de
Vlaamse regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Stockhouderskasteel
Gerard Davidstraat 46, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 17 april 2008, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse minister van Openbare Werken, Energie, Leefmilieu en Natuur van 12 februari 2008 waarbij de beroepen ingesteld tegen de beslissing van de deputatie van de provincie Antwerpen van 12 juli 2007, houdende weigering van de machtiging tot het overwelden van de onbevaarbare waterloop van derde categorie nr. 4.12 "Beeksevenloop" te Hoogstraten (Meer), worden ingewilligd, de beroepen beslissing wordt opgeheven en de gevraagde machtiging wordt verleend.

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 partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 maart 2011.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Saartje Callens, die loco advocaat Bart Staelens verschijnt voor de verwerende partij, is gehoord.

Eerste auditeur Patricia De Somere 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

3.1. Op 21 augustus 2006 dient het echtpaar Rombouts-Huybrechts een aanvraag in tot het verkrijgen van een machtiging voor het overwelden over een lengte van 17 meter van de "Beeksevenloop", zijnde een onbevaarbare waterloop van derde categorie, gelegen te Hoogstraten (Meer).

3.2. De dienst Waterbeleid van de provincie Antwerpen stelt op 25 september 2006 een ongunstig advies op.

3.3. Voormelde dienst wint bij schrijven van 6 februari 2007 het advies in van de Watering De Beneden Mark, de afdeling Water van de Vlaamse

Milieumaatschappij (hierna : VMM) en de afdeling Wegen en Verkeer van het agentschap Infrastructuur. Bij elke adviesaanvraag wordt een ontwerpbesluit gevoegd waarvan het beschikkend gedeelte luidt dat de vraag om machtiging niet wordt ingewilligd.

3.4. Bij schrijven van 20 februari 2007 meldt de afdeling Wegen en Verkeer dat zij geen bezwaar heeft tegen het ontwerpbesluit.

3.5. Op 27 februari 2007 deelt de Watering De Beneden Mark mee dat zij de aanvraag tot machtiging uitzonderlijk gunstig adviseert, omdat het een uitzonderlijk diepe gracht betreft die de veiligheid van de bewoners aantast, aan de overzijde van de Gewestweg de waterloop eveneens over tientallen meters is ingebuisd en deze bestaande overwelving nooit tot problemen aanleiding heeft gegeven.

3.6. Vervolgens organiseert de gemeente Hoogstraten een openbaar onderzoek over een ongunstig ontwerpbesluit. Tegen het niet-inwilligen van de aanvraag tot overwelving worden geen bezwaren ingediend.

3.7. Op 12 juli 2007 beslist de deputatie van de provincie Antwerpen de vraag tot overwelving niet in te willigen. Die beslissing is gestoeld op de volgende motieven :

"Overwegende dat de aanvraag tot machtiging een betekenisvol schadelijk effect te weeg brengt op het watersysteem omdat:

- overeenkomstig de principes van het integraal waterbeheer de open bedding van de onbevaarbare waterlopen dient te worden beschermd;
- lange overwelvingen de debietregelingsmogelijkheid en bergingscapaciteit van de waterloop verminderen, het nazicht en het onderhoud bemoeilijken evenals de controle op aansluitingen en lozingen;
- lange overwelvingen de afwatering en ontwatering van de omliggende gronden beletten en het zelfreinigend vermogen van de waterloop verminderen;
- in het belang van een goede waterhuishouding overwelvingen in principe slechts worden toegestaan, indien dit vereist is voor de toegang tot het perceel;
- vanuit een geïntegreerd waterlopenbeheer de veerkracht van de

waterloop gevrijwaard dient te blijven, met behoud van de structuur van de waterloop en bijhorend grachtenstelsel;

Overwegende dat de perceelstoegang gegarandeerd is via de straatkant;

Overwegende dat de veiligheid van kleine kinderen op andere manieren kan worden gegarandeerd;

Overwegende dat bij aankoop van het perceel de waterloop in open bedding lag;

Overwegende dat de aanvraag tot machtiging bijgevolg niet verenigbaar is met het watersysteem;

Overwegende dat de aanvraag niet voldoet aan de in artikel 5 opgesomde doelstellingen en de in artikel 6 vermelde beginselen van het decreet integraal waterbeleid dd. 18 juli 2003;

Overwegende dat de aanvraag tot machtiging om deze redenen wordt geweigerd.

Overwegende dat het agentschap Infrastructuur, Wegen en Verkeer Antwerpen, gunstig advies uitbrengt over het ontwerp van besluit;

Overwegende dat de Watering De Beneden Mark uitzonderlijk gunstig advies verleend voor de gevraagde werken; dat dit wordt gemotiveerd als volgt:

- het betreft hier een uitzonderlijk diepe gracht die de veiligheid van de bewoners aantast;

Overwegende dat de dienst waterbeleid van oordeel is dat de veiligheid van de bewoners gegarandeerd kan worden door het aanbrengen van een afsluiting die aan volgende voorwaarden dient te voldoen :

- Afsluitingen langs de waterloop moeten op een afstand van 0,75 m tot 1,00 m vanaf de kruin van de waterloop geplaatst worden. Ze mogen niet hoger zijn dan 1,50 m boven de begane grond.
- Afsluitingen hoger dan 1,50 m moeten op minstens 5 m van de kruin van de waterloop geplaatst worden.
- Afsluitingen haaks op de waterloop moeten binnen de 5m-zone eenvoudig verwijderbaar zijn.

Deze voorwaarden worden opgelegd om de ruimingswerken niet in het gedrang te brengen.

- aan de overzijde van de Gewestweg is deze waterloop eveneens over tientalle meters ingebuisd. Deze reeds bestaande overwelling heeft nooit problemen gegeven, waaruit mag worden geconcludeerd dat een verlening van de bestaande overwelling met 17 lopende meter eveneens geen problemen zal opleveren.

Overwegende dat de dienst waterbeleid van oordeel is dat lange overwelvingen in het verleden geen argument zijn om nieuwe overwelvingen al dan niet toe te staan;

Het uitzonderlijke gunstige advies van de watering De Beneden Mark wordt niet gevolgd".

3.8. Tegen voormelde beslissing stellen de aanvragers alsook de Watering De Beneden Mark beroep in bij de VMM.

3.9. De afdeling Operationeel Waterbeheer van de VMM stelt op 25 januari 2008 voor om de beroepen gegrond te verklaren.

3.10. Met het thans bestreden besluit van 12 februari 2008 van de Vlaamse minister van Openbare Werken, Energie, Leefmilieu en Natuur wordt de beroepen beslissing van de deputatie van de provincie Antwerpen van 12 juli 2007 opgeheven en wordt de gevraagde machtiging verleend.

De bestreden beslissing steunt op de volgende motieven :

"Overwegende dat uit de aanvraag van 21 augustus 2006 van de heer en mevrouw Rombouts-Huybrechts blijkt dat de overwelving gevraagd wordt om veiligheid(s)redenen gezien de waterloop zeer diep ligt ten opzichte van het maaiveld;

Overwegende dat het besluit van de deputatie van de provincie Antwerpen van 12 juli 2007 in hoofdzaak gemotiveerd is omwille van het feit dat de veiligheid van kleine kinderen op andere manieren kan gegarandeerd worden; dat geweten was bij de aankoop van het perceel dat de waterloop in open bedding lag; dat er algemene bezwaren zijn tegen lange overwelvingen en dat diegene die in het verleden werden toegestaan geen argument zijn om er nieuwe toe te staan;

Overwegende dat het verhaal, ingesteld op 1 augustus 2007, door de heer en mevrouw Rombouts-Huybrechts en de Watering De Beneden Mark in hoofdzaak ingegeven is door het feit dat de waterloop steeds breder wordt waardoor stabiliteitsproblemen ontstaan en de onnatuurlijke diepte een veiligheidsprobleem veroorzaakt voor de kinderen;

Overwegende dat het verhaal, ingesteld op 3 augustus 2007, door de Watering De Beneden Mark in hoofdzaak ingegeven is door het feit dat de waterloop een zeer gering belang heeft voor de waterafvoer; dat stroomopwaarts een groot deel reeds ingebuisd is en nog nooit problemen heeft opgeleverd; dat de dimensies van de waterloop ter hoogte van het perceel van de heer en mevrouw Rombouts-Huybrechts buiten alle proporties zijn; dat aan deze gevaarlijke toestand niet direct kan verholpen worden door de bestaande ruimingsservitudes langsheen de waterloop; dat veiligheidsmotieven in dit specifieke geval zwaarder doorwegen dan de motieven met betrekking tot de code van goede praktijk voor herwaarderding van grachtenstelsels;

Overwegende dat het advies van 25 januari 2008 van de afdeling Operationeel Waterbeheer van de Vlaamse Milieumaatschappij stelt dat bij plaatsbezoek vastgesteld werd dat de percelen grenzend aan de gewestweg en de gewestweg zelf een groot niveauverschil vertonen met het oorspronkelijke maaiveld; dat hierdoor de waterloop ter hoogte van het bebouwde deel van het perceel van de heer en mevrouw Rombouts-Huybrechts zeer diep komt te liggen; dat, mede door het feit dat het zandgrond betreft, de oeverstabiliteit in het gedrang komt; dat de electriciteitskast naast de waterloop reeds aan het

wegzakken is; dat het plaatsen van een afsluiting voor de veiligheid vermoedelijk aan diezelfde stabiliteitsproblemen onderhevig zal zijn; dat de gevraagde inbuizing van 17 m volstaat om tegemoet te komen aan het veiligheidsprobleem en de instabiliteit daar vanaf dit punt de waterloop terug op een aanvaar(d)bare diepte ligt; dat 17 m ongeveer overeenkomt met de achterkant van de woning; dat in dit opzicht de vraag van de heer en mevrouw Rombouts-Huybrechts niet onredelijk is te noemen gezien hun perceel veel verder doorloopt; dat met betrekking tot de waterafvoer geen problemen zijn te verwachten gezien het beperkte debiet opwaarts; dat het water bovenstrooms zelfs opgehouden wordt door afzonderlijke grachtjes die pas met elkaar in verbinding treden bij hogere peilen; dat uit ecologisch standpunt geen schadelijk effect valt te verwachten gezien het bebouwd karakter van het perceel; dat het inbuizen van de waterloop niet betekent dat de bedding kan ingelijfd worden bij het privébezit van de tuin; dat de bedding moet vrijgehouden worden van constructies en steeds toegankelijk moet blijven; dat de gevraagde inbuizing uitzonderlijk kan toegestaan worden;

Overwegende dat er derhalve aanleiding toe bestaat het verhaal gegrond te verklaren en de weigering van machtiging aan de heer en mevrouw Rombouts-Huybrechts tot het overwelden over 17 m van de Beeksevenloop, onbevaarbare waterloop nr. 4.12 van 3^e categorie te Meer, in beroep op te heffen".

IV. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Standpunt van de partijen

4. In het eerste middel roept de verzoekende partij de schending in van artikel 8, §§ 1 en 2, van het decreet van 18 juli 2003 betreffende het integraal waterbeleid (hierna : decreet Integraal Waterbeleid).

Zij adstrueert het middel als volgt :

"Artikel 8 van het decreet Integraal Waterbeheer luidt als volgt:

'§1 De overheid die over een vergunning, een plan of een programma moet beslissen, draagt er zorg voor, door het weigeren van de vergunning of door de goedkeuring te weigeren aan het plan of het 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 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 schadelijk effect zo veel mogelijk te beperken, of indien dit niet mogelijk is te herstellen of te beperken.

§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'.

Doordat, verwerende partij de bestreden beslissing noch afdoende heeft gemotiveerd, noch heeft getoetst aan de artikelen 5 en 6 van het DIW en de vergunning heeft verleend zonder dat er sprake is van enige dwingende reden van groot maatschappelijk belang.

De motivering van de bestreden beslissing is als volgt:

'Overwegende dat het advies van 25 januari 2008 van de afdeling Operationeel Waterbeheer van de Vlaamse Milieumaatschappij stelt dat bij plaatsbezoek vastgesteld werd dat de percelen grenzend aan de gewestweg zelf een groot niveauverschil vertonen met het oorspronkelijke maaiveld; dat hierdoor de waterloop ter hoogte van het bebouwde deel van het perceel van de heer en mevrouw Rombouts-Huybrechts zeer diep komt te liggen; dat mede door het feit dat het zandgrond betreft de oeverstabiliteit in het gedrang komt; dat de electriciteitscabine naast de waterloop reeds aan het wegzakken is; dat het plaatsen van een afsluiting voor de veiligheid vermoedelijk aan dezelfde problemen onderhevig zal zijn; dat de gevraagde inbuizing van 17 m volstaat om tegemoet te komen aan het veiligheidsprobleem en de instabiliteit daar vanaf dit punt de waterloop terug op een aanvaardbare diepte ligt; dat 17 m ongeveer overeenkomt met de achterkant van de woning; dat in dit opzicht de vraag van de heer en mevrouw Rombouts-Huybrechts niet onredelijk is te noemen gezien hun perceel veel verder doorloopt; dat met betrekking tot de waterafvoer geen problemen zijn te verwachten gezien het beperkte debiet opwaarts; dat het water bovenstrooms zelfs opgehouden wordt door afzonderlijke grachtjes die pas met elkaar in verbinding treden bij hogere peilen; dat uit ecologisch standpunt geen schadelijk effect valt te verwachten gezien het bebouwd karakter van het perceel; dat het inbuizen niet betekent dat de bedding kan ingelijfd worden bij het privébezit van de tuin; dat de bedding moet vrijgehouden worden van constructies en steeds toegankelijk moet blijven; dat de gevraagde inbuizing uitzonderlijk kan worden toegestaan'.

Dat immers het grote niveauverschil tussen het perceel grenzend aan de

gewestweg en het oorspronkelijke maaiveld haar oorzaak vindt in een ophoging die door de heer en mevrouw - Huybrechts zelf werd uitgevoerd bij de bouw van hun woning. Dat dit enerzijds wordt bevestigd door foto's en anderzijds door de bestreden beslissing zelf namelijk: '(...) dat hierdoor de waterloop ter hoogte van het bebouwde perceel zeer diep komt te liggen;'

Dat er geen sprake is van een zogenaamd stabiliteitsprobleem blijkt duidelijk uit de foto nr. 1 waarop te zien is dat de beschoeiing met hardhout en perkoenpalen die aan weerskanten van de waterloop zit en aansluitend op de kasseibeschoeiing geen uitspoelingen vertoont, waaruit volgt dat het wegzakken van de elektriciteitskabine geen gevolg is van uitspoelingen van de waterloop, noch van eventuele zandgronden doch eerder van een eerdere aanrijding of slecht metselwerk.

Dat bovendien verwerende partij zelf in haar bestreden beslissing toegeeft niet zeker te zijn van de instabiliteit van de gronden vermits zij stelt: '(...) dat het plaatsen van een afsluiting voor de veiligheid vermoedelijk aan diezelfde stabiliteitsproblemen onderhevig zal zijn;'

Dat uit de bestreden beslissing kan worden afgeleid dat de enige echte reden voor het verlenen van deze vergunning de zogenaamde 'veiligheid van de kinderen' is; Dat verzoekende partij zich hierbij 2 vragen stelt. Primo, of het spelen van kinderen op de autorit langs een drukke gewestweg veilig is, terwijl er achter het huis een grote tuin ter beschikking is waarvoor geen overwelving werd aangevraagd, secundo of in casu er sprake is van een dwingende reden van groot maatschappelijk belang zoals bepaald in artikel 8§1 DIW die het verlenen van deze vergunning rechtvaardigt, quod certe non.

Dat immers de veiligheid van de kinderen even goed kan verzekerd worden door het plaatsen van een omheining waarvan de palen met beton in de grond zijn vastgezet.

Dat tenslotte in de bestreden beslissing iedere toetsing aan de artikelen 5 en 6 van het decreet integraal waterbeheer ontbreekt in het bijzonder aan artikel 5:

- 4°, a) zijnde het zoveel mogelijk behouden en herstellen van de natuurlijke werking van de watersystemen;
- 6° het beheer van het hemelwater en oppervlaktewater zo organiseren dat:
 - a) het hemelwater zoveel mogelijk verdampt of nuttig wordt aangewend of geïnfiltreerd, en dat het overtollig hemelwater en effluentwater gescheiden van het afvalwater en bij voorkeur op een vertraagde wijze via het oppervlaktewaternet wordt afgevoerd;
 - b) verdroging wordt voorkomen, beperkt of ongedaan gemaakt;
 - c) zoveel ruimte wordt geboden aan water, met behoud en herstel van de watergebonden functies van de oeverzones en overstromingsgebieden;
- 10° het bevorderen van de betrokkenheid van de mens met het watersysteem, waaronder de verhoging van de belevingswaarde in stedelijk gebied en vormen van zachte recreatie;

Terwijl, artikel 8 §1 en 2 van het decreet integraal waterbeheer enerzijds bepaalt dat de overheid die over een vergunning moet beslissen, er zorg voor moet dragen dat er geen schadelijk effect ontstaat of zoveel als mogelijk wordt

beperkt en indien dit niet mogelijk is het schadelijk effect wordt hersteld en dit door de vergunning te weigeren of door de gepaste maatregelen op te leggen. Bovendien dient de overheid bij het nemen van deze beslissing afdoende te motiveren en dienen de doelstellingen en beginselen in de artikelen 5 en 6 van DIW te worden getoetst.

Het verlenen van een vergunning aan de heer en mevrouw Rombouts-Huybrechts druist dan ook rechtstreeks in tegen de ratio legis van het decreet integraal waterbeheer en de daarin opgenomen doelstellingen en beginselen en in het bijzonder tegen de watertoets. De watertoets is immers een preventief instrument die bij elke beslissing houdende de aflevering van een vergunning die schadelijke effecten kan veroorzaken, zoals in casu het inbuizen van de waterloop over 17 m, moet worden doorgevoerd. Er is bovendien geen enkele garantie dat de voorwaarden, waaronder de vergunning werd afgeleverd, namelijk het volgen van de richtlijnen van de watering De Beneden Mark, volstaan om de doelstellingen van artikel 8 DIW na te leven in het bijzonder de preventieve werking van het artikel. Deze richtlijnen zijn immers nergens in de bestreden beslissing opgenomen.

Zodat, de bestreden beslissing artikel 8 § 1 en 2 van het decreet integraal waterbeheer schendt".

5. De verwerende partij antwoordt dat de bestreden beslissing afdoende gemotiveerd is door de verwijzing naar het gunstig advies van 27 februari 2007 en het op 3 augustus 2007 ingestelde beroep van de Watering De Beneden Mark voor wie, mede gelet op het zeer geringe belang van de waterafvoer, de veiligheidsmotieven zwaarder doorwegen dan de motieven die opgeworpen kunnen worden met betrekking tot de code van goede praktijk voor herwaardering van grachtenstelsels en naar het omstandig gunstig advies van 25 januari 2008 van de afdeling Operationeel Waterbeheer van de VMM. Voorts wijst de verwerende partij op artikel 3 van het bestreden besluit dat stelt dat de machtiginghouder zich voor de uitvoering dient te schikken naar de richtlijnen van de Watering De Beneden Mark, zijnde de beheerder van de waterlopen. Aldus werd de bestreden beslissing afdoende gemotiveerd en werd er rekening gehouden met de verplichting tot zorgvuldigheid die wordt opgelegd door artikel 8, §§ 1 en 2, van het decreet Integraal Waterbeleid. Volgens de verwerende partij laat de verzoekende partij na in de uiteenzetting van het middel te verduidelijken hoe de geopperde bedenkingen betreffende het niveauverschil en het stabiliteitsprobleem een schending zouden uitmaken van artikel 8, §§ 1 en 2, van het decreet Integraal Waterbeleid, en hoe de vergunning verleend zou zijn zonder dat er sprake is van

een ernstige dwingende reden van groot maatschappelijk belang. Wat dit laatste betreft, verwijst de onderliggende motivering van de bestreden beslissing naar de veiligheid van de kinderen en passanten. Het betreft immers een gewestweg. De verzoekende partij toont niet aan waarom dit geen ernstige dwingende reden van groot maatschappelijk belang zou kunnen zijn. Terzake zou de Raad van State bovendien slechts over een marginale toetsingsbevoegdheid beschikken en zou hij niet bevoegd zijn om zijn beoordeling van de opportuniteit van de beleidskeuze in de plaats te stellen van deze van de bevoegde instanties.

6. In de memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij dat de inbuizing stroomopwaarts waarvan de Watering De Beneden Mark melding maakt, wederrechtelijk is aangebracht wat betreft het gedeelte op perceel nr. 329b, dat actueel niet geweten is welke richtlijnen de Watering zal opleggen en bijgevolg niet kan worden nagegaan of deze richtlijnen volstaan om de doelstellingen van artikel 8 van het decreet Integraal Waterbeleid na te leven, in het bijzonder de preventieve werking ervan, dat de Raad van State bevoegd is om na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, die correct heeft beoordeeld en zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen, dat de schending van artikel 8, §§ 1 en 2, van het decreet Integraal Waterbeleid zijn oorzaak vindt in de opsomming en verkeerde voorstelling van foute gegevens, waardoor wordt geconcludeerd dat de veiligheid van de kinderen op geen enkele andere wijze kan worden gegarandeerd dan door de overwelving toe te staan, terwijl het huidig waterbeleid geen overwelvingen meer toestaat, tenzij om de toegang tot een perceel mogelijk te maken, dat op het bij de aanvraag gevoegde grondplan duidelijk te zien is dat de tuin van de familie Rombouts-Huybrechts zich achter de woning bevindt terwijl de beoogde overwelving gesitueerd is langs de oprit waar de kinderen normaliter niet spelen of zouden moeten spelen, dat bovendien ook niet duidelijk is hoe deze waterloop, wegens de aanwezigheid van een muur, een gevaar zou kunnen betekenen voor passanten, dat op foto's duidelijk te zien is dat de beschoeiing met hardhout en perkoenpalen en de aansluitende kasseibeschoeiing geen uitspoelingen vertoont zodat er van instabiliteit geen sprake is en een omheining perfect geplaatst kan

worden en dat de veiligheid van de kinderen ook op een andere manier kan worden gegarandeerd dan door het toestaan van een overwelving van 17 meter, die volledig in strijd is met het huidig waterbeleid dat ernaar streeft om waterlopen in hun oorspronkelijke functie te herstellen en te behouden. De verzoekende partij verwijst ten slotte naar de motivering van een ministerieel besluit van 3 mei 2005 waarbij de machtiging tot overwelving van een andere onbevaarbare waterloop van derde categorie, gelegen in de gemeente Ranst, wordt geweigerd.

7. In haar laatste memorie werpt de verwerende partij voor het eerst op dat de uitvoering van buitengewone werken van wijziging van onbevaarbare waterlopen niet onderworpen is aan de verplichte watertoets, dat artikel 8, § 5, 5°, van het decreet Integraal Waterbeleid enkel buitengewone werken van verbetering vermeldt, dat die bepaling duidelijk en niet voor interpretatie vatbaar is, dat uit artikel 10 van de wet van 28 december 1967 betreffende de onbevaarbare waterlopen blijkt dat met buitengewone werken van wijziging ingrepen bedoeld worden die geen schade of verbetering aan de waterloop aanbrengen, dat dergelijke werken geen impact hebben op de waterhuishouding en dan ook niet onderworpen zijn aan de watertoets.

Beoordeling

8. Artikel 8, § 1, eerste lid, van het decreet Integraal Waterbeleid, zoals gewijzigd door het decreet van 25 mei 2007, bepaalt dat de overheid die moet beslissen over een vergunning, plan of programma als vermeld in § 5, er zorg voor draagt, 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 8, § 2, tweede lid, van hetzelfde decreet vereist dat het bestuur zijn beslissing motiveert rekening houdend met de relevante doelstellingen en beginselen van het integraal waterbeleid.

In artikel 8, § 5, eerste lid, van het decreet Integraal Waterbeleid worden de vergunningen opgesomd die "in ieder geval" onderworpen zijn aan de watertoets. Die minimumlijst vermeldt onder meer "de machtiging voor het uitvoeren van buitengewone werken van verbetering, vermeld in artikel 12 van de wet van 28 december 1967 betreffende de onbevaarbare waterlopen".

De thans bestreden beslissing werd niet genomen op grond van artikel 12 maar wel op grond van artikel 14 van voormelde wet van 28 december 1967 dat de uitvoering van buitengewone werken van "wijziging" aan onbevaarbare waterlopen afhankelijk stelt van een voorafgaande machtiging.

Artikel 10, § 1, van voormelde wet van 28 december 1967 verstaat onder :

"1. Buitengewone werken van verbetering : alle werken zoals uitgraving, verbreding, rechtekking en over het algemeen alle wijzigingen aan de bedding, het tracé of de kunstwerken die zich op de waterloop bevinden en die er toe strekken de waterafloop gevoelig te verbeteren;

2. Buitengewone werken van wijziging : alle andere werken die de bedding, het tracé of de kunstwerken die zich op de waterloop bevinden, wijzigen en die, zonder de waterafloop te schaden, er niet toe strekken deze te verbeteren".

Terzijde gelaten de vraag of buitengewone werken van wijziging van onbevaarbare waterlopen, ofschoon niet uitdrukkelijk vermeld in de opsomming van vergunningen die luidens artikel 8, § 5, eerste lid, van het decreet Integraal Waterbeleid verplicht aan de watertoets worden onderworpen, per analogie met de werken van verbetering eveneens voorwerp dienen te zijn van een watertoets, blijkt te dezen dat, zowel in eerste aanleg als in beroep, de vergunningverlenende overheden, het wateradvies hebben ingewonnen. Voorafgaand aan het besluit van 12 juli 2007 heeft de deputatie van de provincie Antwerpen onder meer het advies ingewonnen van de dienst Waterbeleid van het

provinciebestuur van Antwerpen, de Watering De Beneden Mark en de afdeling Water van de VMM. In de thans bestreden beslissing verwijst de verwerende partij naar het advies van de Watering De Beneden Mark van 27 februari 2007 en het advies van 25 januari 2008 van de afdeling Operationeel Waterbeheer van de VMM, die beide gunstig zijn.

Artikel 8, § 3, van het decreet Integraal Waterbeleid verleent elke overheid die moet beslissen over een vergunningsaanvraag de mogelijkheid om bij de door de Vlaamse regering aan te wijzen instantie een gemotiveerd wateradvies te vragen. Die mogelijkheid is niet beperkt tot de vergunningen die expliciet vermeld worden in paragraaf 5 van hetzelfde artikel.

In de gevallen dat de vergunningverlenende overheid op grond van artikel 8, § 3, van het decreet Integraal Waterbeleid het wateradvies inwint en uit de gespecialiseerde adviesverlening blijkt dat een betekenisvol nadelig effect op het watersysteem niet valt uit te sluiten, dient de beslissing over de aanvraag op voldoende wijze tegemoet te komen aan de watertoets zoals opgelegd door het decreet Integraal Waterbeleid. Aangezien met het bestreden besluit uitspraak wordt gedaan over beroepen tegen de weigering van de verzoekende partij om de gevraagde machtiging te verlenen precies omdat deze een betekenisvol schadelijk effect op het watersysteem zou teweegbrengen, was er voor de verwerende partij nog minder reden om aan de watertoets voorbij te gaan.

Het bestreden besluit steunt in decisieve mate op het advies van 25 januari 2008 van de afdeling Operationeel Waterbeheer van de VMM waarin onder meer het volgende wordt gesteld :

- "- Met betrekking tot de waterafvoer zijn geen problemen te verwachten gezien het beperkte debiet opwaarts waarbij het water bovenstrooms zelfs opgehouden wordt door afzonderlijke grachtjes die pas met elkaar in verbinding treden bij hogere peilen.
- Uit ecologisch standpunt valt geen schadelijk effect te verwachten gezien het bebouwd karakter van het perceel".

De aangehaalde overwegingen, die in de motivering van de bestreden beslissing worden overgenomen, beperken de watertoets tot het nagaan van het effect van de overwelving op de "waterafvoer" en "uit ecologisch standpunt".

Artikel 3, § 2, 17°, van het decreet Integraal Waterbeleid geeft evenwel een ruimere invulling aan de schadelijke effecten die in het kader van de watertoets onderzocht en beoordeeld moeten worden. Zo wordt in de bestreden beslissing niets overwogen omtrent de vermindering van de infiltratie van hemelwater of de vermindering van ruimte voor het watersysteem, waar de gevraagde overwelving in ieder geval aanleiding toe zal geven.

Mede in het licht van de weigeringsbeslissing van de verzoekende partij van 12 juli 2007, waarin op grond van een gedetailleerde beoordeling van de schadelijke effecten wordt besloten tot de niet-verenigbaarheid van de beoogde overwelving met het watersysteem en waarin verwezen wordt naar de in artikel 5 van het decreet Integraal Waterbeleid opgesomde doelstellingen, de in artikel 6 van hetzelfde decreet vermelde beginselen, en naar de artikelen 2, 3 en 4 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, is de bestreden beslissing, door de gevraagde machtiging te verlenen zonder oog te hebben voor alle betekenisvolle nadelige effecten die kunnen ontstaan en/of worden beperkt, hersteld of gecompenseerd, niet afdoende gemotiveerd.

In de mate dat artikel 3 van de bestreden beslissing bepaalt dat de machtiginghouder zich voor de uitvoering verder dient te schikken naar de richtlijnen van de Watering De Beneden Mark, wordt vastgesteld dat op het ogenblik van het verlenen van de machtiging niet kon worden nagegaan of deze richtlijnen, die geen onderdeel vormen van de bestreden beslissing, zullen volstaan

om de preventieve doelstellingen van artikel 8, § 1, eerste lid, van het decreet Integraal Waterbeleid na te leven.

Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van de Vlaamse minister van Openbare Werken, Energie, Leefmilieu en Natuur van 12 februari 2008 waarbij de beroepen ingesteld tegen de beslissing van de deputatie van de provincie Antwerpen van 12 juli 2007, houdende weigering van de machtiging tot het overwelden van de onbevaarbare waterloop van derde categorie nr. 4.12 "Beeksevenloop" te Hoogstraten (Meer), worden ingewilligd, de beroepen beslissing wordt opgeheven en de gevraagde machtiging wordt verleend.

2. Dit arrest dient bij uittreksel te worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het vernietigde besluit.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negentien mei tweeduizend en elf, 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