

RAAD VOOR VERGUNNINGSBETWISTINGEN

ARREST

Van 21 augustus 2018 met nummer RvVb/A/1718/1175
in de zaak met rolnummer 1415/0198/A/4/0222

Verzoekende partij	de vzw MILIEUFRONT OMER WATTEZ , met woonplaatskeuze te 9700 Oudenaarde, Kattestraat 23
	vertegenwoordigd door de heer Anthony ROEGIERS
Verwerende partij	de deputatie van de provincieraad van OOST-VLAANDEREN
	vertegenwoordigd door mevrouw Kaat VAN KEYMEULEN

I. BESTREDEN BESLISSING

De verzoekende partij vordert met een aangetekende brief van 1 december 2014 de vernietiging van de beslissing van de verwerende partij van 9 oktober 2014.

De verwerende partij heeft het administratief beroep van de verzoekende partij tegen de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Geraardsbergen van 26 mei 2014 verworpen.

De verwerende partij heeft aan de aanvrager onder voorwaarden een vergunning verleend voor de wijziging van een verkavelingsvergunning op de percelen gelegen te 9506 Geraardsbergen (Zandbergen), Jan de Coomanstraat zn, met als kadastrale omschrijving 12^{de} afdeling, sectie A, nr. 45b2 en 45z-y.

II. VERLOOP VAN DE RECHTSPLEGING

De verwerende partij dient een antwoordnota in en bezorgt het administratief dossier in. De verzoekende partij dient een wederantwoordnota in.

De dienstdoende kamervoorzitter behandelt de vordering tot vernietiging van de bestreden beslissing op de openbare zitting van 22 november 2016.

De heer Anthony ROEGIERS voert het woord voor de verzoekende partij.
Mevrouw Kaat VAN KEYMEULEN voert het woord voor de verwerende partij.

Titel IV, hoofdstuk VIII van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (VCRO) betreffende de Raad voor Vergunningsbetwistingen en het besluit van de Vlaamse regering van 13 juli 2012 houdende de rechtspleging voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen (Procedurebesluit) zijn toegepast.

III. FEITEN

1.

De aanvrager dient op 31 december 2013 bij het college van burgemeester en schepenen van de stad Geraardsbergen een aanvraag in tot wijziging van een verkavelingsvergunning voor “de loten 2A en 2B” op de percelen gelegen te 9506 Geraardsbergen (Zandbergen), Jan de Coomanstraat zn, met als kadastrale omschrijving 12^{de} afdeling, sectie A, nr. 45b2 en 45z-y.

2.

Het dossier heeft een voorgeschiedenis.

De percelen, waarop de bestreden beslissing betrekking heeft, zijn gelegen in een goedgekeurde, niet vervallen verkaveling van 2 juli 1979.

Op 5 juni 2007 is een stedenbouwkundige vergunning verleend voor het aanhogen van de voortuinstrook tot het niveau van de straat. Deze vergunning is op 23 mei 2011 door de Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, vernietigd omwille van het ontbreken van een afdoende watertoets.

Op 24 februari 2009 is een vergunning tot verkavelingswijziging verleend, waarbij 2 loten voor open bebouwing worden herverkaveld in 4 loten voor halfopen eengezinswoning. De loten 1A en 2A zijn reeds bebouwd. De bestreden beslissing is een verkavelingswijziging voor de regularisatie van de vloerplas, omdat bij het bouwen van de woning op lot 2A het terrein meer opgehoogd werd en een hogere vloerplas werd gerealiseerd dan toegelaten door de verkavelingsvergunning en de stedenbouwkundige vergunning.

Op de percelen van de verkaveling is, na administratief beroep, een vergunning verleend voor het ophogen van een voortuinstrook tot het niveau van de straat. Met een arrest van 5 december 2012 met nummer A/2012/0518 (rolnummer 1112/0592/A/4/0533) heeft de Raad deze vergunning vernietigd omwille van het ontbreken van motivering met betrekking tot de nabijheid van Molenbeek en Dender.

Voor perceel 45z en 45b2 (lot 2B van de verkaveling) is op 23 januari 2012 een stedenbouwkundige vergunning verleend voor het opvullen van het terrein en het rooien van een dode boom. De verzoekende partij heeft hiertegen administratief beroep ingesteld, dat de verwerende partij op 26 april 2012 onontvankelijk verklaard heeft en de Raad heeft die beslissing vernietigd met een arrest van 19 februari 2013 met nummer A/2013/0081 (rolnummer 1112/0755/A/4/0673).

Tegen een door de verwerende partij na administratief beroep op 13 december 2012 verleende stedenbouwkundige vergunning voor de bouw van een eengezinswoning op de percelen 0045K en 0045L is beroep aangetekend bij de Raad, die met een arrest van 13 mei 2014 met nummer A/2014/0340 die beslissing vernietigt (rolnummer 1213/0385/A/4/0360).

De verwerende partij heeft op 21 februari 2013 na administratief beroep nog een vergunning geweigerd voor het ophogen van een voortuinstrook tot straatniveau en op 1 juni 2013 een vergunning geweigerd voor het wijzigen van het reliëf van lot 2B.

3.

De percelen liggen, volgens de bestemmingsvoorschriften van het gewestplan ‘Aalst – Ninove – Geraardsbergen - Zottegem’, vastgesteld met een koninklijk besluit van 30 mei 1978, deels in woongebied met landelijk karakter en deels in natuurgebied.

De percelen liggen ook in voormelde goedgekeurde, niet vervallen verkaveling.

Tijdens het openbaar onderzoek, georganiseerd van 13 januari tot en met 11 februari 2014, dient de verzoekende partij één van de twee bezwaarschriften in.

Het Agentschap voor Natuur en Bos adviseert op 4 februari 2014 gunstig.

Waterwegen en Zeekanaal adviseert op 29 juli 2014 gunstig.

De dienst Integraal Waterbeleid van de provincie Oost-Vlaanderen adviseert met betrekking tot lot 2A gunstig voor het regulariseren van de verhoogde vloerplas, de ophogingen ter hoogte van de woning, het voetpad en het terras, maar ongunstig voor het regulariseren van het ophogen van het terrein tussen het einde van het terras en de 50 meter-grens van de bouwzone.

Met betrekking tot lot 2B adviseert de dienst Integraal Waterbeleid ongunstig voor het regulariseren van de uitgevoerde ophogingen van het terrein en voor het wijzigen van de voorschriften die bij een toekomstige stedenbouwkundige aanvraag toelaten dat de vloerplas, het voetpad en het terras verhoogd worden uitgevoerd, en dat de tuinzone wordt opgehoogd tot aan de 50 meter-grens van de woonzone.

De Vlaamse Milieumaatschappij heeft in een vorig aanvraagdossier met betrekking tot de percelen voor het beperkt wijzigen van het reliëf ongunstig geadviseerd op 7 mei 2013.

Het college van burgemeester en schepenen van de stad Geraardsbergen verleent op 26 mei 2014 als volgt onder voorwaarden een vergunning tot wijziging van de verkavelingsvergunning:

“ ...

Het college van burgemeester en schepenen sluit zich aan bij het advies van de provincie Oost-Vlaanderen voor wat betreft de ongunstige beoordeling van de ophogingen van de tuinzone op lot 2A en 2B en voor wat betreft de gunstige beoordeling van de verhoogde vloerplas, de ophogingen ter hoogte van de woning, voetpad en terras op lot 2A. Het college van burgemeester en schepenen is echter van mening dat het lot 2B nog steeds bebouwbaar blijft, zelfs met het respecteren van de 5 meter brede strook die gevrijwaard moet blijven van bebouwing om de nodige onderhoudswerken aan de waterloop 5.144 te kunnen doen.

Het college stelt wel vast dat er enkel kan gebouwd worden op beide loten mits het volume aan water, dat ingenomen wordt door de bouw van de woning, de aanleg van het pad en het terras, op eigen terrein wordt gecompenseerd. Volgens de ingediende plannen zal dit ingenomen volume maximaal 74 m³ bedragen (voor de loten 2A + 2B).

Op de plannen werd gerekend met een overstromingspeil van -5 cm op straatniveau (=9,90m volgens plan landmeter, dit peil werd doorgegeven door de preventieadviseur van de stad Geraardsbergen) en een veiligheidsmarge van 30 cm (=10,20m volgens plan landmeter = vereiste vloerplas om overstromingsvrij te bouwen). In de verkavelingsvoorschriften zal bijgevolg bijkomend worden voorzien dat dit volume in de tuinzone achter de woningen kan afgegraven worden. Er wordt uitgegaan van een volume van 80 m³ om af te graven teneinde een natuurlijke overgang te kunnen creëren vanaf het terras tot aan de 50 meter grens van het woongebied.

Het college van burgemeester en schepenen concludeert dat de aanvraag, mits de hierboven vermelde opmerkingen worden nageleefd, de watertoets doorstaat.

...

a) De voorschriften dienen als volgt te worden gewijzigd:

...

Stedenbouwkundig voorschrift:

Terreinophogingen in de tuinzone achter de woningen kunnen niet toegestaan worden. In de tuinzone achter de woningen op de loten 2A en 2B, binnen de 50 meter grens van het woongebied, kan een afgraving met een volume van 80m³ toegestaan worden. Dergelijke afgraving dient uitgevoerd te worden boven de grondwatertafel.

..."

Tegen deze beslissing tekent de verzoekende partij op 3 juli 2014 administratief beroep aan bij de verwerende partij.

De provinciale stedenbouwkundige ambtenaar adviseert in zijn verslag van 29 augustus 2014 dit administratief beroep niet in te willigen en onder voorwaarden een vergunning te verlenen tot wijziging van de verkavelingsvergunning.

Na de hoorzitting van 9 september 2014 verklaart de verwerende partij het administratief beroep op 9 oktober 2014 als volgt ongegrond en verleent onder voorwaarden een vergunning tot wijziging van de verkavelingsvergunning:

"...

2.1 De watertoets

Het terrein ligt in een risicozone voor overstromingen, in een effectief overstromingsgevoelig gebied en in een recent overstroomd gebied.

Deze overstromingen zijn voornamelijk te wijten aan zeer hoge waterstanden in en/of het overstroomd van de Dender en het feit dat de waterlopen die in de Dender uitmonden, waaronder waterloop nr. 5.144, op dat moment niet meer kunnen afwateren in de Dender. Waterloop nr. 5.144 is grotendeels ingedijkt, zo ook langs de betrokken verkaveling. Het doel van deze indijking is om de woningen in de Jan de Coomanstraat en omgeving te vrijwaren van wateroverlast vanuit deze waterloop. Door de aanleg van het dijklichaam werd de bufferende werking van de gronden in de verkaveling sterk verzwakt. Bij hevige overstromingen kunnen ze evenwel nog aangesproken worden om water tijdelijk te bufferen.

Het mogelijk schadelijk effect werd onderzocht door de dienst Integraal Waterbeleid van de provincie Oost-Vlaanderen, het agentschap Waterwegen en Zeekanaal NV – afdeling Bovenschelde en de Vlaamse Milieumaatschappij.

Concluderend geeft de dienst Integraal Waterbeleid van de provincie Oost-Vlaanderen volgend advies mee:

...

Het agentschap Waterwegen en Zeekanaal NV – afdeling Bovenschelde stelt dat de woningen en terrassen geen ruimte voor water zullen innemen, aangezien het huidige maaiveld zich boven het maximale peil van de Dender bevindt; bovendien is het projectgebied reeds ingepolderd tussen de bestaande dijk van de Rijt, de openbare weg en de bestaande woningen errond, die eveneens opgehoogd zijn; door de dijk aanleg rond de Rijt is de ruimte voor water reeds afgenomen; dit dient dan ook niet door de bouw van de woningen gecompenseerd te worden.

Volgens dit Agentschap is de bodem niet infiltratiegevoelig en zullen de gewenste wijzigingen aan de verkavelingsvoorschriften een natuurlijke afstroming richting de beek bevorderen; bijgevolg wordt verwacht dat het afstromingsregime en het infiltratieregime van het hemelwater onder invloed van het project significant zal verbeteren indien de nivellering in de tuinzone wordt gerealiseerd.

W&Z concludeert dat de aanvraag verenigbaar is met de beginselen en doelstellingen in artikel 5 en 6 van het 'Decreet Integraal Waterbeleid'.

De Vlaamse Milieumaatschappij stelt in haar advies van 7 mei 2013, in het kader van de aanvraag voor het beperkt wijzigen van het reliëf, dan weer dat de aanvraag niet in overeenstemming is met de doelstellingen 4a, 6c en 6d van artikel 5 van het 'Decreet Integraal Waterbeleid'.

Dit advies spitste zich echter enkel toe op de ophoging in overstromingsgevoelig gebied waarover het beroep i.v.m.' het beperkt wijzigen van het reliëf' handelt. Op basis van dit dossier was het onduidelijk op welk niveau in mTAW deze gebouwen werden voorzien en dat voor de vloerpas wordt verwezen naar het voorliggende straatpeil. Er werd op gewezen dat woningen die gebouwd worden in effectief overstromingsgevoelige gebieden zodanig moeten ontworpen worden dat ze geen waterschade kunnen ondervinden bij extreme overstromingen, bij nieuwbouw moet voldoende aandacht uitgaan naar het overstromingsveilig bouwen. De VMM besloot dat op basis van de beschikbare gegevens, het niet kunnen uitsluiten van een negatief effect als gevolg van de ophoging, het ontbreken van een compensatieplan en een gebrek aan motivatie voor de ophoging in effectief overstromingsgevoelig gebied, de aanvraag voor het beperkt wijzigen van het reliëf niet in overeenstemming leek met de doelstellingen en beginselen van het decreet integraal waterbeleid.

Omtrent dit advies kan gesteld worden dat het niveau in mTAW in voorliggende aanvraag wel duidelijk is, en dat een compensatie als voorwaarde zal worden opgelegd.

Er wordt aangesloten bij de motivatie van het college van burgemeester en schepenen, namelijk dat de ophogingen van de tuinzone op lot 2A en 2B ongunstig beoordeeld worden.

De verhoogde vloerpas, de ophogingen ter hoogte van de woning, het voetpad en het terras op de loten 2A en 2B kunnen aanvaard worden mits er een 5 meter brede strook gevrijwaard blijft van bebouwing om de nodige onderhoudswerken aan de waterloop 5.144 te kunnen doen.

Samen met het college wordt vastgesteld dat er enkel kan gebouwd worden op beide loten mits het volume aan water, dat ingenomen wordt door de bouw van de woning, de aanleg van het pad en het terras, op eigen terrein wordt gecompenseerd. Volgens de ingediende plannen zal dit ingenomen volume maximaal 74m³ bedragen (voor de loten 2A + 2B). Op de plannen werd gerekend met een overstromingspeil van -5cm op straatniveau (=9,90m volgens plan landmeter) en een veiligheidsmarge van 30cm (=10,20m volgens plan landmeter = vereiste vloerpas om overstromingsvrij te bouwen). In de verkavelingsvoorschriften zal bijgevolg bijkomend worden voorzien dat dit volume in de tuinzone achter de woningen dient afgegraven te worden. Er wordt uitgegaan van een volume van 80m³ om af te graven teneinde een natuurlijke overgang te kunnen creëren vanaf het terras tot aan de 50m grens van het woongebied.

2.2 De MER-toets

Het gaat hier niet om een project opgenomen in bijlage II bij de Richtlijn 2011/92/EU betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (zgn. MER-richtlijn).

Gelet op hetgeen voorafgaat kan gesteld worden dat geen MER moet worden opgemaakt.

2.3 De juridische aspecten

De aanvraag is principieel in overeenstemming met de voorschriften van het geldend gewestplan, zoals hoger omschreven, gelet op de ligging binnen woongebied met landelijk karakter, en het gegeven dat de aanvraag in functie staat van (latere) woningbouw.

2.4 De goede ruimtelijke ordening

De wetgeving op de ruimtelijke ordening en de stedenbouw draagt de bevoegde overheid op een verantwoorde toekomstige aanleg te waarborgen.

Elke aanvraag dient aldus beoordeeld te worden met het oog op een verantwoorde stedenbouwkundige uitbouw van het betrokken gebied.

De betrokken percelen maken deel uit van de op 24 februari 2009 door het college van burgemeester en schepenen goedgekeurde, niet vervallen verkaveling, bestemd voor 4 halfopen eengezinswoningen.

Huidige verkavelingswijziging heeft betrekking op de loten 2A en 2B van deze verkaveling. Bij het bouwen van de woning, terras en voetpad aan de linkerzijde van de woning op lot 2A werd het terrein meer opgehoogd en een hogere vloerpad gerealiseerd dan wat de verkavelingsvergunning en stedenbouwkundige vergunning toelieten. Ook de laaggelegen tuinzone die bij hevige overstromingen nog steeds dienst kan doen als bufferzone, werd zonder stedenbouwkundige vergunning opgehoogd.

Voorliggende aanvraag strekt tot het wijzigen van de voorschriften van de verkaveling zodat deze wederrechtelijk uitgevoerde werken kunnen geregulariseerd worden. De voorgestelde wijzigingen worden ook aangevraagd voor het aanpalende, nog onbebouwde lot 2B.

Gezien de handelingen en beleidsbeslissingen uit het verleden, is de verkaveling al zodanig ver ontwikkeld, en kan aangenomen worden dat de verkavelingswijziging de veiligheid van de vergunde of vergund geachte gebouwen gelegen buiten de overstromingsgebieden niet in het gedrang zal brengen.

Aangezien de verkaveling deel uitmaakt van een onttrokken overstromingsgebied zal het ontwikkelen ervan weinig invloed hebben op het huidig watersysteem van het overstromingsgevoelig gebied. Het probleem van wateroverlast overstijgt het perceelsniveau van voorliggende aanvraag.

Het eventuele geringe schadelijk effect kan beperkt of hersteld worden door het opleggen van een compensatie-maatregel.

In verband met de natuurtoets wordt in artikel 16 §1 gesteld dat de bevoegde overheid in het geval van een vergunningsplichtige activiteit er zorg voor dient te dragen dat er geen vermijdbare schade aan de natuur kan ontstaan, door de vergunning te weigeren of door redelijkerwijze voorwaarden op te leggen om de schade te voorkomen, te beperken of, indien dit niet mogelijk is, te herstellen. In dit verband kan worden gesteld dat ter hoogte van de betreffende verkaveling de schade niet te vermijden valt en er weinig tot geen ruimte beschikbaar blijft waar de schade wel vermijdbaar is.

Wel vermijdbaar is dat het perceel 45b2 wordt opgehoogd vermits het zich (deels) in natuurgebied bevindt.

Ook vermijdbaar is dat de strook van 5 meter gelegen naast de waterloop 2e categorie (nr. 5.144) palend aan het naastliggend lot 2b zou worden ingericht als tuin (cfr. erfdienstbaarheidszone opgelegd door de dienst Waterbeleid). Hierdoor zou nog een (weliswaar zeer beperkte maar toch nog betekenisvolle) corridor tussen de 2 VEN-gebieden over blijven.

Verder stelt ook het Agentschap voor Natuur en Bos in haar advies dat de ophoging in het natuurgebied wordt afgegraven tot op het oorspronkelijk niveau en stelt het Agentschap vast dat met dit project natuurwaarden kunnen hersteld worden.

Er kan geconcludeerd worden dat het voorzien van een hogere vloerplas voor de woning, het pad en het terras op de loten 2A en 2B geen stedenbouwkundige aspecten in het gedrang zal brengen mits in de tuinzone, als compensatie voor de inname van de ruimte voor water, voldoende wordt afgegraven.

De adviezen van de dienst Integraal Waterbeleid van de provincie Oost-Vlaanderen, van het agentschap voor Natuur en Bos en van het agentschap Waterwegen en Zeekanaal NV – afdeling Bovenschelde worden gevolgd.

Gelet op de op 24 februari 2009 vergunde verkaveling voor 4 loten halfopen bebouwing, moet er echter (in tegenstelling tot het advies van de dienst Integraal Waterbeleid van de provincie Oost-Vlaanderen i.v.m. lot 2B) van uitgegaan worden dat het lot 2B nog steeds bebouwbaar blijft. Hierbij dient wel als voorwaarde opgelegd te worden dat de 5 meter brede strook rechts van lot 2B, nodig om onderhoudswerken aan de waterloop 5.144 te kunnen doen, moet gevrijwaard blijven van bebouwing en niet mag opgehoogd worden.

Het volume aan water dat ingenomen wordt door de bouw van de woningen, de aanleg van de paden en de terrassen, moet op eigen terrein worden gecompenseerd.

Volgens de ingediende plannen zal dit ingenomen volume maximaal 74m³ bedragen (voor de loten 2A + 2B).

In de verkavelingsvoorschriften moet bijgevolg bijkomend worden voorzien dat dit volume in de tuinzone achter de woningen afgegraven wordt. Er wordt uitgegaan van een volume van 80m³ om af te graven (boven de grondwatertafel) teneinde een natuurlijke overgang te kunnen creëren vanaf het terras tot aan de 50m grens van het woongebied.

2.5 Conclusie

Uit wat voorafgaat dient besloten dat het derdenberoep niet voor inwilliging vatbaar is.

Vergunning tot wijziging van de verkavelingsvergunning kan worden verleend onder volgende voorwaarden:

- *de erfdienstbaarheidzone van 5 meter, gemeten vanaf de huidige kruin van waterloop nr. 5.144, moet gerespecteerd en vrijgelaten worden.*
- *de verkavelingsvoorschriften dienen als volgt te worden gewijzigd:*

3.1 Reliëfwijzigingen

...

Terreinophogingen in de tuinzone achter de woningen kunnen niet toegestaan worden. In de tuinzone achter de woningen op de loten 2A en 2B, binnen de 50 meter-grens van het woongebied, moet een volume van minimum 80m³ afgegraven worden.

Dergelijke afgraving dient uitgevoerd te worden boven de grondwatertafel.

..."

Dit is de bestreden beslissing.

IV. ONTVANKELIJKHEID VAN DE VORDERING TOT Vernietiging

Uit het dossier blijkt dat de vordering tijdig en regelmatig is ingesteld. Er worden geen excepties opgeworpen.

V. ONDERZOEK VAN DE MIDDELEN

A. Tweede middel

Standpunt van de partijen

1.

De verzoekende partij roept in haar tweede middel de schending in van artikel 8 van het Decreet integraal waterbeleid van 18 juli 2003 (hierna "DIWB" genoemd), juncto artikel 5 en 6 DIWB, juncto artikel 4 en 7 van de richtlijn 2007/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 over de beoordeling en het beheer van overstromingsrisico's (hierna "overstromingsrichtlijn" genoemd) en van de artikelen 2/1, 4 en 7 van het besluit van de Vlaamse regering tot vaststelling van nadere regels voor de adviesprocedure bij de watertoets, vermeld in art. 8 DIWB (hierna "watertoetsbesluit" genoemd).

1.1

De verzoekende partij stelt dat de percelen zowel in natuurlijk als in recent overstroomd gebied, als in risicogebied voor overstromingen gelegen zijn en dat de bergingscapaciteit van de Dender en de Molenbeek niet mag gereduceerd worden, zodat bebouwing en ophoging ongewenst is.

Volgens de verzoekende partij wordt het herstel van een deel van de wederrechtelijk uitgevoerde ophoging voorgesteld als een verbetering van het watersysteem, maar mag de verwerende partij een wederrechtelijke situatie niet beschouwen als vaststaand en als vertreksituatie voor de beoordeling van de vergunningsaanvraag.

De verzoekende partij formuleert volgende kritieken op de beoordeling in de bestreden beslissing:

- de afgraving van een wederrechtelijke ophoging kan onmogelijk gelden als compensatie van de rest van de ophoging van de beide percelen
- de ophoging van de voortuinstrook heeft een voorgeschiedenis van vernietiging en weigering van vergunningsbeslissingen.

De verzoekende partij stelt dat de wederrechtelijke ophoging van het deel van beide loten (de voortuinstrook, de zone ingenomen door de woningen, pad en terras) dat geregulariseerd kan worden, niet wordt gecompenseerd. De tuin wordt afgegraven tot het oorspronkelijke niveau van voor de wederrechtelijke ophoging, zodat de afgraving van de tuin onmogelijk kan beschouwd worden als compensatie van de regularisatie van de ophoging van de rest van beide loten.

1.2

Verder stelt de verzoekende partij dat er wordt uitgegaan van een foutief overstromingsniveau.

Volgens de verzoekende partij zijn de percelen gelegen in een risicozone voor overstromingen en is de diepte van de overstroming minstens 30 cm.

De verzoekende partij stelt dat het advies van Waterwegen en Zeekanaal vertrekt van de illegale reeds opgehoogde toestand, dat gewerkt wordt met een schatting van het overstromingspeil en men alleen een meting doet van het waterpeil op 3074 m stroomopwaarts en een tiental rivierbochten verder, waardoor er geen correcte inschatting kan gebeuren.

Volgens de verzoekende partij is op alle kaarten aangegeven dat de percelen vroeger, en nu nog steeds, overstroomd. Het gaat volgens de verzoekende partij dan ook niet op om slechts één overstromingskaart te bekijken en die zonder veel onderbouwing zomaar in twijfel te trekken.

Verder levert de verzoekende partij kritiek op de watertoets in de bestreden beslissing. De verzoekende partij stelt dat de verwerende partij het negatief advies van de dienst Integraal Waterbeleid over de bebouwing van lot 2B niet beantwoordt en dat niet verwezen kan worden naar de reeds vergunde verkavelingsvergunning. De verwerende partij kan ook niet louter verwijzen naar het advies van Waterwegen en Zeekanaal.

De verzoekende partij beweert dat de TAW zowel toen, als nu, gekend was en de verwerende partij dit foutief voorstelt. De verzoekende partij stelt dat men op basis van de vroegere verkavelingsvergunning 35 cm lager zou bouwen dan met de huidige verkavelingswijziging.

De verzoekende partij herhaalt dat er geen volwaardige compensatie is gebeurd en dat daarmee dus het negatief advies van de VMM niet kan gecounterd worden.

Door het afgraven van een illegale ophoging in de tuin is er daar geen verlies, maar ook geen winst inzake overstromingsruimte. Door het nog hoger ophogen van de rest van het perceel is er een groter verlies aan overstromingsruimte. De verzoekende partij verwijst naar het advies van de VMM dat stelt dat uit de subdoelstellingen 6c en 6d van het DIWB blijkt dat er zoveel mogelijk ruimte voor water moet gevrijwaard worden binnen de valleigebieden, terwijl de verwerende partij meent dat er zo hoog mogelijk moet gebouwd worden om de veiligheid van nieuwe woningen binnen overstromingsgebied te garanderen.

De verzoekende partij stelt dat er globaal gezien een achteruitgang is van de terrestrische vegetaties en er dus geen rekening gehouden wordt met doelstelling 4.

Volgens de verzoekende partij kan de 5 meterstrook het versnipperd effect van de verkaveling niet verhinderen en is er geen rekening gehouden met de vijfde doelstelling.

Volgens de verzoekende partij komt geen enkel beginsel uit het DIWB, zoals het standstillbeginsel of het voorzorgsbeginsel, aan bod in de adviezen of in de besluitvorming.

Verder stelt de verzoekende partij dat de verwerende partij geen echte compensatie oplegt, zodat de verwerende partij artikel 2/1, §1, 2° Watertoetsbesluit niet correct toepast. De compensatie moet in natura gebeuren. De adviezen voldoen niet aan de vereiste om stil te staan bij de vele relevante aspecten uit de waterbeheerplannen en bij alle relevante doelstellingen en beginselen van het DIWB. De verwerende partij kan, volgens de verzoekende partij, dus niet verwijzen naar het advies van Waterwegen en Zeekanaal en naar het advies van de VMM.

De verzoekende partij wijst er ook op dat het grondwaterpeil na de ophoging veel verder onder het oppervlak blijkt te zitten, waardoor de vegetatie niet kan herstellen. Er zijn volgens de verzoekende partij geen maatregelen getroffen om de effecten op de grondwatertoestand te voorkomen.

1.3

Verder stelt de verzoekende partij dat niet voldoende werd getoetst aan de waterbeheerplannen.

De verwerende partij vermeldt volgens de verzoekende partij in de bestreden beslissing niets over de gevoelige soorten die voorkomen op het soortenrijk grasland en evenmin iets over het migreren tussen beide onderdelen van hetzelfde VEN-gebied.

Met de bestreden beslissing gaat, volgens de verzoekende partij, ook beschikbare vrije overstroombare ruimte verloren. In strijd met het deelbekkenbeheerplan "Ninoofse meersen" wordt het waterbergend vermogen verlaagd en gaat de natuurlijke structuur verloren.

Ook is de bestreden beslissing volgens de verzoekende partij strijdig met het bekkenbeheerplan van de Dender, dat een beleidsvisies bevat, terwijl de verwerende partij met de bestreden beslissing een andere richting neemt.

1.4

De verzoekende partij verwijst ook naar artikel 8, §1 van het DIWB en stelt meer bepaald dat door de bestreden vergunning vermindering van ruimte voor het watersysteem veroorzaakt en een schadelijk effect op de kwantitatieve toestand van het grondwater.

De verzoekende partij stelt dat de effecten op de flora en fauna en op het landschap niet degelijk onderzocht zijn en dat het advies van ANB daarover tekortschiet.

De ophoging van de percelen gaat gepaard met een verlies aan grond met een biologische waarde en is een aantasting van het landschap dat bestaat uit laaggelegen valleigebied.

Ook ontbreekt een onderzoek naar de effecten op de bodem. De verzoekende partij verwijst daarvoor naar het verdwijnen van unieke natte valleigrond.

1.5

Tot slot stelt de verzoekende partij dat er geen rekening gehouden is met de gevolgen van de klimaatverandering en, met verwijzing naar een studie over de risico's van klimaatverandering, hoe die de gevolgen van de overstromingen kan versterken. Een zorgzame overheid houdt daar rekening mee, terwijl de verwerende partij dat niet doet.

Ook zijn volgens de verzoekende partij enkele bepalingen van de overstromingsrichtlijn geschonden. De verzoekende partij heeft zelf berekend dat het water, als gevolg van de klimaatverandering, op de percelen, waarop de bestreden beslissing betrekking heeft, tot op bijna 21 m TAW kan reiken.

De verzoekende partij stelt dat de Vlaamse decreetgever de richtlijn minstens onvolledig heeft omgezet en dat er geen rekening gehouden is met de potentiële negatieve gevolgen.

2.

De verwerende partij antwoordt hierop dat het voorwerp van de aanvraag de wijziging is van de voorschriften van een bestaande verkavelingsvergunning.

Het voorwerp van de bestreden beslissing is dus beperkt tot wat is aangevraagd, terwijl de verzoekende partij de uiteenzetting van haar middel kadert in de ruimere context van de verkaveling en zelfs ruimer.

De verwerende partij verwijst naar de uitgebreide watertoets in de bestreden beslissing.

De verwerende partij stelt dat zij het project in zijn geheel grondig bekeken heeft en uit de verleende adviezen en gegevens alleen maar kon concluderen dat met de aanvraag geen schadelijk effect ontstaat voor het watersysteem of ten minste dat de schade zoveel mogelijk wordt beperkt, dat een deel van de aanvraag moet worden geweigerd om schade te vermijden en dat er wordt gecompenseerd waar nodig.

De verwerende partij stelt dat de percelen loten zijn van een goedgekeurde verkaveling en dat woningen, die gebouwd worden in overstromingsgevoelig gebied, zodanig moeten ontworpen worden dat ze geen waterschade ondervinden, terwijl er ook geen schade mag berokkend worden aan het watersysteem.

De verwerende partij ziet niet in waarom de afgraving, zelfs al is het van een wederrechtelijk uitgevoerde ophoging, niet als compensatie zou kunnen dienen, nu blijkt dat hiermee geen schade wordt berokkend aan het watersysteem.

De verwerende partij stelt dat het advies van Waterwegen en Zeekanaal duidelijk en deskundig gemotiveerd is en dat het past om te benadrukken dat overstromingen op deze locatie hoofdzakelijk te wijten zijn aan hoge waterstanden of het overstromen van de Dender en omdat waterlopen, die in de Dender uitmonden, zoals de waterloop naast de percelen, niet meer kunnen afwateren in de Dender.

Nu is de waterloop naast de betrokken percelen ingedijkt om de omgeving te vrijwaren van wateroverlast en daardoor is de bufferende werking van de gronden in de verkaveling sterk verzwakt: alleen bij zware overstromingen kunnen ze nog aangesproken worden om water tijdelijk te bufferen.

Uit niets blijkt volgens de verwerende partij dat de in de adviezen gehanteerde overstromingsniveaus, of de overstromingskaarten, manifest onjuist zijn.

De verwerende partij stelt dat zij tegemoetkomt aan het deels negatief advies van de provinciale dienst Integraal Waterbeleid door het opleggen van een compenserende afgraving van 80 m³ en door het vrijwaren van de 5 m vrije strook ten opzichte van de waterloop.

Volgens de verwerende partij is er geen onduidelijkheid meer over het niveau in mTAW.

Ook blijkt volgens de verwerende partij duidelijk uit het advies van VMM dat er in de zone overstromingsveilig moet gebouwd worden. De bestreden beslissing laat de gevraagde wijziging slechts gedeeltelijk en voorwaardelijk toe, zodat de woningen op een veilig peil kunnen gebouwd worden, met de nodige compensatie voor overstromingsruimte voor het volume dat ze zullen innemen. De verwerende partij stelt verder dat het correct uitvoeren van de watertoets niet vereist dat beginsel per beginsel uit artikel 6 van het DIWB letterlijk wordt opgesomd en getoetst aan het ingediende project.

In ondergeschikte orde stelt de verwerende partij dat aan alle beginselen voldaan wordt: het standstill-beginsel is niet absoluut, de schadelijke effecten worden voorkomen door overstromingsveilig te bouwen met compensatie, er is daadwerkelijke compensatie voor de ingenomen ruimte en er is nog steeds een, weliswaar smalle, corridor. Het evenwicht tussen woongebied en de omliggende VEN-gebieden wordt met elkaar verzoend.

De verwerende partij hoeft niet te twijfelen aan de deskundigheid van de adviserende instanties en uit hun adviezen blijkt ook geen enkele manifeste onwettigheid of enig ander gebrek.

Met betrekking tot de waterbeheerplannen verwijst de verwerende partij naar de corridorwerking van de 5 meter-zone en de adequate compensatie.

Het middelonderdeel met betrekking tot de klimaatverandering en de Europese richtlijn lijkt volgens de verwerende partij eerder ten strijde te trekken tegen de bepalingen van het DIWB dan tegen de bestreden beslissing.

De bepalingen van de richtlijn, waar de verzoekende partijen naar verwijzen, beantwoorden niet aan het criterium om “voldoende duidelijk en nauwkeurig” te zijn om rechten toe te bedelen aan particulieren. Het overstromingsrisico is in de bestreden beslissing voldoende begroot.

3.

In haar wederantwoordnota stelt de verzoekende partij nog dat de impact van het nog hoger realiseren van de vloerplas niet te minimaliseren is. De verzoekende partij stelt verder dat de bewering van de verwerende partij de wereld op zijn kop is: iedereen die eerst illegaal schade toebrengt aan het watersysteem kan herstel van een deel van de schade laten honoreren als compensatie voor schade door een ander project..

De verzoekende partij stelt verder dat zij nooit de overstromingskaarten heeft betwist, maar wel de interpretatie en de inhoud van de wateradviezen.

De verwerende partij gaat er, volgens de verzoekende partij, foutief van uit dat de VMM louter kritiek had op het ontbreken van duidelijke niveaus, terwijl het volgens de verzoekende partij aan de verwerende partij is om de elementen in verband met de niveaus van de gebouwen opnieuw voor te leggen aan de VMM, zodat zij het dossier opnieuw inhoudelijk goed kan adviseren.

Een *post-factum* toetsing aan de beginselen van het DIWB kan de gebreken van een beslissing niet meer remediëren en de verwerende partij zwijgt over de toetsing aan de relevante doelstellingen van het DIWB en aan de waterbeheerplannen.

De toetsing aan het niet in Vlaams recht omgezette deel van de doelstelling uit artikel 7 van de Overstromingsrichtlijn blijft rechtsreeks van toepassing.

De verzoekende partij heeft in haar beroepsverzoekschrift wetenschappelijke cijfers vermeld waarmee de verwerende partij had moeten rekening houden.

Beoordeling door de Raad

1.

Artikel 8, §1 van het decreet van 18 juli 2003 betreffende het integraal waterbeleid (hierna DIWB genoemd), zoals van toepassing op het ogenblik van het nemen van de bestreden beslissing, bepaalt:

§ 1. 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.

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.

De overheid die oordeelt over de afgifte van een planologisch of stedenbouwkundig attest als vermeld in artikel 4.4.24 en 5.3.1 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening van 15 mei 2009, moet in redelijkheid nagaan of de aanvraag door het opleggen van gepaste voorwaarden of aanpassingen de watertoets kan doorstaan.

Artikel 3, 17° van het DIWB, zoals van toepassing bij het nemen van de bestreden beslissing, definieert schadelijk effect als:

“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 gebouwen en infrastructuur, gelegen buiten afgebakende 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.”

Hieruit volgt dat een verkavelingsvergunning maar kan worden verleend nadat de in artikel 8, §1 bedoelde watertoets is uitgevoerd.

Wanneer een verkavelingsvergunning wordt verleend moet uit de motivering blijken, ofwel dat uit de werken, waarvoor een vergunning wordt verleend, geen schadelijke effecten kunnen ontstaan, zoals bedoeld in artikel 3, §2, 17° van voormeld decreet, ofwel dat zulke effecten wel kunnen ontstaan, maar dat die door het opleggen van gepaste voorwaarden zoveel mogelijk worden beperkt of hersteld.

Bij vermindering van infiltratie van hemelwater of vermindering van ruimte voor het watersysteem, moeten er compensatiemaatregelen opgelegd worden.

Uit deze bepalingen volgt dat de vergunningverlenende overheid moet onderzoeken of een aanvraag een 'schadelijk effect' doet ontstaan, zoals bepaald in artikel 3, §2, 17° DIWB.

De Raad kan zijn beoordeling met betrekking tot de watertoets niet in de plaats stellen van die van de vergunningverlenende overheid, maar is alleen bevoegd te onderzoeken of de vergunningverlenende overheid haar bevoegdheid behoorlijk heeft uitgeoefend, meer bepaald of zij is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en, op basis daarvan, in redelijkheid haar beslissing heeft genomen.

Artikel 1, 4° van het Watertoetsbesluit, zoals van toepassing op het ogenblik van het nemen van de bestreden beslissing, definieert:

4° compensatiemaatregelen : maatregelen die erop zijn gericht een betekenisvol nadelig effect dat wordt veroorzaakt door een vergunningsplichtige activiteit of een plan of programma op een andere plaats dan de plaats waar het schadelijke effect plaatsvindt te compenseren;

Artikel 2/1, §1 van het Watertoetsbesluit bepaalt:

"§ 1. Op de overheid die beslist over een vergunning, een plan of een programma als vermeld in artikel 8, § 5, van het decreet, 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.”

Het wordt niet betwist dat de percelen waarop de bestreden beslissing betrekking heeft, gelegen zijn in een risicozone voor overstromingen, in een effectief overstromingsgevoelig gebied en in een recent (in 2010) overstroomd gebied. De percelen liggen zowel in de nabijheid van de Dender, als langs een waterloop nr. 5.144 (die grenst aan perceel 2B).

De verwerende partij stelt in het onderdeel van de watertoets van de bestreden beslissing dat er hoge waterstanden zijn in het gebied en dat de Dender regelmatig overstroomt, maar dat de nabijgelegen waterloop nr. 5.144 in 2003 ingedijkt is om de woningen in de straat te vrijwaren van wateroverlast, waardoor de bufferende werking van de percelen, waarop de aanvraag betrekking heeft, sterk verzwakt is.

Niettemin stelt de verwerende partij duidelijk dat ze “bij hevige overstromingen ... evenwel nog aangesproken (kunnen) worden om water tijdelijk te bufferen”.

De verzoekende partij stelt dat de percelen overstroomden tijdens de overstroming van 13 en 14 november 2010.

Uit de voorgeschiedenis van de bestreden beslissing blijkt dat de verwerende partij vorige aanvragen voor het ophogen van delen van de percelen geweigerd heeft. Uit door de verzoekende partij bijgebrachte documenten blijkt dat deze weigeringen gebaseerd zijn op de negatieve impact op het watersysteem en het ontbreken van een compensatieplan.

Zo heeft de verwerende partij op 21 februari 2013 als volgt het ophogen van een voortuinstrook tot straatniveau geweigerd:

“ ...

Waterloop nr. 5.144 is grotendeels ingedijkt, zo ook langsheen de betrokken verkaveling.

Het doel van deze indijking is om de woningen in de Jan de Coomanstraat en omgeving te vrijwaren van wateroverlast vanuit deze waterloop. De percelen waarvan sprake in deze aanvraag hebben bijgevolg geen waterbergende functie voor waterloop nr. 5.144. Door het ophogen van de voortuinstrook wordt volgens het advies van de provinciale dienst Integraal Waterbeleid eigenlijk geen bergingsgebied van waterloop nr. 5.144 afgenomen.

De overstromingen moeten echter gekaderd worden in een veel ruimer gebied rekening houdend met de aanwezigheid van verschillende interfererende waterlopen.

... ”

Op basis van de beschikbare gegevens, het niet kunnen uitsluiten van een negatief effect als gevolg van de ophoging, het ontbreken van een compensatieplan en een gebrek aan motivatie voor de ophoging in effectief overstromingsgevoelig gebied lijkt dit project niet in overeenstemming met de doelstelling en de beginselen van het decreet integraal waterbeleid.

... ”

Op 23 mei 2013 heeft de verwerende partij de opvulling van een driehoekige gleuf op het perceel 2B ook geweigerd omwille van *“het niet kunnen uitsluiten van een negatief effect als gevolg van de ophoging, het ontbreken van een compensatieplan en een gebrek aan motivatie voor de ophoging”*.

Uit de voorgeschiedenis en de specifieke ligging in effectief overstromingsgevoelig gebied blijkt dat er met andere woorden geen twijfel is dat de watertoets een cruciaal element is bij de beoordeling van een vergunning voor de bouw van constructies of de ophoging van deze percelen.

Het kan, omwille van de specifieke ligging in effectief overstromingsgevoelig gebied en de vorige weigeringen omwille van het negatief effect op het watersysteem, niet worden betwist dat het regulariseren van een ophoging een belangrijke invloed kan hebben op het waterbergend vermogen van het perceel.

De verzoekende partij verwijst in haar uitgebreid tweede middel naar de “bebouwing plus ophoging” die een aantasting is van de “unieke natte valleigrond”.

De verwerende partij stelt dat het voorwerp van de aanvraag de wijziging is van de voorschriften van een verkavelingsvergunning, maar dat verzoekende partij dat uit het oog verliest.

De inplanting van de woningen, en de inname van het volume van deze woningen in overstromingsgebied, kunnen, op basis van de reeds vergunde verkaveling inderdaad niet ter discussie staan.

De ophogingen waarvoor met de bestreden beslissing een verkavelingswijziging wordt vergund, zijn echter wel relevant om te beoordelen in de watertoets, omdat ze een inname zijn van het volume water, zoals de verwerende partij zelf overigens ook vaststelt in de bestreden beslissing.

3.

De dienst Integraal Waterbeleid van de provincie Oost-Vlaanderen adviseert negatief voor het regulariseren van het ophogen van onder andere de tuinzone van beide loten (en ook alle ophogingen op het onbebouwd perceel 2B).

Het Agentschap Waterwegen en Zeekanaal ziet dan weer geen enkel probleem met de aangevraagde regularisatie.

De VMM adviseert over een vorige aanvraag negatief omdat het onduidelijk was op welk niveau in mTAW de gebouwen werden voorzien, en verwijst met betrekking tot de aanvraag, waarop de bestreden beslissing betrekking heeft, naar dit advies.

De verzoekende partij levert kritiek op het advies van het Agentschap Waterwegen en Zeekanaal, maar uit de bestreden beslissing blijkt niet dat de verwerende partij dat advies expliciet bijtreedt.

De verwerende partij beperkt zich tot een weergave van de conclusies van de drie adviezen, behalve dan als antwoord op het advies van VMM dat “het niveau in mTAW in voorliggende aanvraag wel duidelijk is” en uitdrukkelijk te stellen “dat een compensatie als voorwaarde zal worden opgelegd”.

De verwerende partij stelt vervolgens in de watertoets dat “de ophogingen in de tuinzone op lot 2A en 2B ongunstig beoordeeld worden” en daarna dat een “volume van 80 m³” zal moeten worden afgegraven worden.

De verwerende partij vermeldt expliciet dat “het volume aan water, dat ingenomen wordt, de bouw van de woning, de aanleg van het pad en het terras, op eigen terrein wordt gecompenseerd” en dat het volume van de woning, paden en terrassen maximaal 74 m³ zal bedragen, waardoor 80 m³ moet afgegraven worden om een natuurlijke overgang te kunnen creëren tot aan het natuurgebied.

De verwerende partij wijzigt als volgt het stedenbouwkundig voorschrift van de verkaveling in verband met de reliëfwijzigingen:

“Terreinophogingen in de tuinzone achter de woningen kunnen niet toegestaan worden. In de tuinzone achter de woningen op de loten 2A en 2B, binnen de 50 meter grens van het woongebied, moet een volume van minimum 80 m³ afgegraven worden. Dergelijke afgraving dient uitgevoerd te worden boven de grondwatertafel.”

Hieruit blijkt dat de verwerende partij artikel 2/1, §1, 2° van het Watertoetsbesluit toepast, meer bepaald vaststelt dat het schadelijk effect niet kan worden voorkomen of beperkt worden en daarom, omdat er sprake is van een vermindering van ruimte voor het watersysteem door de ophoging van de woning, pad en terras, er een compensatiemaatregel moet worden opgelegd, namelijk de afgraving van de tuinzone met 80 m³.

In haar antwoordnota bevestigt de verwerende partij dat “de afgraving van de wederrechtelijke uitgevoerde ophoging” de compensatie is.

De compensatiemaatregel, zoals voorzien in het Watertoetsbesluit, is dus het afgraven van een welbepaald volume (80 m³) van een illegale ophoging.

4.

De verzoekende partij stelt dat er slechts een deel van de wederrechtelijke uitgevoerde ophoging zal verwijderd worden en de verwerende partij verduidelijkt in haar antwoordnota niet hoeveel er van de wederrechtelijke ophoging zal blijven bestaan na het verwijderen van 80 m³.

Het is niet aan de Raad om op de plannen na te rekenen hoeveel m³ er precies zal resteren.

Dat in de voorwaarde niet wordt opgelegd de volledige wederrechtelijke ophoging te verwijderen, maar slechts 80 m³, doet wel vermoeden dat een deel van de wederrechtelijke ophoging niet verwijderd zal worden.

Los van de vraag hoeveel van de wederrechtelijke ophoging zal blijven bestaan na het uitgraven van 80 m³, oordeelt de Raad dat er geen compensatie is, zoals bepaald in artikel 2/1, §1, 2° van het Watertoetsbesluit, wanneer deze compensatie alleen maar beoogt een wederrechtelijke ophoging af te graven. In die redenering vertrekt de verwerende partij immers van een wederrechtelijke toestand en lijkt ze impliciet de wederrechtelijke ophoging, die zou resteren, na het verwijderen van 80 m³ te bestendigen.

De verwerende partij stelt in haar antwoordnota ook dat zij geen probleem heeft met de compensatie door het afgraven van de illegale ophoging, omdat duidelijk is dat daardoor geen schade wordt berokkend aan het watersysteem.

De verwerende partij kan echter niet stellen dat het “volume aan water, dat ingenomen wordt door de bouw van de woning, de aanleg van het pad en het terras, op eigen terrein wordt gecompenseerd”, om dan te beslissen dat het afgraven van een deel van de illegale ophoging dient als compensatie.

Volgens de definitie van een compensatiemaatregel in het Watertoetsbesluit moet het nadelig effect op een andere plaats dan de plaats waar het schadelijk effect plaatsvindt, gecompenseerd worden.

“Op een andere plaats” kan niet betekenen dat deze compensatie bij een aanvraag tot regularisatie gebeurt op het andere deel van het terrein waarop eveneens de regularisatie van een ophoging wordt aangevraagd door een verkavelingswijziging.

Een andere interpretatie betekent een uitholling betekenen van het begrip “compensatie”. Er kan slechts gecompenseerd worden op het terreinniveau dat wel degelijk vergund is. Het weghalen van een illegale ophoging in de tuin is geen compensatie op eigen terrein voor een ophoging voor de woning op hetzelfde perceel. Bovendien wordt met deze redenering geen beoordeling gemaakt van de impact van het resterend deel van de verhoging op de watersystemen.

De verwerende partij heeft hierdoor een kennelijk onredelijke beoordeling gemaakt van de inname van ruimte voor de watersystemen. Wanneer de verwerende partij meent dat de ophoging voor de woning, pad en terras moet worden gecompenseerd op eigen terrein, dan kan dit niet door een compensatie te zoeken in de illegale ophoging van de tuin, dus door het weghalen van een ophoging die er nooit had mogen zijn.

Daardoor is er geen “winst” van overstromingsruimte, hetgeen volgens het Watertoetsbesluit toch de bedoeling is van de compensatiemaatregelen.

De dienst Integraal Waterbeleid van de provincie Oost-Vlaanderen adviseert op 13 februari 2014 als volgt om niet slechts 80 m³ af te graven, maar dat de gehele regularisatie van de ophogingen in de tuin (en zelfs de ophogingen van het onbebouwd perceel 2B) niet toegestaan kan worden (alleen het regulariseren van de verhoogde vloerpas, de ophogingen ter hoogte van de woning, voetpad en terras wordt gunstig geadviseerd):

“
...
Vanuit het waterbeleid wordt geadviseerd om zowel de regularisatie van de reeds uitgevoerde ophoging als de bijkomende reliëfwijzigingen niet toe te staan om de ruimte voor waterberging te behouden en het onderhoud van waterloop nr. 5.144 niet verder te hypothekeren.
...”

Omwille van dit negatief advies van de dienst Waterbeleid van de provincie Oost-Vlaanderen, die ongunstig adviseert voor het regulariseren van het ophogen van het terrein in de tuinzone, moest de verwerende partij de bestreden beslissing des te zorgvuldiger te motiveren.

De motivering in de watertoets is echter tegenstrijdig, want de verwerende partij stelt eerst dat terreinophogingen in de tuinzone “niet toegestaan” kunnen worden, terwijl daarna impliciet uit de vergunning van een wijziging van de verkavelingsvoorschriften volgt dat wanneer de aanvrager 80 m³ afgraaft, het resterend deel na de afgraving van de terreinophoging mag blijven bestaan.

De verwerende partij stelt in de watertoets dat de woning, pad en terras een volume aan water innemen en dat dit moet gecompenseerd worden. De illegale ophoging in de tuin zorgt ook voor een inname van watervolume, dat de verwerende partij als ongunstig beoordeelt. Daaruit kan worden afgeleid dat deze ophoging in de tuin niet kan worden vergund en dus moet verdwijnen.

Door echter de verwijdering van deze ophoging te beschouwen als een compensatie voor de inname van de woning, pad en terras, bevat de watertoets een tegenstrijdigheid.

Wanneer de verwerende partij wil dat de ophoging in de tuin wordt verwijderd (of toch alleen 80 m³) en tevens dat het ingenomen volume aan water door de woning, pad en terras wordt gecompenseerd, kan de verwerende partij niet volstaan met slechts één van beide te realiseren, namelijk de compensatie van de woning, pad en terras.

Uit de adviezen blijkt niet dat door de afgraving van de wederrechtelijke ophoging voldaan is aan de bepalingen van het DIWB: alleen Waterwegen en Zeekanaal heeft gunstig geadviseerd en de Dienst Integraal Waterbeleid heeft alleen gunstig geadviseerd voor het ophogen van de woning, pad en terras op lot 2A.

5.

Het tweede middel is dan ook gegrond.

B. Eerste middel

De Raad onderzoekt het eerste middel niet omdat het niet kan leiden tot een ruimere vernietiging van de bestreden beslissing.

VI. KOSTEN

De Raad verwerpt het verzoek van de verwerende partij om de kosten ten laste van het Vlaamse Gewest te leggen: het Vlaamse Gewest is geen procespartij en dus ook geen “partij die ten gronde in het ongelijk wordt gesteld”.

BESLISSING VAN DE RAAD VOOR VERGUNNINGSBETWISTINGEN

1. De Raad vernietigt de beslissing van de verwerende partij van 9 oktober 2014, waarbij aan Knipping-De Taye/Housing Concept de wijziging van de verkavelingsvergunning wordt verleend onder voorwaarden op de percelen gelegen te 9506 Geraardsbergen (Zandbergen), Jan de Coomanstraat zn, met als kadastrale omschrijving 12^{de} afdeling, sectie A, nr. 45b2 en 45z-y.
2. De Raad beveelt de verwerende partij, binnen een vervaltermijn van 4 maanden vanaf de dag na de dag van de betekening van dit arrest, een nieuwe beslissing te nemen over het administratief beroep van de verzoekende partij.
3. De Raad legt de kosten van het beroep, bepaald op 175 euro, ten laste van de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel in openbare zitting van 21 augustus 2018 door de vierde kamer.

De toegevoegd griffier,

De dienstdoend voorzitter van de vierde kamer,

Stephanie SAMYN

Eddy STORMS