

# RAAD VOOR VERGUNNINGSBETWISTINGEN

## ARREST

van 2 februari 2023 met nummer RvVb-A-2223-0493

in de zaak met rolnummer 2122-RvVb-0443-A

Verzoekende partijen      **1. het college van burgemeester en schepenen van de gemeente KORTENBERG**  
**2. de gemeente KORTENBERG, vertegenwoordigd door het college van burgemeester en schepenen**

vertegenwoordigd door advocaten Günther L'HEUREUX en  
Leontien BEERNAERT  
met woonplaatskeuze te 1170 Brussel, Terhulpssteenweg 187

Verwerende partij            **de provincie VLAAMS-BRABANT, vertegenwoordigd door de deputatie van de provincieraad**

met zetel te 3010 Leuven, Provincieplein 1

Tussenkomen de partij      **SEMPELS PROJECTS bv**

vertegenwoordigd door advocaat Thomas RYCKALTS  
met woonplaatskeuze te 1000 Brussel, Wolvengracht 38 bus 2

---

### I. Voorwerp van het beroep

De verzoekende partijen vorderen met een aangetekende brief van 16 februari 2022 de vernietiging van de beslissing van de verwerende partij van 2 december 2021, waarmee aan de tussenkomen de partij een omgevingsvergunning wordt verleend onder voorwaarden voor het slopen van een bestaande woning en de oprichting van een meergezinswoning met drie woonegelegenheden en een halfopen eengezinswoning (omgevingsnummer: 2021034825).

De verwerende partij heeft het bestuurlijk beroep van de tussenkomen de partij tegen de weigeringsbeslissing van de eerste verzoekende partij van 30 juni 2021 ingewilligd.

Het project ligt in 3071 Kortenberg aan de Oudebaan 26 en heeft als kadastrale omschrijving afdeling 2, sectie C, nummer 198/N.

## **II. Rechtspleging**

De verwerende partij bezorgt het administratief dossier en dient een antwoordnota in. De tussenkomen de partij dient een schriftelijke uiteenzetting en de verzoekende partijen dienen een wederantwoordnota in.

De procespartijen werden opgeroepen voor de zitting van 8 december 2022. Ze hebben ingestemd met het schriftelijk behandelen en in beraad nemen van de zaak met toepassing van artikel 85, §3 van het besluit van de Vlaamse regering van 16 mei 2014 houdende de rechtspleging voor sommige Vlaamse bestuursrechtscollleges.

## **III. Feiten**

Op 8 april 2021 vraagt de tussenkomen de partij een omgevingsvergunning aan voor het slopen van een bestaande woning en de oprichting van een meergezinswoning met vier woongelegenheden en een halfopen eengezinswoning gelegen in Kortenberg aan de Oudebaan 26.

De aanvraag voorziet in de oprichting van een meergezinswoning met vier woongelegenheden en een aangebouwde halfopen woning aan de rechterzijde. De meergezinswoning bestaat uit drie bouwlagen. De linkerzijde sluit aan op het aanpalende gebouw met een kroonlijsthoogte van 8,59 meter. De kroonlijst verspringt tot een hoogte van 9,10 meter over het grootste deel van de voorgevel. De voorgevel is 20,05 meter breed. De diepte van de meergezinswoning vermindert naar de achtergevel toe. De gelijkvloerse bouwdiepte is 16,50 meter. De collectieve tuinzone bedraagt 43% van de totale perceelsoppervlakte en wordt aan de achterzijde 30 cm afgegraven in functie van een wadi, waarvan de overloop wordt aangesloten op de ingebuisde Weesbeek. Het gelijkvloers omvat aan de linkerzijde een inpandige garage, die plaats biedt voor vijf autoparkeerplaatsen en elf fietsparkeerplaatsen. Aansluitend aan de rechterzijde is er een tweede inpandige garage met één autoparkeerplaats, die behoort tot de wooneenheid op

het gelijkvloers. Op de eerste verdieping bevinden zich twee wooneenheden en op de tweede verdieping bevindt zich ook een wooneenheid.

De eengezinswoning heeft twee woonlagen en een kroonlijsthoogte van 6,20 meter. De voorgevelbreedte van 5 meter verspringt op een bouwdiepte van 5,50 naar 6,50 meter. In de tuinzone wordt ook een zone tot een diepte van 30 cm afgegraven in functie van een wadi. De woning heeft vooraan een carport met een gesloten fietsenberging met plaats voor vier fietsen.

Er ligt een inspectieput en een deel van de ingebouwde Weesbeek ter hoogte van het betrokken perceel.

Het perceel ligt in woongebied (gewestplan 'Leuven').

De aanvraag doorloopt de vereenvoudigde procedure en wordt niet aan een openbaar onderzoek onderworpen.

Aquafin adviseert op 2 juni 2021 voorwaardelijk gunstig.

De eerste verzoekende partij weigert op 30 juni 2021 een omgevingsvergunning aan de tussenkomende partij. Tegen die beslissing tekent de tussenkomende partij op 23 juli 2021 bestuurlijk beroep aan bij de verwerende partij.

De eerste verzoekende partij adviseert op 3 september 2021 ongunstig.

De provinciale omgevingsambtenaar adviseert in zijn verslag van 29 september 2021 om het beroep niet in te willigen en de omgevingsvergunning te weigeren.

Op 7 oktober 2021 vindt een hoorzitting plaats.

De tussenkomende partij dient op 7 oktober 2021 een wijzigingsverzoek met aangepaste plannen in. Op 8 oktober 2021 vraagt ze om de beroepstermijn te verlengen. De wijzigingen bestaan uit interne herschikkingen van het project:

- de meergezinswoning bestaat uit drie in plaats van vier wooneenheden;
- de wooneenheid op het gelijkvloers wordt omgevormd naar een duplexappartement;
- de inkomhal wordt verplaatst en is te bereiken vanop de straat en niet langer via de parkeergarage;

Er zijn ook twee versies van de parkeergarage ingediend. De eerste voorziet in drie parallelle parkeerplaatsen tegen de achterwand van het gebouw, rechts van de toegang tot de tuin. Vooraan links en rechts worden elf fietsenstallingen voorzien en een ruimte voor het stallen van de afvalcontainers. In de tweede versie worden vijf autostaanplaatsen voorzien, twee parallel aan elkaar tegen de achterwand, en drie langs de linkse muur. Rechts zijn acht fietsenstalplaatsen voorzien en er worden ook drie fietsenstalplaatsen voorzien naast de ruimte voor de afvalcontainers.

De verwerende partij beslist op 18 oktober 2021 om het gemotiveerd verzoek van de tussenkomende partij tot verlenging van de beslissingstermijn met 60 dagen in toepassing van artikel 66, §2/1 van het decreet van 25 april 2014 betreffende de omgevingsvergunning (hierna: Omgevingsvergunningsdecreet) te aanvaarden.

De provinciale omgevingsambtenaar adviseert in haar (aanvullend) verslag van 21 november 2021 om het beroep niet in te willigen en de omgevingsvergunning te weigeren. De tussenkomende partij dient op 1 december 2021 een replieknota in.

Na de hoorzitting van 2 december 2021 verklaart de verwerende partij het beroep op 2 december 2021 gegrond en verleent aan de tussenkomende partij de omgevingsvergunning onder voorwaarden. Dat is de bestreden beslissing.

#### **IV. Ontvankelijkheid van het beroep – het belang**

##### *Standpunt van de partijen*

1.

De eerste verzoekende partij stelt overeenkomstig artikel 105, §2, 4° van het Omgevingsvergunningsdecreet te beschikken over het vereiste belang aangezien ze tijdig advies heeft verstrekt. Er is haar op 20 augustus 2021 om advies gevraagd en ze heeft op 1 september 2021, binnen de termijn van dertig dagen, een advies verleend.

De tweede verzoekende partij dient zich aan als lid van het betrokken publiek overeenkomstig de artikelen 2, 1° en 105, §2, eerste lid, 2° van het Omgevingsvergunningsdecreet. Ze voert aan dat de bestreden beslissing haar beleid inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw doorkruist. In de weigeringsbeslissing in eerste aanleg en het ongunstig advies van de eerste verzoekende partij is aangegeven dat het aangevraagde strijdig is met de beleidsmatig gewenste ontwikkeling van de gemeente en het gevoerde stedenbouwkundig beleid. Het

ontwerp van algemene stedenbouwkundige verordening is een uitdrukking van het beleid van de tweede verzoekende partij en de tussenkomende partij is hiervan op de hoogte gebracht voor de indiening van haar vergunningsaanvraag. Er is in het bijzonder aangegeven dat de aanvraag strijdt met de visie om een geleidelijke overgang van het groene gebied naar het centrumgebied te voorzien om zo de druk op het gebied te ontlasten en dat het project afwijkt van verschillende gewenste richtlijnen, zoals de dichtheid, breedte van de fietsparkeerplaatsen en de minimale voorgevelbreedte.

Ze stelt vast dat de in beroep gewijzigde aanvraag op bepaalde punten strijdig blijft met het ontwerp van de algemene stedenbouwkundige verordening en de beleidsmatig gewenste ontwikkeling. De fietsenparkeervoorziening is volgens haar nog steeds te smal, de verdichtingsgraad te hoog, de parkeernorm wordt niet gerespecteerd en er is geen concrete oplossing voorzien voor de ingebuisde Weesbeek. De eerste verzoekende partij geeft, als vergunningverlenende overheid en adviesinstantie, uitdrukking aan het beleid van de tweede verzoekende partij over de ruimtelijke ordening en stedenbouw. De eerste verzoekende partij heeft ook nog geoordeeld dat de aanvraag niet verenigbaar is met de goede ruimtelijke ordening.

De tweede verzoekende partij stelt ook belang te putten uit haar hoedanigheid van beheerder van de Weesbeek als onbevaarbare waterloop van derde categorie (artikel 7, eerste lid, 3° van de wet van 28 december 1967 betreffende de onbevaarbare waterlopen). In de weigeringsbeslissing in eerste aanleg en het ongunstig advies in de beroepsprocedure heeft de eerste verzoekende partij gewezen op de hypotheek die het project legt op het beheer van de Weesbeek. Ze gaf hiermee uitdrukking aan het beleid van de tweede verzoekende partij als beheerder ervan.

2.

De tussenkomende partij betwist het belang van de verzoekende partijen.

Ze stelt dat de eerste verzoekende partij geen afdoende advies heeft verleend, aangezien hierin enkel de beoordeling van de weigeringsbeslissing integraal is overgenomen. Dat de eerste verzoekende partij een aparte beslissing heeft genomen in de zitting van 1 september 2021, betekent volgens haar nog niet dat er een advies is verleend. Uit de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel volgt dat de adviesverlenende instantie moet aantonen minstens het dossier te hebben geraadpleegd voorafgaande aan de adviesverlening en, uitgaande van de beroepsgrievens en eventuele wijzigingen, beslist heeft om haar eerdere advies inhoudelijk al dan niet aan te houden. De tussenkomende partij verwijst naar

rechtspraak van de Raad en besluit dat het opladen van de weigeringsbeslissing in eerste aanleg niet als een advies kan worden beschouwd. De vordering is volgens haar dan ook onontvankelijk in hoofde van de eerste verzoekende partij.

Volgens de tussenkomende partij kan een gemeente geen lid zijn van het 'betrokken publiek' in de zin van artikelen 2, 1° en 105, §2, 2° van het Omgevingsvergunningsdecreet. Een gemeente is volgens haar *“geen belanghebbende bij de besluitvorming over de afgifte van een omgevingsvergunning, maar is daarentegen betrokken bij de totstandkoming van de besluitvorming over de afgifte van een omgevingsvergunning als vergunningverlenende overheid dan wel als adviesinstantie”*. Ze meent dat de rol van de gemeente als college van burgemeester en schepenen decretaal verankerd is en dat de decreetgever niet voor ogen had dat de gemeente zelf als lid van het betrokken publiek nog zou kunnen doorwegen. De rechten van een gemeente om haar stedenbouwkundig of planologisch beleid te verdedigen en te waarborgen worden volgens haar immers voldoende gevrijwaard door de decretale erkenning van het college van burgemeester en schepenen als adviesinstantie.

Ondergeschikt meent ze dat de tweede verzoekende partij niet voldoende aannemelijk maakt dat haar stedenbouwkundig of planologisch beleid in het gedrang wordt gebracht door de bestreden beslissing. Ze stelt, met verwijzing naar rechtspraak van de Raad en het Grondwettelijk Hof, dat de gemeente concreet moet aantonen op welke wijze de bestreden beslissing haar beleid in het gedrang brengt. Ze herhaalt dat de gemeente zelf geen advies heeft verstrekt en het advies van de eerste verzoekende partij onwettig is. De tweede verzoekende partij verwijst ook niet naar het door haar gevoerde beleid waarvoor ze opkomt. Ze probeert de algemene stedenbouwkundige verordening (onwettig) als beleidsmatig gewenste ontwikkeling bij de beoordeling van vergunningsaanvragen te betrekken. De tussenkomende partij merkt evenwel op dat deze verordening niet definitief vastgesteld of in het Staatsblad gepubliceerd is en na ongunstige adviezen ook werd ingetrokken. Ze verwijst hiervoor naar haar tweede middel en besluit dat deze verordening dus niet dienstig kan ingeroepen worden om het belang van de tweede verzoekende partij te ondersteunen.

Verder benadrukt ze dat de tweede verzoekende partij voorbij gaat aan de gewijzigde plannen in graad van beroep, waarmee ze tegemoet is gekomen aan een deel van de weigeringsmotieven uit de weigeringsbeslissing in eerste aanleg en het ongunstig advies. Aangezien het belang concreet moet worden aangetoond, volstaat het feit dat de eerste verzoekende partij een omgevingsvergunning heeft geweigerd en in beroep een ongunstig advies heeft verleend, niet. De aanvraag brengt het stedenbouwkundig beleid van de tweede verzoekende partij niet in het gedrang, minstens wordt dit onvoldoende aangetoond.

Tot slot zet de tussenkomenende partij uiteen dat de tweede verzoekende partij ook geen belang kan putten uit haar hoedanigheid van waterbeheerder. De decreetgever vond het niet nodig dat de waterbeheerder zijn standpunten of opmerkingen ter kennis kon brengen van de vergunningverlenende overheid in het kader van de voorliggende aanvraag die geen betrekking heeft op werken van verbetering of wijziging aan een onbevaarbare waterloop van derde categorie, zodat de tweede verzoekende partij hieruit ook geen belang kan putten.

4.

In hun wederantwoordnota benadrukken de verzoekende partijen dat ze wel degelijk beschikken over het vereiste belang.

De eerste verzoekende partij licht toe dat de rechtspraak waarnaar de tussenkomenende partij verwijst, niet van toepassing is. Er is immers sprake van een op zich zelfstaand advies, dat is verstrekt na het ingediende beroep. In het advies wordt ook verwezen naar het ingestelde beroep. De eerste verzoekende partij heeft zich dan ook niet beperkt tot het toezenden van de weigeringsbeslissing in eerste aanleg. Op het ogenblik van de adviesverlening waren er ook nog geen plaanpassingen doorgevoerd. De eerste verzoekende partij wijst er nog op dat de artikelen 59 en 105, §2, 4° van het Omgevingsvergunningsdecreet geen andere eisen opleggen waaraan het advies moet voldoen.

De tweede verzoekende partij stelt dat het ontwerp van de algemene stedenbouwkundige verordening wel degelijk kan worden beschouwd als een beleidsmatig gewenste ontwikkeling. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat dit een rekbaar begrip is en ze verwijst ook nog naar rechtspraak van de Raad. Het gewenste beleid is politiek gevalideerd en algemeen bekendgemaakt, zodat het ontwerp ervan als beleidsmatig gewenste ontwikkeling kan worden meegenomen bij de beoordeling van de goede ruimtelijke ordening.

Ze stelt bovendien wel degelijk rekening te houden met de in beroep doorgevoerde plaanpassingen. De aanvraag strijdt volgens haar evenwel nog steeds op diverse punten met haar stedenbouwkundig en planologisch beleid, wat ook blijkt uit het tweede middel. Ook de omvang van het project is volgens haar niet bepalend om uit te maken of het project strijdt met het gevoerde beleid.

De tweede verzoekende partij zet nog uiteen dat de tussenkomenende partij niet kan worden gevolgd dat een gemeente niet als betrokken publiek kan worden beschouwd. Het is immers vaste rechtspraak van de Raad dat een gemeente als verzoekende partij kan optreden

wanneer ze de nadelige gevolgen van de bestreden beslissing voldoende aannemelijk maakt. De tussenkomenende partij vereenzelvigd het belang van de eerste verzoekende partij als adviesinstantie bovendien met dit van de tweede verzoekende partij, terwijl hiertussen een onderscheid moet worden gemaakt. De tweede verzoekende partij treedt op als betrokken publiek in het kader van haar beleid. Ze licht nog toe niet onredelijk te handelen aangezien de beleidsmatig gewenste ontwikkeling nog steeds binnen een redelijke termijn kan worden omgezet in een verordenend instrument.

De tussenkomenende partij kan volgens haar ook niet worden bijgetreden waar ze opwerpt dat de gemeente als beheerder van de Weesbeek geen advies had moeten verlenen tijdens de vergunningsprocedure. Ze verwijst in dat verband naar haar uiteenzetting onder het eerste middel.

#### *Beoordeling door de Raad*

1.

Op grond van artikel 105, §2, eerste lid, 4° van het Omgevingsvergunningsdecreet kan het college van burgemeester en schepenen *“als het tijdig advies heeft verstrekt of als het ten onrechte niet om advies werd verzocht”* een uitdrukkelijke of stilzwijgende beslissing over een omgevingsvergunning, genomen in laatste administratieve aanleg, bestrijden bij de Raad.

Uit het omgevingsloket blijkt dat de eerste verzoekende partij op 20 augustus 2021 om advies is gevraagd. Ze heeft vervolgens op 3 september 2021 een ongunstig advies opgeladen op het omgevingsloket, dit is binnen de termijn van 30 dagen. Uit dit advies blijkt dat de eerste verzoekende partij in een zitting van 1 september 2021 een advies heeft verleend. Het advies vermeldt dat er op 23 juni 2021 een beroep is ingesteld tegen haar weigeringsbeslissing en dat haar vervolgens om advies is gevraagd. De eerste verzoekende partij verwijst naar haar beoordeling in de weigeringsbeslissing in eerste aanleg en citeert vervolgens deze beoordeling.

De rechtspraak van de Raad waarnaar de tussenkomenende partij verwijst, overtuigt niet dat de eerste verzoekende partij geen (tijdig) advies zou hebben verleend overeenkomstig artikel 105, §2, 4° van het Omgevingsvergunningsdecreet. In de door de tussenkomenende partij aangehaalde zaken, was er geen officiële beslissing van het college van burgemeester en schepenen als adviesinstantie die dateert van na het ingestelde administratief beroep. Er is ook wel degelijk een verschil met het louter opnieuw opladen van de eerdere weigeringsbeslissing. Uit het advies van de eerste verzoekende partij blijkt duidelijk dat er een



nieuw collegebesluit is genomen, waarin uitdrukkelijk wordt verwezen naar het ingestelde bestuurlijk beroep. Hieruit volgt redelijkerwijze dat de eerste verzoekende partij kennis heeft genomen van de beroepsgrievan van de tussenkomen de partij. Dat de eerste verzoekende partij vervolgens haar weigeringsbeslissing opnieuw herneemt, doet geen afbreuk aan de regelmatigheid van haar advies.

De eerste verzoekende partij heeft een tijdig advies verstrekt tijdens de beroepsprocedure en beschikt overeenkomstig artikel 105, §2, 4° van het Omgevingsvergunningsdecreet over het vereiste belang.

2.

Een beroep bij de Raad kan ook worden ingesteld door het 'betrokken publiek' (artikel 105, §2, eerste lid, 2° van het Omgevingsvergunningsdecreet).

Artikel 2, eerste lid, 1° van het Omgevingsvergunningsdecreet definieert het begrip 'betrokken publiek' als volgt:

“elke natuurlijke persoon of rechtspersoon alsook elke vereniging, organisatie of groep met rechtspersoonlijkheid die gevolgen ondervindt of waarschijnlijk ondervindt van of belanghebbende is bij de besluitvorming over de afgifte of bijstelling van een omgevingsvergunning of van vergunningsvoorwaarden waarbij niet-gouvernementele organisaties die zich voor milieubescherming inzetten, geacht worden belanghebbende te zijn”

Anders dan de tussenkomen de partij voorhoudt, kan een gemeente als 'betrokken publiek' in de zin van artikel 2, 1° van het Omgevingsvergunningsdecreet een beroep instellen om haar stedenbouwkundig of planologisch beleid te verdedigen. Artikel 105, §2 van het Omgevingsvergunningsdecreet voorziet dat een beroep kan worden ingesteld zowel door leden van het betrokken publiek als door het college van burgemeester en schepenen. De gemeente heeft een van het college van burgemeester en schepenen te onderscheiden vorderingsrecht. De tweede verzoekende partij kan zich, als publiekrechtelijk rechtspersoon, met goed gevolg beroepen op artikel 105, §2, eerste lid, 2° van het Omgevingsvergunningsdecreet wanneer ze aannemelijk maakt dat de bestreden beslissing haar gemeentelijk beleid doorkruist.

De tweede verzoekende partij zet op voldoende concrete wijze uiteen dat de bestreden beslissing in strijd kan komen met haar gemeentelijk beleid. Ze verwijst naar de weigeringsbeslissing van de eerste verzoekende partij en diens ongunstig advies in graad van

beroep, waarin wordt verwezen naar de strijdigheid van het aangevraagde met het ontwerp van de algemene stedenbouwkundige verordening, die als beleidsmatig instrument wordt gebruikt. Ze wijst er ook op dat ze beheerder is van de Weesbeek.

Het Grondwettelijk Hof heeft reeds in zijn arrest van 27 februari 2014 (nr. 32/2014) aangenomen dat het doorkruisen van het beleid van een gemeente kan blijken uit het feit dat haar college van burgemeester en schepenen, als adviserende instantie, een ongunstig advies heeft verleend over een vergunningsaanvraag. Alleen al op grond van deze vaststelling kan het belang van de tweede verzoekende partij aanvaard worden.

De stelling van de tussenkomende partij dat het ontwerp van de algemene stedenbouwkundige verordening geen beleidsmatig gewenste ontwikkeling zou zijn en dat de tweede verzoekende partij als beheerder van de Weesbeek niet om advies moest worden gevraagd tijdens de vergunningsprocedure, waarbij ze wijst op haar uiteenzetting onder de middelen, maakt deel uit van het onderzoek ten gronde.

3.

De excepties worden verworpen.

## **V. Onderzoek van de middelen**

### **A. Eerste middel**

#### *Standpunt van de partijen*

1.

De verzoekende partijen roepen de schending in van:

- artikel 1.3.2.2, §1, 4° van de gecodificeerde decreten betreffende het integraal waterbeleid (hierna: Waterwetboek),
- de artikelen 4.3.1 en 4.3.3 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (hierna: VCRO),
- de artikelen 59, 71, 74 en 78, §1 van het Omgevingsvergunningsdecreet,
- de artikelen 35, §10 en 89, §1, 1° van het besluit van de Vlaamse regering van 27 november 2015 tot uitvoering van het decreet van 25 april 2014 betreffende de omgevingsvergunning (hierna: Omgevingsvergunningsbesluit),
- de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: Motiveringswet) en

- het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De verzoekende partijen zetten uiteen dat in de weigeringsbeslissing van de eerste verzoekende partij en haar ongunstig advies tijdens de beroepsprocedure wordt gewezen op het in artikel 1.3.2.2, §1, 4° van het Waterwetboek opgenomen verbod om te bouwen binnen de vijf meterzone naast de Weesbeek. In het verslag van de provinciale omgevingsambtenaar en de bestreden beslissing staat dat er een akkoord is bereikt om de voorziene vijf meter vrijwaringszone in te perken tot één meter van de ingebuisde Weesbeek. Ze merken op dat in het advies van Aquafin van 2 juni 2021 de afwijking van het bouwverbod afhankelijk wordt gesteld van een gratis grondafstand of de vestiging van een erfdienstbaarheid. In de weigeringsbeslissing van de eerste verzoekende partij is dan ook aangegeven dat een grondafstand nodig is. Ze vervolgen dat de provinciale omgevingsambtenaar en de verwerende partij hebben vastgesteld dat een grondafstand en het vestigen van een erfdienstbaarheid niet bereikt kunnen worden via het opleggen van een vergunningsvoorwaarde en dat een grondafstand enkel mogelijk is door een hertekening van de plannen, aangezien de plannen strijden met het bouwverbod. In de bestreden beslissing heeft de verwerende partij vervolgens gesteld dat als voorwaarde kan worden opgelegd om een absoluut bouwvrije strook te voorzien met een breedte van twee meter.

Volgens de verzoekende partijen miskent de verwerende partij hiermee evenwel het bouwverbod uit artikel 1.3.2.2, §1, 4° van het Waterwetboek, terwijl ze ervan uitgaat dat het bouwverbod moet worden gerespecteerd. Ze verwijzen naar een eerdere weigeringsbeslissing van de verwerende partij van 10 december 2020 waarin ook deze weigeringsgrond werd opgenomen, namelijk omdat er wordt gebouwd in de vijf meterzone rond de Weesbeek. Volgens de verzoekende partijen moest de omgevingsvergunning overeenkomstig artikel 4.3.3 VCRO worden geweigerd.

De verzoekende partijen voeren ook aan dat het advies van de waterbeheerder, namelijk de tweede verzoekende partij, had moeten worden ingewonnen. Dit is immers vereist als een machtiging nodig is voor werken van verbetering en werken van wijziging aan onbevaarbare waterlopen van tweede en derde categorie.

In ondergeschikte orde voeren ze de schending aan van artikel 4.3.1, §1, tweede lid VCRO en van de zorgvuldigheidsplicht.

De verzoekende partijen menen immers dat de opgelegde voorwaarde geen waarborg biedt om tegemoet te komen aan de behoefte van de gemeente aangezien de ingebuisde Weesbeek dwars over het perceel loopt en niet parallel met het rechter zijperceel. Het vrijhouden van een bouwvrije strook van twee meter komt dan ook niet tegemoet aan de doelstelling en behoefte van de tweede verzoekende partij. Aangezien de verwerende partij ook zelf aangeeft dat de plannen de afstand van één meter niet respecteren, valt ook niet in te zien hoe de opgelegde voorwaarde kan waarborgen dat dit wel gegarandeerd wordt. Op deze manier wordt enkel een waarborg gegeven naar de toekomst toe, niet voor de actuele ligging van de Weesbeek. Ook betekent de vrijgehouden strook nog niet dat de gemeente er rechten op kan doen gelden. De bedding van de Weesbeek passeert slechts over een kleine afstand de voorziene bouwvrije strook.

Het komt bovendien ook niet toe aan de verwerende partij om zich uit te spreken over het tracé van de waterloop. Enkel de tweede verzoekende partij als beheerder kan zich uitspreken over een verlegging naar de bouwvrije strook. De motivering in de bestreden beslissing is daarenboven intern tegenstrijdig. Er kan niet worden voorgehouden dat de realisatie van de open bedding geldt ongeacht het eventuele toekomstige verloop van de Weesbeek.

2.

De verwerende partij antwoordt dat artikel 1.3.2.2, §1, 4° van het Waterwetboek zelf voorziet in enkele mogelijkheden om van het algemene bouwverbod te kunnen afwijken. Ze citeert de beoordeling in de bestreden beslissing en stelt dat er geen sprake kan zijn van een onterechte miskennis van het bouwverbod in de vijfmeter oeverzone.

De verzoekende partijen kunnen ook niet worden bijgetreden waar ze, ondergeschikt, stellen dat de voorziene bouwvrije strook van twee meter niet tegemoet zou komen aan de doelstelling en behoefte van de tweede verzoekende partij als waterbeheerder van de Weesbeek. Uit de plannen blijkt volgens de verwerende partij dat, met een bouwvrije strook van twee meter, de inspectieput en de beek perfect bereikbaar zullen zijn. Ze meent dan ook dat de tweede verzoekende partij haar werkzaamheden in het kader van haar waterbeleid probleemloos kan blijven uitoefenen. De beek kan ook in de toekomst nog worden opengelegd.

3.

De tussenkomen partij stelt dat de bestreden beslissing artikel 1.3.2.2, §1, 4° van het Waterwetboek niet schendt. Ze wijst erop dat het terrein in de bestaande toestand bebouwd is en dat de ingebuisde beek volledig overbouwd is, terwijl het bestreden project geen

overbouwing voorziet. Artikel 1.3.2.2, §1, 4° van het Waterwetboek voorziet uitdrukkelijk in een uitzondering in het geval van herbouwen of verbouwen.

Bovendien is er op 12 maart 2020 een overleg geweest met het hoofd van de technische dienst van de gemeente en een vertegenwoordiger van Aquafin. Tijdens dit overleg is onder meer overeengekomen dat als uitzondering op de vijf meter vrijwaringszone mag worden gebouwd tot op één meter van de ingebuisde Weesbeek, mits de juiste ligging van de Weesbeek wordt gesondeerd. Volgens de tussenkomenende partij is op dit overleg een mogelijke verlegging van de Weesbeek ook besproken maar de kosten zouden te aanzienlijk zijn en het project van de gemeente om deze waterloop aan de oppervlakte te leggen werd uitgesteld.

De verzoekende partijen verliezen volgens de tussenkomenende partij uit het oog dat Aquafin, het gespecialiseerd adviesorgaan, voorwaardelijk gunstig heeft geadviseerd en geoordeeld dat gebouwd mag worden tot op één meter van de ingebuisde Weesbeek. Aquafin heeft dan ook expliciet een uitzondering toegekend op het bouwverbod van vijf meter, op voorwaarde dat minstens één meter afstand wordt gehouden tussen de funderingen ten opzichte van de buitenzijde van de inbuizing van de Weesbeek. De bestreden beslissing schendt dan ook artikel 4.3.3 VCRO niet aangezien uit dit gunstig advies niet blijkt dat het aangevraagde strijdig is met direct werkende normen binnen andere beleidsvelden dan de ruimtelijke ordening.

Aquafin stelt in het advies ook dat de toegankelijkheid van de inspectieput gegarandeerd moet worden en dit wordt ook als voorwaarde opgelegd. In de bestreden beslissing is als voorwaarde opgelegd dat het advies van Aquafin moet worden nageleefd. De toegankelijkheid van de inspectieput wordt volgens de tussenkomenende partij gewaarborgd door de wettelijke erfdiensbaardheid van openbaar nut, opgenomen in de wet van 28 december 1967 betreffende de onbevaarbare waterlopen. Aangezien de aanvraag de toegankelijkheid van de inspectieputten op de Weesbeek vrijwaart, is er geen probleem. Dit blijkt ook uit het tijdens de hoorzitting voorgelegde plan, waarop de zone staat aangeduid als bezwaard met een recht van doorgang voor het onderhoud van de ingebuisde Weesbeek.

De in de bestreden beslissing opgelegde voorwaarde om te voorzien in een bouwvrije strook van twee meter vanuit de zijdelingse perceelgrens, komt volgens de tussenkomenende partij tegemoet aan de verzuchtingen van de tweede verzoekende partij. Op deze manier kan immers het eventuele toekomstige verloop van de Weesbeek in een open bedding worden gerealiseerd, zonder het project te doorkruisen. Ze wijst er bovendien op dat de verzoekende partijen, in de weigeringsbeslissing in eerste aanleg en het navolgend ongunstig advies, niet hebben gewezen op hun wens om de Weesbeek in de toekomst open te leggen. Ze kunnen

hiervan niet voor het eerst spreken voor de Raad. Het gaat bovendien ook niet om een gegeven dat moet worden betrokken in de beoordeling van de verwerende partij.

De tussenkomende partij stelt nog dat de tweede verzoekende partij op grond van artikel 35, 10 van het Omgevingsvergunningsbesluit niet om advies moest worden gevraagd, aangezien de aanvraag geen betrekking heeft op werken van verbetering of werken van wijziging aan onbevaarbare waterlopen van tweede en derde categorie. Deze bepaling verwijst bovendien uitdrukkelijk naar artikel 12 en 14 van de wet van 28 december 1967 betreffende de onbevaarbare waterlopen. De aanvraag omvat geen werken in de zin van artikel 12 of 14 van de wet van 28 december 1967.

4.

De verzoekende partijen benadrukken in hun wederantwoordnota dat het project wel degelijk in een overbouwning voorziet, wat uitdrukkelijk is verboden overeenkomstig artikel 1.3.2.2, §1, 4° van het Waterwetboek. Ze verwijzen naar de *ratio legis* van deze bepaling en stellen dat het project geen functie van beheer vervult. De tussenkomende partij kan evenmin worden bijgetreden waar ze voorhoudt dat er uitdrukkelijk is voorzien in een uitzondering voor herbouwen, aangezien uit artikel 1.3.2.2, §1, 4° van het Waterwetboek duidelijk blijkt dat herbouwen niet is toegestaan. Ze stellen verder met verwijzing naar artikel 4.1.1, 12° VCRO dat het bestreden project ook geen verbouwing betreft.

De verwijzing van de tussenkomende partij naar het advies van Aquafin volstaat volgens de verzoekende partijen ook niet. Ze merken op dat in dit advies de afwijking van het bouwverbod afhankelijk wordt gesteld van een gratis grondafstand dan wel de vestiging van een erfdienstbaarheid. De opgelegde voorwaarde om te voorzien in een bouwvrije zone van twee meter miskent dus niet enkel artikel 1.3.2.2, §1, 4° van het Waterwetboek, maar ook het advies van Aquafin. Bovendien is het advies van Aquafin onwettig, aangezien hierin geen beroep wordt gedaan op één van de voorziene afwijkingsgronden uit artikel 1.3.2.2, §1 van het Waterwetboek. Dat Aquafin het gespecialiseerd adviesorgaan zou zijn, doet niet ter zake.

De verzoekende partijen stellen verder dat de tussenkomende partij het debat ten onrechte verengt tot de toegankelijkheid, terwijl de bereikbaarheid van de beek en de inspectieput niet worden gewaarborgd door de opgelegde vergunningsvoorwaarde. Enkel een grondafstand kan hieraan tegemoet komen. Ook de wettelijke erfdienstbaarheid van doorgang voor onbevaarbare waterlopen volstaat volgens de verzoekende partijen niet. Dit zou hoogstens een recht van doorgang verschaffen, maar de overbouw strijdt met de uitoefening van andere rechten van de waterbeheerder zoals het recht om de waterloop open te leggen. Dat dit niet

uitdrukkelijk is vermeld in de weigeringsbeslissing of in het ongunstig advies van de eerste verzoekende partij, betekent niet dat ze zich hier niet meer op zou kunnen beroepen. Volgens de verzoekende partijen wordt niet tegemoetgekomen aan de behoefte van de gemeente door het voorzien van een bouwvrije strook van twee meter.

Ze benadrukken dat de gemeente als waterbeheerder wel degelijk om advies had moeten worden gevraagd overeenkomstig artikel 35, §9 van het Omgevingsvergunningsbesluit (ze bedoelden §9 in plaats van §10). Deze bepaling verwijst immers naar artikel 12, §1 van de wet van 28 december 1967 betreffende de onbevaarbare waterlopen, waaruit blijkt dat voor 'andere werken aan, over of onder de waterloop' mogen worden uitgevoerd 'nadat ze daarvoor een machtiging van de bevoegde waterbeheerder hebben gekregen'.

### *Beoordeling door de Raad*

#### 1. Ontwikkelde wettigheidskritiek

De verzoekende partijen voeren in essentie aan dat de bestreden beslissing is genomen in strijd met het in artikel 1.3.2.2, §1, 4° van het Waterwetboek opgenomen verbod om bovengrondse constructies op te richten in de vijf meterzone rond de ingebuisde Weesbeek, die het terrein doorkruist. Daarnaast moest de tweede verzoekende partij om advies worden gevraagd als beheerder van de Weesbeek.

#### 2. Relevante regelgeving

##### 2.1

Artikel 1.3.2.2, §1 van het Waterwetboek bepaalt:

“§1. Indien de oeverzone enkel de taluds omvat gelden ten minste de volgende bepalingen:

(...)

4° er mogen geen nieuwe bovengrondse constructies worden opgericht of aanmerkelijke reliëfwijzigingen als vermeld in artikel 4.2.1, 4°, van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening van 15 mei 2009 worden doorgevoerd binnen vijf meter landinwaarts vanaf de bovenste rand van het talud van een oppervlaktewaterlichaam. Dat geldt ook aan overwelfde of ingebuisde oppervlaktewaterlichamen. Met uitzondering van herbouwen als vermeld in artikel 4.1.1, 6°, van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening van 15 mei 2009 is de uitvoering van onderhoudswerken, stabiliteitswerken en het verbouwen van dergelijke constructies, vermeld in artikel 4.1.1, 9°, 11° en 12°, van de voormelde codex, toegestaan als die handelingen toelaatbaar zijn op basis van de regelgeving over de ruimtelijke ordening.

De voormelde verboden zijn niet van toepassing op:

- a) constructies en reliëfwijzigingen die noodzakelijk zijn voor het beheer van het oppervlaktewaterlichaam;
  - b) werkzaamheden van algemeen belang;
  - c) werkzaamheden en constructies die expliciet zijn toegelaten door een ruimtelijk uitvoeringsplan als ze de functie of de functies van de oeverzone niet onmogelijk maken;
  - d) werkzaamheden en constructies voorzien in een goedgekeurd beheersplan voor onroerend erfgoed of erfgoedlandschappen als vermeld in artikel 8.1.6 van het besluit van de Vlaamse Regering van 16 mei 2014 betreffende de uitvoering van het Onroerenderfgoeddecreet van 12 juli 2013;
  - e) constructies en reliëfwijzigingen die verenigbaar zijn met de functie of de functies van de oeverzone en met het recht van doorgang van de waterbeheerder;
- 5° bij het uitvoeren van de werken, vermeld in punt 4°, andere dan degene die niet zijn gericht op het herstel van de natuurlijke werking van het desbetreffende oppervlaktewaterlichaam, worden bij voorkeur en waar mogelijk de technieken van natuurtechnische milieubouw gehanteerd.”

## 2.2

Op grond van artikel 63 van het Omgevingsvergunningsdecreet onderzoekt de verwerende partij in graad van bestuurlijk beroep de aanvraag in haar totaliteit, zonder gebonden te zijn door de motivering vervat in de beslissing van het college, of door de voor haar aangevoerde beroepsargumenten.

De artikelen 2 en 3 van de Motiveringswet vereisen dat een bestuurshandeling de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat deze afdoende moeten zijn.

De formele motiveringsplicht zoals vervat in de Motiveringswet gebiedt haar, als orgaan van actief bestuur, op een duidelijke manier de redenen te vermelden die geleid hebben tot het nemen van haar beslissing. Dit betekent evenwel niet dat ze ertoe gehouden is punt voor punt op elk beroepsargument of op elk argument van een niet-bindend advies te antwoorden. De Raad kan in zijn beoordeling enkel met de formeel in de beslissing tot uiting gebrachte motieven rekening houden en er kan geen rekening gehouden worden met aanvullende argumentatie in latere procedurestukken.

Het beginsel van de materiële motiveringsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, en zoals het ook in artikel 3 van de Motiveringswet is opgenomen, vereist bovendien dat de genomen beslissing gedragen wordt door motieven die in feite juist en in rechte aanvaardbaar



zijn. Dit betekent dat de genomen beslissing moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan met de vereiste zorgvuldigheid is vastgesteld en die in rechte als verantwoording voor die beslissing in aanmerking kunnen worden genomen. Die motieven moeten met andere woorden relevant en pertinent zijn en binnen de grenzen van de redelijkheid zijn vastgesteld. Wanneer de verwerende partij afwijkt van een niet bindend advies zoals dit van de eerste verzoekende partij, zal uit haar beoordeling duidelijk moeten blijken waarom ze van die andere zienswijze afwijkt en zal haar beslissing op dat afwijkend punt des te concreter en zorgvuldiger moeten gemotiveerd zijn.

### 3. Concrete beoordeling van het middel

#### 3.1

In haar verantwoordingsnota gaf de tussenkomende partij het volgende aan:

“Er is overal een afstand aangehouden van minstens één meter tussen de fundering of andere infrastructuur tov de buitenzijde van de inbuizing van de Weesbeek.

(...)

Het project werd op voorhand besproken met mevr. (...) van Aquafin en positief onthaald”.

#### 3.2

Aquafin adviseert op 2 juni 2021 voorwaardelijk gunstig:

“In Oude Baan is een gedeeltelijk gescheiden stelsel aanwezig. De gemeentelijke gemengde leiding heeft een diameter van 1600 mm, en is gelegen op een diepte van  $\pm 2.9$  m. De Weesbeek (hemelwaterafvoer; beheerder gemeente) kruist het perceel van de voorliggende aanvraag. Deze heeft volgende afmetingen: 1050 mm hoogte en 700 mm breedte en werd aangelegd met sifon onder de gemengde riolering. Lokaal ligt deze leiding dieper. Ter hoogte van de projectzone is ze gelegen op een diepte van  $\pm 1.80$  m voor en na de sifonnering.

(...)

#### **4.3 Aansluiting hemelwater (RWA)**

(...)

Er wordt rekening gehouden met de voorgaande aandachtspunten:

- De overloop van de infiltratievoorzieningen naar de Weesbeek wordt voorzien van een terugslagklep.
- De aansluiting van de overloop gebeurt loodrecht en in het bovenste kwartiel van de Weesbeek.
- Er is overal een afstand aangehouden van minstens één meter tussen de fundering of andere infrastructuur tov de buitenzijde van de inbuizing van de Weesbeek.

#### **4.4 Besluit**

Het project kan gunstig geadviseerd **mits volgende voorwaarden:**

(...)

- Er dient minstens één meter afstand gehouden te worden tussen funderingen of andere infrastructuur tov buitenzijde van de inbuizing van de Weesbeek.”

De eerste verzoekende partij overweegt in zijn weigeringsbeslissing van 30 juni 2021 als volgt:

#### **“Historiek**

Op 17 december 2019 werd een aanvraag ingediend voor de oprichting van twee meergezinswoningen bestaande uit elk twee woongelegenheden en een ééngezinswoning. Deze aanvraag werd geweigerd door het college van burgemeester en schepenen op 15 juli 2020 (OMV\_2019132123\_234) omwille van volgende redenen:

- (...)
- het gedeelte van het perceel waar de Weesbeek zich bevindt, dient kosteloos afgestaan te worden aan de gemeente Kortenberg;

Na ingesteld beroep door de aanvrager werd de aanvraag geweigerd door de bestendige deputatie op 10 december 2020 (RMT-VGN-2020-0612-BGP-DEP-01) omwille van volgende redenen:

- (...)
- het ondergeschikte voorstel houdt een volledig nieuw concept in, waarbij zowel juridisch als structureel een heel ander project wordt gerealiseerd. Dergelijk afwijkend concept kan in beroep niet beoordeeld worden, zonder dat zowel de gemeente als derden de kans hebben gehad in eerste aanleg over het nieuwe project te oordelen. Bovendien stelt zich een probleem met betrekking tot de afstand van de bebouwing tot de 5-meterzone rond de Weesbeek. Het heeft bijgevolg geen zin op basis hiervan een wijzigingsverzoek in te dienen.”

#### **Beoordeling van de goede ruimtelijke ordening**

(...)

Beleidsmatig gewenste ontwikkeling

(...)

Een duurzaam ontwerp dient te vertrekken vanuit de eigenheid van het gebied en op die manier de al aanwezige waarden in het te ontwikkelen gebied te gebruiken in plaats van een tabula rasa beleid te voeren. In tegenstelling hiertegen wordt in huidig project geen rekening gehouden met de doorkruising van het gebied door de Weesbeek.

(...)

Er ligt een inspectieput en deel van de Weesbeek op de percelen van voorliggende aanvraag. De nieuwe fundering wordt op minstens 1 meter van beek voorzien. Bij het slopen van de aanwezige bebouwing blijft een kwalitatief, groen perceel ter beschikking dat bijzonder veel

mogelijkheden kan bieden om een kwalitatief ontwerp af te leveren met respect voor zowel de natuur als de nabijgelegen Weesbeek.

Het getuigt echter van een maximalistische bouwopvatting dat er, ondanks de talrijke weigeringen tot vergunning (zowel door het college van burgemeester en schepenen, als door de deputatie), krampachtig wordt vastgehouden aan de overdimensionering van de bebouwing op het terrein. Meer nog, daar waar de (ontwerp-) beleidsplannen op gewestelijk en provinciaal niveau veelvuldig en terecht verwijzen naar het belang van de inpasbaarheid van een bouwproject binnen de natuurlijke omgeving wordt er op een referentiesite als diegene die nu voorligt een uitzondering aangevraagd op het verbod om te bouwen binnen de vijf meterzone naast de Weesbeek om de gebouwen zo dicht mogelijk bij de ingebuisde beek op te kunnen richten waardoor ook een eventuele toekomstige blootlegging van de waterloop wordt gehypothekeerd en dit uitsluitend met het oog op de complete winstmaximalisatie.

Bovendien werd er in de weigering van de vergunning reeds gemeld dat een grondafstand ten begunste van de gemeente Kortenberg ter hoogte van de ingebuisde Weesbeek nodig is.”

Het in bestuurlijk beroep door de eerste verzoekende partij verleende ongunstig advies van 1 september 2021 herneemt integraal de beoordeling uit de weigeringsbeslissing.

In haar aanvullend verslag van 21 november 2021 oordeelt de provinciale omgevingsambtenaar als volgt over de ingebuisde Weesbeek:

“Rechts vooraan het perceel doorkruist de ingebuisde Weesbeek het perceel, en is ook een inspectieput gelegen. Na overleg met de gemeente en Aquafin in maart 2020 werd een akkoord bereikt om de voorziene 5 meter-vrijwaringszone in te perken tot 1,00 m van de ingebuisde Weesbeek. Hiervoor dient wel de exacte ligging van de beek gesondeerd worden, wat als voorwaarde bij de vergunning opgelegd kan worden. Wat de inspectieput betreft, dient de toegankelijkheid hiervan te allen tijde gegarandeerd te worden en stelt Aquafin dat het aan de gemeente Kortenberg is om te oordelen of dit georganiseerd wordt via een kosteloze grondafstand of via een erfdienstbaarheid.

De gemeente Kortenberg doet hierover uitspraak in de weigeringsbeslissing van 30 juni 2021, waarbij zij aangeeft een kosteloze grondafstand te wensen van dit deel van het perceel. Dit zou met zich meebrengen dat de plannen hertekend moeten worden, aangezien de carport en een deel van de eerste verdieping van woning 1 in of boven de ingebuisde beek liggen, alsook de verharde toegang tot de carport en voordeur. De aanvrager verwijst in zijn beroepschrift wederom naar dit overleg en het voorwaardelijk gunstig advies van Aquafin. De situatie blijkt echter niet uitgeklaard ten opzichte van de vorige aanvraag, toen reeds aangedrongen werd een overeenstemming te bereiken. Het advies van Aquafin stelt nog steeds dat de keuze van het meest gepaste instrument (grondafstand dan wel erfdienstbaarheid) toekomt aan de vergunningverlenende overheid. De gemeente Kortenberg blijft vasthouden aan haar wens dat

de bereikbaarheid van de beek en de inspectieput gegarandeerd worden door een grondafstand. Dit wordt deels gemotiveerd door te verwijzen naar het principe dat er minimaal 5,00 m afstand van dergelijke waterloop bewaard moet blijven, waarop reeds een afwijking werd toegestaan, en deels ook door het heersende ruimtelijke beleid dat gericht is op een blauwgroene dooradering van het landschap, in het bijzonder gelet op het nabije kasteelpark. De gemeente overweegt in de toekomst de Weesbeek weer open te leggen, waarbij een grondafstand uiteraard een meer aangewezen werkwijze inhoudt.

Naar aanleiding van de hoorzitting werd ook op dit punt verdere toelichting verleend door de aanvrager. Concreet werden twee inplantingsplannen (weliswaar van de bestaande toestand) bezorgd met enerzijds de intekening van de conventionele erfdienstbaarheid voor het onderhoud van de beek die de aanvrager wil toestaan en anderzijds een intekening van de mogelijke openlegging van de beek op de perceelgrens. Een uitdrukkelijk akkoord van de gemeente met deze voorstellen werd niet toegevoegd aan het dossier, maar de aanvrager stelt dat een vergunningsvoorwaarde in dergelijke zin voldoende is. Een voorwaarde bij een vergunning heeft inderdaad tot doel een project dat zonder die voorwaarde niet vergunbaar is, toch in aanmerking te laten komen voor vergunning. Conform vroeger artikel 4.2.19 VCRO, en de huidige artikelen 71 tot en met 74 Omgevingsvergunningsdecreet dient een voorwaarde voldoende precies te zijn en redelijkerwijze in verhouding tot het vergunde project. De voorwaarde moet bovendien realiseerbaar zijn door het (enig) toedoen van de aanvrager, bouwheer, gebruiker of exploitant. De memorie van toelichting (Parl. St. VI. Parl. 2008-09, nr. 2011/1, 117) verduidelijkt dit laatste. De voorwaarde moet de aanvrager mogelijk maken binnen de gebruikelijke demarches het project met de betrokken voorwaarde te realiseren.

Met betrekking tot de suggestie van de aanvrager om het toestaan van een erfdienstbaarheid op te leggen, kan opgemerkt worden dat dit voorbij gaat aan de bepalingen van artikel 4.2.22 VCRO waarin gesteld wordt dat vergunningen een zakelijk karakter hebben en verleend worden onder voorbehoud van de op het onroerend goed betrokken burgerlijke rechten. Het regelen van burgerlijke rechten komt inderdaad niet toe aan de vergunningverlenende overheid en die laatste kan geen voorwaarden opleggen die vooruitlopen op burgerrechtelijke discussies of gevolgen (...).

Hoewel een eenzijdige verbintenis inderdaad wel door enig toedoen van de aanvrager gerealiseerd kan worden (...), stelt zich in dit concreet geval het probleem dat een eenzijdige verbintenis tot het vestigen van een erfdienstbaarheid, los van bovenstaand problematiek, evenals tot het toestaan van een kosteloze grondafstand op termijn, niet uitmondt in een voorwaarde die door enig toedoen van de aanvrager kan uitgevoerd worden. Er zijn immers voor de concrete uitvoering een bijkomende beoordeling en handelingen nodig van de gemeente als waterloopbeheerder. Aangezien het pijnpunt met de beek niet opgelost kan worden door een rechtmatig geformuleerde voorwaarde, blijft het project niet voor vergunning

vatbaar zolang geen oplossing gevonden is. Die bestaat erin ofwel een uitdrukkelijk akkoord van de gemeente te bekomen, ofwel een ontwerp uit te werken waarbij elk conflict met de ingebuisde Weesbeek vermeden wordt.”

### 3.3

De verwerende partij overweegt in de bestreden beslissing, na integrale herneming van de eerste vier paragrafen uit het verslag van haar provinciale ambtenaar:

#### **“h) Ingebuisde Weesbeek**

(...)

Hoewel een eenzijdige verbintenis inderdaad wel door enig toedoen van de aanvrager gerealiseerd kan worden (...), stelt zich in dit concreet geval het probleem dat een eenzijdige verbintenis tot het vestigen van een erfdienstbaarheid, los van bovenstaand problematiek, evenals tot het toestaan van een kosteloze grondafstand op termijn, niet uitmondt in een voorwaarde die door enig toedoen van de aanvrager kan uitgevoerd worden. Er zijn immers voor de concrete uitvoering een bijkomende beoordeling en handelingen nodig van de gemeente als waterloopbeheerder.

Een oplossing die zowel de uitvoerbaarheid van het voorliggend project, als de eventuele latere openlegging van de Weesbeek niet hypothekeert, bestaat in het vrijwaren van een bouwvrije strook naast het op te richten gebouw. Aangezien een afstand van 1,00 m bewaard moet worden van de bedding van de Weesbeek en er een afstand tot de zijdelingse perceelgrens is van 3,00 m, volstaat een bouwvrije strook van minimaal 2,00 m breed langsheen de rechter zijdelingse perceelgrens. Op die manier kan, ongeacht het eventuele toekomstige verloop van de Weesbeek, een open bedding gerealiseerd worden zonder dat het voorliggend ontwerp dit doorkruist. Onder die voorwaarde komt het project wel in aanmerking voor vergunning.”

### 3.4

Het wordt door de partijen niet betwist dat het betrokken perceel wordt doorkruist door de Weesbeek, dit is een onbevaarbare waterloop van derde categorie die wordt beheerd door de tweede verzoekende partij (artikel 7 Wet van 28 december 1967 betreffende de onbevaarbare waterlopen, zoals gewijzigd door het decreet van 26 april 2019 houdende diverse bepalingen inzake omgeving, natuur en landbouw).

Overeenkomstig artikel 1.3.2.2, §1 van het Waterwetboek mogen er geen nieuwe bovengrondse constructies worden opgericht binnen vijf meter landinwaarts vanaf de bovenste rand van het talud van een oppervlaktewaterlichaam en dit geldt ook voor overwelfde of ingebuisde oppervlaktewaterlichamen. Er mogen dus, na afbraak van een bestaande

bebouwing, geen nieuwe bovengrondse constructies worden opgericht binnen vijf meter van ingebuisde oppervlaktewaterlichamen.

De verwerende partij verwijst in de bestreden beslissing naar het advies van Aquafin, waarin als voorwaarde is opgelegd dat er minstens één meter afstand moet worden gehouden tussen funderingen of andere infrastructuur ten opzichte van de inbuizing van de Weesbeek. De verwerende partij overweegt vervolgens dat *“na overleg met de gemeente en Aquafin in maart 2020 een akkoord [werd] bereikt om de voorziene vijf meter-vrijwaringszone in te perken tot 1,00 m van de ingebuisde Weesbeek”* en dat *“wat de inspectieput betreft, dient de toegankelijkheid hiervan te allen tijde gegarandeerd te worden”*. Aquafin adviseert dat de toepassing van gratis grondafstand of het vestigen van een ondergrondse erfdiensbaarheid/bovengrondse eigendom moet worden bekeken door de tweede verzoekende partij. De verwerende partij motiveert in de bestreden beslissing waarom zowel de voormelde grondafstand als de erfdiensbaarheid geen oplossing bieden, maar stelt dat het vrijwaren van een bouwvrije strook van twee meter langs de rechter perceelgrens wél een oplossing is. Ze legt in dat verband een vergunningsvoorwaarde op.

De verzoekende partijen voeren in essentie aan dat de bestreden beslissing steunt op een onwettig advies van Aquafin omdat daarin wordt afgeweken van het principiële verbod constructies op te richten binnen de 5 meterzone, zoals bepaald in artikel 1.3.2.2, §1, 4° van het Waterwetboek. De bestreden beslissing, die als voorwaarde een bouwvrije strook van twee meter oplegt, strijdt met hetzelfde artikel en miskent bovendien nog het advies van Aquafin.

### 3.5

In artikel 1.3.2.2, §1, 4° van het Waterwetboek wordt een principiële verbod opgelegd voor op het oprichten van nieuwe bovengrondse constructies binnen vijf meter landinwaarts boven (ingebuisde) oppervlaktewaterlichamen.

In het advies van Aquafin wordt niet gewezen op de toepasselijkheid van artikel 1.3.2.2, §1, 4° van het Waterwetboek. Er wordt enkel gesteld dat er *“minstens één meter afstand [dient] gehouden te worden tussen funderingen of andere infrastructuur tov buitenzijde van de inbuizing van de Weesbeek”*. Als opmerking wordt dan meegegeven dat de toepassing van gratis grondafstand of het vestigen van ondergrondse erfdiensbaarheid/bovengrondse eigendom moet bekeken worden door de gemeente.

Zoals blijkt uit het hierboven vermelde citaat van de weigeringsbeslissing in eerste aanleg, waren er vanwege de eerste verzoekende partij bezwaren tegen het aangevraagde project.

Een van de aangevoerde bezwaren heeft betrekking op het bouwvrij houden van voormelde 5 meterzone, uit respect voor de natuur en de op het perceel aanwezige Weesbeek, die door zijn centrale ligging in de Weesbeekvallei dient ter versterking van de biodiversiteit. Er werd, onder verwijzing naar een eerdere weigeringsbeslissing, uitdrukkelijk verwezen naar de maximalistische bouwopvatting door het binnen de 5 meterzone willen bouwen en naar de toekomstige intentie van de tweede verzoekende partij om de ingebuisde beek bloot te leggen. Daarbij werd, opnieuw onder verwijzing naar de eerdere weigeringsbeslissing, gewezen op gevraagde grondafstand ter hoogte van de ingebuisde Weesbeek.

Het kan niet volstaan dat de verwerende partij zich grotendeels aansluit bij een advies van Aquafin waarin ongemotiveerd wordt afgeweken van een principiële verbod, zonder zelf aan te geven waarom en op grond van welke regelgeving van dit verbod kan afgeweken worden.

Artikel 1.3.2.2, §1, 4° van het Waterwetboek is immers een principiële verbodsbepaling die restrictief te interpreteren is aangezien het artikel zelf reeds enkele uitzonderingen voorziet voor constructies binnen de 5 meterzone. Het blijkt niet dat de aanvraag onder één van de in artikel 1.3.2.2, §1, 4° opgesomde uitzonderingen valt. De tussenkomen partij kan niet worden bijgetreden waar ze stelt dat artikel 1.3.2.2, §1 van het Waterwetboek niet wordt geschonden omdat hierin een uitzondering wordt voorzien voor herbouwen of verbouwen. Nog los van het gegeven dat er in voorliggend dossier geen sprake is van 'herbouwen', sluit artikel 1.3.2.2, §1, 4° van het Waterwetboek herbouwen ook uitdrukkelijk uit. De tussenkomen partij kan dus niet worden bijgetreden waar ze stelt dat er sprake is van verbouwingswerken die zijn toegestaan overeenkomstig artikel 1.3.2.2, §1, 4° van het Waterwetboek als die handelingen toelaatbaar zijn op basis van de regelgeving over de ruimtelijke ordening. Artikel 4.1.1, 12° VCRO definieert 'verbouwen' immers als het doorvoeren van aanpassingswerken binnen het bestaande bouwvolume van een constructie, waarvan de buitenmuren voor ten minste zestig procent behouden worden. Het aangevraagde voorziet in het slopen van de volledige bestaande bebouwing, zodat er geen sprake is van 'verbouwen'.

Anders dan de tussenkomen partij lijkt voor te houden, voorziet het bestreden project wel degelijk na afbraak van de bestaande bebouwing, in bebouwing (nieuwbouw) ter hoogte van de ingebuisde Weesbeek. Het tracé van de ingebuisde Weesbeek loopt immers ter hoogte van de carport en de eerste verdieping van de eengezinswoning. De eengezinswoning met carport zijn bovengrondse constructies in de zin van artikel 1.3.2.2, §1, 4° van het Waterwetboek. Zelfs al zou er een bouwvrije strook van twee meter voorzien worden vanaf de rechter perceelgrens, dan nog moet vastgesteld worden dat er bovengrondse constructies worden voorzien binnen de vijf meterzone.

Het 'akkoord' van Aquafin om af te wijken van het bouwverbod in de vijf meterzone, doet niet anders besluiten. In de bestreden beslissing, noch in het advies van Aquafin wordt aangegeven op grond van welke bepaling een afwijking kan worden toegestaan op voormeld principieel verbod constructies op te richten in de vijf meterzone. Het administratief dossier bevat in dat verband ook geen schriftelijke weerslag van het 'beweerdelijk akkoord' waarop de tussenkomenende partij in zijn motivatienota wijst.

Het advies van Aquafin is dan ook onwettig en de bestreden beslissing is door dezelfde onwettigheid aangetast aangezien ook daarin niet gemotiveerd wordt waarom een afwijking op artikel 1.3.2.2, §1, 4° van het Waterwetboek kan verleend worden.

Uit wat voorafgaat volgt dan ook dat artikel 1.3.2.2, §1, 4° van het Waterwetboek wordt geschonden.

## 3.6

### 3.6.1

De verzoekende partijen voeren verder aan dat de tweede verzoekende partij om advies had moeten worden gevraagd omdat zij als beheerder van de Weesbeek een machtiging diende te verlenen voor werken van verbetering en wijziging aan een onbevaarbare waterloop van derde categorie overeenkomstig de artikelen 12 en 14 van de wet van 28 december 1967 betreffende de onbevaarbare waterlopen.

Artikel 59, eerste lid van het Omgevingsvergunningsdecreet bepaalt dat de Vlaamse regering de adviesinstanties aanwijst die over een vergunningsaanvraag in beroep advies verlenen.

Artikel 35, §9 van het Omgevingsvergunningsbesluit, in de toepasselijke versie, bepaalt:

“De waterbeheerder verleent advies als een machtiging vereist is voor werken van verbetering en werken van wijziging aan onbevaarbare waterlopen van tweede en derde categorie conform artikel 12 en artikel 14 van de wet van 28 december 1967 betreffende de onbevaarbare waterlopen, tenzij de vergunningsaanvrager al over een machtiging voor die werken beschikt.”

Het staat niet ter discussie dat de tweede verzoekende partij het beheer heeft over de Weesbeek (zie supra).



Artikel 12 van de Wet op de onbevaarbare waterlopen, zoals gewijzigd bij decreet van 26 april 2019 houdende diverse bepalingen inzake omgeving, natuur en landbouw, bepaalt:

“§1. Andere personen dan de bevoegde waterbeheerder mogen alleen inrichtingswerken of andere werken aan, over of onder de waterloop uitvoeren nadat ze daarvoor een machtiging van de bevoegde waterbeheerder hebben gekregen. De werken mogen de verwezenlijking van de goedgekeurde stroomgebiedbeheerplannen niet verhinderen en moeten verenigbaar zijn met de doelstellingen, vermeld in artikel 1.2.2 van het decreet van 18 juli 2003 betreffende het integraal waterbeleid, gecoördineerd op 15 juni 2018.

De machtiging kan voorwaarden opleggen om de vermelde werken in overeenstemming te brengen met de vereisten uit het eerste lid.

Als de bevoegde waterbeheerder een gunstig advies uitbrengt in het kader van de aanvraag van een omgevingsvergunning voor stedenbouwkundige handelingen of voor het verkavelen van gronden, geldt dat als machtiging als de eventuele voorwaarden waarvan het gunstige advies afhankelijk wordt gemaakt, in de vergunning in kwestie worden opgelegd.

Het derde lid doet geen afbreuk aan artikel 9, § 2, noch aan het precaire recht van gebruik op het domein van de waterbeheerder.

De waterbeheerder oefent toezicht uit op de uitvoering van de werken zodat die verlopen volgens de afgeleverde machtiging en vergunningen.

Voor de waterlopen van de tweede en derde categorie bezorgt de machtigingverlener binnen zestig dagen na de uitvoering van de werken de nodige technische gegevens van de uitgevoerde werken op de waterlopen aan de provincie om de digitale atlas van de waterlopen en de publieke grachten te actualiseren.

§2. Tegen de beslissingen, vermeld in paragraaf 1, eerste lid, kan beroep worden ingesteld worden bij de Vlaamse Regering door (...).”

### 3.6.2

In haar inleidend verzoekschrift hebben de verzoekende partijen het over de noodzaak van een voorafgaande machtiging (advies indien het geïntegreerd is in een omgevingsvergunningsaanvraag) voor ‘werken van verbetering en werken van wijziging aan onbevaarbare waterlopen van tweede en derde categorie’.

De tussenkomende partij verwijst naar de op de aanvraag toepasselijke versie van artikel 12 van de wet van 28 december 1967 en stelt vast dat daarin enkel sprake is van 'inrichtingswerken of andere werken' en dat artikel 14 van dezelfde wet inmiddels werd opgeheven. De verzoekende partijen reageren daarop dan in hun wederantwoordnota met te stellen dat de aanvraag onder de 'andere werken' vallen van artikel 12 van de betreffende wet.

Nazicht van de wetgevingshistoriek van de wet van 28 december 1967 leert dat met het decreet van 26 april 2019 houdende diverse bepalingen inzake omgeving, natuur en landbouw een modernisering van de terminologie werd doorgevoerd waarbij men in de nieuwe bepalingen enkel nog het onderscheid maakt tussen 'onderhoudswerken' en 'inrichtingswerken' (*Parl.St. VI.Parl., 2018-19, nr. 187, p. 29, 33 en 34*). Het vroegere onderscheid tussen 'gewone ruimings-, onderhouds- en herstellingswerken' (Hoofdstuk II) en 'de buitengewone werken van verbetering en wijziging (afdelingen 1 en 2 van hoofdstuk III) verdween en maakte plaats voor het hoofdstuk II 'Onderhoud' en hoofdstuk III 'Inrichtingswerken'. Het artikel 10, dat het onderscheid duidelijk maakte tussen buitengewone werken van verbetering en buitengewone werken van wijziging, werd opgeheven. Artikel 6 bevat de maatregelen die onder 'onderhoud' vallen en de definitie van inrichtingswerken wordt opgenomen in artikel 1.

In de met het decreet van 26 april 2019 aangepaste artikel 12 wordt voor de machtigingsvereiste, enkel nog verwezen naar 'inrichtingswerken of andere werken'. Aangezien in de aangepaste versie van de Wet op de onbevaarbare waterlopen enkel nog een onderscheid wordt gemaakt tussen 'onderhoudswerken' en 'inrichtingswerken' en beide soorten werken ondergebracht werden in verschillende hoofdstukken, moet vastgesteld worden dat de bewoordingen 'en andere werken' onmogelijk kunnen slaan op de onderhoudswerken. Het gewijzigde artikel 12 over de machtigingsvereiste maakt immers deel uit van hoofdstuk III 'Inrichtingswerken'. De voorbereidende werken geven geen duidelijkheid wat met 'andere werken' bedoeld wordt zodat, aangezien het geen onderhoudswerken kunnen zijn, minstens uit het voorzorgs- en zorgvuldigheidsprincipe, aan de verwerende partij stond om advies te vragen aan de tweede verzoekende partij, die de waterbeheerder is van de Weesbeek aangezien de aangevraagde werken raken aan en over deze van de beek, en meerbepaald plaatsvinden binnen de 5 meterzone.

### 3.6.3

Dat artikel 35, §9 van het Omgevingsvergunningsbesluit in zijn toepasselijke (en huidige) versie nog steeds verwijst naar inmiddels opgeheven bepalingen en terminologie, doet aan het voorgaande geen afbreuk. Uit voormeld artikel 35, §9 blijkt duidelijk dat de waterbeheer

om advies moet gevraagd worden wanneer artikel 12 van de Wet op de onbevaarbare waterlopen van toepassing is. Het is aan de verwerende partij om de toepasselijke versie van artikel 12 van deze laatste wet correct in zijn dan toepasselijke versie toe te passen.

3.7

Gelet op de vastgestelde schendingen van artikel 1.3.2.2, §1, 4° van het Waterwetboek en van artikel 35, §9 van het Omgevingsvergunningsbesluit, moet de in ondergeschikte orde aangevoerde grief van de verzoekende partijen over de schending van artikel 4.3.1, §1, tweede lid VCRO over de onwettigheid van de aan de vergunning verbonden voorwaarde, niet verder worden onderzocht.

4.

Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

#### **B. Overige middelen**

Het tweede, derde en vierde middel kunnen niet tot een ruimere vernietiging leiden en worden daarom niet verder onderzocht.

#### **VI. Kosten**

De kosten van het beroep, met inbegrip van de door de verzoekende partij gevraagde rechtsplegingsvergoeding, worden ten laste gelegd van de verwerende partij.

De tussenkomende partij vraagt om de kosten van het geding ten laste te leggen van de verzoekende partij. Dit verzoek wordt afgewezen. De Raad willigt de vordering tot vernietiging van de bestreden beslissing in zodat de verzoekende partij niet in het ongelijk wordt gesteld. Bovendien is de tussenkomende partij, in toepassing van artikel 20 van het decreet van 4 april 2014 betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges een van rechtswege tussenkomende partij in de hangende procedure en artikel 21, §1/1 van dit decreet bepaalt dat een dergelijke tussenkomende partij is vrijgesteld van de betaling van het rolrecht.

## **VII. Beslissing**

1. De bestreden beslissing wordt vernietigd.
2. De Raad beveelt de verwerende partij een nieuwe beslissing te nemen over het bestuurlijk beroep van de tussenkomende partij en dit binnen een termijn van drie maanden te rekenen vanaf de dag na de dag van de betekening van dit arrest.
3. De kosten van het beroep, bestaande uit het rolrecht van de verzoekende partijen, bepaald op 400 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro verschuldigd aan de verzoekende partijen, komen ten laste van de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken in zitting van 2 februari 2023 door de tweede kamer.

De griffier,

De voorzitter van de tweede kamer,

Margot DEPRAETERE

Hilde LIEVENS