

21-33-B/LV

BESLUIT VAN DE VLAAMSE MINISTER VAN JUSTITIE EN HANDHAVING, OMGEVING, ENERGIE EN TOERISME HOUDENDE UITSPRAAK OVER HET BEROEP AANGETEKEND TEGEN HET BESLUIT VAN 11 MEI 2021 VAN DE GOUVERNEUR VAN DE PROVINCIE OOST-VLAANDEREN HOUDENDE HET NIET INWILLIGEN VAN EEN VERZOEK TOT OPLEGGING VAN EEN BESTUURLIJKE MAATREGEL AAN POLDER TUSSEN SCHELDE EN DURME

De Vlaamse minister van Justitie en Handhaving, Omgeving, Energie en Toerisme,

Gelet op het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid, meer bepaald titel XVI “Toezicht, handhaving en veiligheidsmaatregelen”, het laatst gewijzigd bij het decreet van 12 december 2018 (hierna: “DABM”);

Gelet op het besluit van de Vlaamse Regering van 12 december 2008 tot uitvoering van titel XVI van het DABM, het laatst gewijzigd bij het besluit van de Vlaamse Regering van 21 september 2018;

Gelet op het besluit van de Vlaamse Regering van 2 oktober 2019 tot bepaling van de bevoegdheden van de leden van de Vlaamse Regering;

Op 16 februari 2021 diende de heer Francis Van den Abbeele (hierna: “beroepsindiener”) bij de gouverneur van de provincie Oost-Vlaanderen (hierna: “verwerende partij”) een verzoek in om aan Polder tussen Schelde en Durme (hierna: “vermoedelijke overtreder”) bestuurlijke maatregelen op te leggen, namelijk:

*“Polder tussen Schelde en Durme te bevelen dat zij ertoe gehouden is binnen de zes maand na de tussen te komen bestuurlijke beslissing een behoorlijk onderbouwde en ontvankelijke omgevingsvergunningsaanvraag in te dienen, inbegrepen de daartoe voorafgaandelijk vereiste en behoorlijk onderbouwde en gestaafde project- en planmilieueffectenrapporten, passende beoordelingen, verscherpte natuurtoetsen en noodzakelijk te maken watertoets voor de droogleggingswerkzaamheden welke zich voltrekken in haar volledige ambtgebied,*

*Minstens Polder tussen Schelde en Durme op te leggen dat zij in afwachting van het bekomen van alle nodige vergunningen en machtigingen gehouden is haar peilenprotocol en toegepast peilenbeheer met onmiddellijke ingang bij te sturen en dit binnen een termijn van uiterlijk 6 maanden te rekenen vanaf de bestuurlijke beslissing en zulks in samenwerking met een MER deskundige biodiversiteit, de betrokken natuurverenigingen van het gebied en het Agentschap Natuur en Bos en dit in functie van de naleving van art. 1.2.2 en art. 1.2.3 van het Waterwetboek en van de doelstellingen en leefmilieubepalingen die gelden in de SBZ's en het VEN/GEN gebied;*

*haar te bevelen daar vervolgens ook consequent naar te handelen en de toepassing van dit beleid jaarlijks onderbouwd te rapporteren in een publiek consulteerbaar plan,*

*Voorts de miskennis van deze verplichtingen te koppelen aan een bestuurlijke dwangsom.”*

Op 11 mei 2021 besliste verwerende partij om geen bestuurlijke maatregelen op te leggen (hierna: “bestreden beslissing”). De conclusie van de bestreden beslissing luidt als volgt:

Overwegende dat enkel vergunningsplichtige projecten onder de MER-plicht vallen; dat vergunningsplichtige activiteiten en/of inrichtingen opgenomen zijn in de indelingslijst van VLAREM II;

Overwegende dat subrubriek 53.10 onderdeel is van rubriek 53 met als titel ‘Winning van grondwater’;

Overwegende dat subrubriek 53.10 als titel heeft ‘Waterbeheersingsprojecten voor landbouwdoeleinden’;

Overwegende dat een subrubriek van VLAREM II niet op zichzelf kan bestaan en enkel kracht heeft binnen de hoofdrubriek waaronder de subrubriek valt;

Overwegende dat artikel 2 van het Grondwaterdecreet van 24 januari 1984 grondwater definieert als:

*‘al het water dat zich onder het bodemoppervlak in de verzadigde zone bevindt en dat in direct contact met de bodem of de ondergrond staat;*

Overwegende dat artikel 2 van het Grondwaterdecreet van 24 januari 1984 grondwaterwinning definieert als:

*‘Voor de toepassing van dit decreet en zijn uitvoeringsbesluiten wordt verstaan onder:*

*- grondwaterwinning, alle putten, opvangplaatsen, draineerinrichtingen, bronbemalingen en over het algemeen alle werken en installaties die tot doel of tot gevolg hebben grondwater op te vangen, met inbegrip van het opvangen van bronnen op het uitvloeiingspunt en het tijdelijk of bestendig verlagen van de grondwatertafel ingevolge grondwerken; ...’*

Overwegende dat grondwater kan uitstromen naar beken en rivieren, maar dat het op dat moment niet meer voldoet aan de definitie van grondwater,

Overwegende dat het pompemaal De Konkel geen water oppompt of opvangt, maar oppervlaktewater verplaatst naar een ander deel van hetzelfde hydrografisch net, met name de Schelde;

Overwegende dat het peilprotocol van het deelgebied Polsgracht-Broekmeer volgende peilafspraken vast legt:

“Art. 3

Doelstelling van het waterpeilbeheer voor dit deelgebied Polsgracht en Broekmeer is het instellen van een oppervlaktewaterpeil waardoor zo veel mogelijk voldaan wordt aan de volgende punten:

- De vereiste om een goede waterhuishouding te voorzien in de woongebieden waarbij het gevaar van overstromingen wordt vermeden;
- De vereisten van de in het gebied aanwezige landbouwactiviteiten,

- De vereisten van de habitat en de instandhoudingsdoelstellingen binnen de betrokken richtlijngebieden en de vereisten van de natuurstreefbeelden voor de erkende natuurreservaten;
- De vereisten van de in het gebied aanwezige recreatieve activiteiten.”

Overwegende dat het peilenprotocol en toegepast waterbeheer derhalve een integraal waterbeheer beogen;

Overwegende dat bij arrest de dato 15/01/2021 2018/AR/2305 door het Hof van beroep in Gent het verzoek van de verzoekende partij (Van Den Abeele Francis) tegen geïntimeerde (Polder tussen Schelde en Durme) ongegrond verklaard werd op grond van onderstaande overwegingen die noodzakelijkerwijs de grondslag van haar beslissing vormen:

‘Bovendien is het hof van oordeel dat uit de stukken en de gegevens waarop het vermag acht te slaan in elk geval niet naar voor komt dat geïntimeerde als polderbestuur voornamelijk (laat staan uitsluitend) zou handelen vanuit de bekommernis voor de landbouw, zonder oog voor het (algemeen) belang inzake milieu en natuurbehoud (wat thans mede tot de essentie van de haar wettelijke gedragen taken behoort). Waar landbouw ongetwijfeld in het verleden/historisch de (voornaamste) insteek is geweest bij het inrichten van de polders (d.w.z. zowel bij het winnen van de poldergrond op de zee of op de getijdenrivieren, als bij het inrichten van het polderbestuur), blijkt dit thans geenszins nog het geval. Dit noch uit hoofde van de actuele omschrijving (sinds 8 januari 2016) van de taak van de polderbesturen in art. 1 van de Polderwet (waar aan de “polders”, als “openbaar bestuur” de taak wordt gegeven om “(binnen de grenzen van hun territoriaal gebied) de doelstellingen te verwezenlijken en rekening te houden met de beginselen zoals bedoeld in de art. 4, 5 en 6 van het Decreet betreffende het integraal waterbeleid en het deelbekkenbeheersplan en de bekkenspecifieke delen van het stroomgebiedsbeheerplan uit te voeren.”

In het (door appellant voorgelegde) “peilenprotocol” is, anders dan hij laat uitschijnen, niet alleen aandacht voor de behoefte van de landbouw, maar evenzeer voor het natuurbehoud, terwijl ook in gezegde overeenkomst over het waterpeilbeheer als doelstelling uitdrukkelijk wordt verwezen naar “de vereisten van de habitat- en de instandhoudingsdoelstellingen binnen de betrokken richtlijngebieden en de vereisten van de natuurstreefbeelden voor de erkende natuurreservaten” (naast de vereiste van een goede waterhuishouding in de woongebieden, de landbouwactiviteiten en de recreatieve activiteiten). Het hof merkt ook op dat het gevoerde beleid tot stand komt en uitgevoerd wordt in samenspraak met onder meer de provinciale en gemeentelijke autoriteiten.”

Overwegende dat het College van Burgemeester en Schepenen van Berlaere een stedenbouwkundige vergunning verleend heeft voor het renoveren van een pompgemaalgebouw ‘De Konkel’ op 08/07/2016 (gemeentelijk dossiernummer: B/2016/86), dat in deze vergunning onderstaande motivering werd opgenomen met betrekking tot de MER-plicht en dat geen enkele partij tegen dit besluit in beroep is gegaan;

*'Het ontwerp komt niet voor op de lijst gevoegd als bijlage I en II van de Europese richtlijn 85/337/EEG, noch op de lijst gevoegd als bijlage I en II van het Project-m.e.r.-besluit. Bijgevolg dient geen milieueffectenrapport te worden opgesteld.'*

Overwegende dat dient vastgesteld dat thans geen enkel pompemaal vergund is onder 53.10 en dat geen enkele overheid ervan uitgegaan is dat een pompemaal vergund dient te worden onder deze rubriek;

Overwegende dat artikel 59 van het Milieuhandhavingsbesluit (o.a.) de provinciegouverneur of zijn plaatsvervanger bevoegd stelt voor het opleggen van bestuurlijke maatregelen als:

(...)

*3° Een vergunningsplichtige inrichting wordt geëxploiteerd zonder omgevingsvergunning voor de exploitatie van de ingedeelde inrichting of activiteit;*

(...)

Overwegende dat omwille van alle bovenstaande overwegingen er geen juridische basis is om te stellen dat het pompemaal De Konkel vergunningsplichtig is volgens VLAREM II, aangezien:

- 1) In eerste orde de activiteit niet voldoet aan de definitie van grondwaterwinning,
- 2) In twee orde het water dat door het pompemaal Konkel verplaatst wordt niet voldoet aan de definitie van grondwater;
- 3) In derde orde de activiteit gericht is op een integraal waterpeilbeheer en niet specifiek of exclusief landbouwdoeleinden dient;

Hieruit volgt dat de activiteit van het pompemaal De Konkel niet ingedeeld of vergunningsplichtig is volgens VLAREM II en er aldus op basis hiervan ook geen MER-plicht kan bestaan voor de exploitatie ervan;

Overwegende dat bij gebreke aan een vastgestelde milieubinbreuk of milieumisdrijf er geen basis is om bestuurlijk maatregelen overeenkomstig artikel 16.4.7 DABM en volgende op te leggen,

Op 25 mei 2021 diende beroepsindiener een beroep in tegen de bestreden beslissing.

Op 16 juni 2021 vond de digitale hoorzitting plaats met de raadsman van beroepsindiener.

In het beroepschrift en op de hoorzitting roept beroepsindiener samengevat volgende argumenten in:

- De bestreden beslissing is ongegrond en onwettig:
  - De bestreden beslissing miskent de inhoud van de vordering nu deze door verwerende partij herleid wordt tot de werking van het pompemaal De Kronkel en het al dan niet toepasselijke karakter van rubriek 53 op dit specifieke pompemaal. De bestreden beslissing gaat voorbij aan het feit dat het Poldergebied één hydrografisch geheel vormt met meerdere pompgemalen en stuwen die instaan voor de drooglegging en waarbij er vanzelfsprekend interferentie is tussen alle deelgebieden en de waterhuishouding hiervan;
- De bestreden beslissing is onvoldoende gemotiveerd nu de door beroepsindiener opgeworpen schendingen, op o.a. het Waterwetboek, niet mee zijn opgenomen in de bestreden beslissing;
- In de bestreden beslissing is evenmin melding gemaakt van de adviezen die verwerende partij inwon, namelijk van het team MER van de afdeling Gebiedsontwikkeling,

Omgevingsplanning en- projecten (hierna: "GOP") van het departement Omgeving en van de Vlaamse Milieumaatschappij (hierna: "VMM");

- In de bestreden beslissing wordt onterecht voorgehouden dat rubriek 53 van VLAREM II niet van toepassing is.

Op 18 juni 2021 ontving de cluster sanctionering en advisering het administratief dossier van de verwerende partij.

Op 21 juni 2021 ontving de cluster sanctionering en advisering een schriftelijk verweer van vermoedelijke overtreder. In essentie wordt verwezen naar het verweerschrift dat werd ingediend naar aanleiding van het verzoek om bestuurlijke maatregelen. Verwerende partij schetst hierin haar takenpakket, verwijzend naar het peilprotocol, en verwijst tevens naar de vele parlementaire vragen die gesteld werden aan de destijds bevoegde minister. Hierin werd in essentie geantwoord dat pompgemalen voor allerlei redenen worden geëxploiteerd, zoals het instandhouden van de normale waterhuishouding, en dat de rubrieken 53.10.2° en 53.10.3° vermeld worden onder de rubrieken voor grondwater, terwijl in casu enkel sprake is van de verpompings van oppervlaktewater. Samengevat argumenteert vermoedelijke overtreder dat zij niet aangesproken kan worden voor de vermeende inbreuken op diverse wetgevende of administratieve bepalingen en er derhalve geen aanleiding bestaat, gelet op de nauwgezette opvolging en overleg met diverse actoren en overheden, om een omgevingsvergunning te doen aanvragen voor bestaande en conforme installaties en beheer van netwerken van waterlopen.

Artikel 64 van het Milieuhandhavingsbesluit bepaalt dat binnen veertien dagen vanaf de kennisgeving van de bestreden beslissing beroep moet worden ingediend.

Verwerende partij verstuurdde de bestreden beslissing naar beroepsindieners met een aangetekende brief van 11 mei 2021.

Beroepsindieners verstuurdde het beroepschrift met een aangetekende brief aan het adres van het departement Omgeving van 25 mei 2021. Het beroep is tijdig ingediend.

Aan de ontvankelijkheidsvoorwaarden omschreven in artikel 65 van het Milieuhandhavingsbesluit is voldaan.

De cluster sanctionering en advisering verklaarde het beroep ontvankelijk en bracht de beroepsindieners, de verwerende partij en de vermoedelijke overtreder hiervan op de hoogte met een brief van 8 juni 2021.

De afdeling Handhaving adviseerde om het beroep tegen de bestreden beslissing gegrond te verklaren.

Polders en wateringen zorgen voor het systeem van waterlopen, sluizen, stuwen, pompgemalen om de veiligheid en het algemeen belang in de polder/watering maximaal te waarborgen. Het waterpeil wordt beheerd volgens een zogenaamd peilbeheersplan opdat een zodanig peilbeheer kan worden gevoerd dat o.a. de functies van het waterhuishoudkundig systeem worden vervuld. Beroepsindieners verwijst naar de het rapport van de studie 'Peilbeheer Polder tussen Schelde en Durme' (afgeleverd door advies- en ingenieursbureau Grontmij in opdracht van de provincie Oost-Vlaanderen) voor wat betreft de noodzaak tot peilbeheer: "*een optimale grondwaterstand tot stand te brengen, om een goede afwatering van bovenstrooms gelegen gebieden te verzorgen, om indien mogelijk in tijden van waterschaarste een goede aanvoer van water te verzorgen en om zorg te dragen voor een goede waterkwaliteit*". De bestuurlijke werking van de polders wordt

geregeld door de wet op de polders van 3 juni 1957 (hierna: "Polderwet"). Vermoedelijke overtreder is het polderbestuur dat in dit gebied werkzaam is.

Het projectgebied Polder tussen Schelde en Durme is ongeveer 7.000 hectare groot en herbergt bijzondere beschermde gebieden zoals VEN-gebied, habitatgebied en vogelrichtlijngebied. In het gebied bevinden zich zeven pompgemalen en 10 stuwen. Beroepsindieners argumenteert dat de continue afvoer van oppervlakte- en freatisch grondwater via het Konkelpompgemaal een abnormale peilverlaging tot gevolg heeft. Beroepsindieners stelt dat dergelijke drooglegging de habitat van dieren aantast alsook dat heel wat flora verloren gaat. Verder lijdt hij ook persoonlijke schade nu zijn visvijvers tevens lijden onder de droogte ten gevolge van de drainage. In het bijzonder kaart beroepsindieners de drooglegging aan die betrekking heeft op het deelgebied 3 (Scheldebroeken). De Scheldebroeken zijn een Vlaams natuurreserveaat, deels gelegen in gebied 2 en deels in deelgebied 3.

Op 16 februari 2021 richtte beroepsindieners een verzoek aan verwerende partij om een bestuurlijke maatregel op te leggen, namelijk om vermoedelijke overtreder te bevelen een behoorlijk onderbouwde en ontvankelijke omgevingsvergunningsaanvraag in te dienen, inbegrepen de daartoe voorafgaandelijk vereiste en behoorlijk onderbouwde en gestaafde project- en planmilieueffectenrapporten, passende beoordelingen, verscherpte natuurtoetsen en noodzakelijk te maken watertoets voor de droogleggingswerkzaamheden welke zich voltrekken in haar volledige ambtsgebied.

Op 11 mei 2021 beslist verwerende partij om geen bestuurlijke maatregelen op te leggen. Dit is de bestreden beslissing.

Bestuurlijke maatregelen kunnen overeenkomstig artikel 16.4.5, eerste lid van het DABM slechts worden opgelegd na de vaststelling van een milieumisdrijf of milieu-inbreuk.

Artikel 16.4.5 DABM omvat geen verplichting om bestuurlijke maatregelen op te leggen wanneer een milieumisdrijf wordt vastgesteld. Het behoort tot de discretionaire bevoegdheid van de verwerende partij om te bepalen welke gevolgen zij koppelt aan de vaststelling dat er sprake is van een milieumisdrijf mits men hierbij rekening houdt met de decretale voorschriften en de beginselen van behoorlijk bestuur. Op grond van artikel 16.4.4 DABM mag er ook geen kennelijke wanverhouding bestaan tussen de feiten die aan de bestuurlijke maatregel ten grondslag liggen en de maatregelen die op grond van de feiten worden opgelegd.

Beroepsindieners argumenteert dat in het projectgebied zeven pompgemalen en 10 stuwen in werking zijn, waarbij voor geen enkel pompgemaal een milieu- of omgevingsvergunning voorhanden is. Gelet op de aanwezigheid van Vogel- en Habitatrichtlijngebied, VEN-gebied en agrarische gebieden met ecologisch belang, oordeelt beroepsindieners dat er sprake is van een schending van de omgevingsvergunningsplicht ten gevolge van de niet-vergunde drooglegging van o.m. beschermde gebieden. Concreet verwijst beroepsindieners naar rubriek 53.10.2° en 53.10.3° van de indelingslijst uit bijlage 1 bij VLAREM II inzake waterbeheersingsprojecten voor landbouwdoeleinden, namelijk een droogleggingsproject van 50 ha of meer (2°) en een droogleggingsproject van 15 ha of meer, dat een aanzienlijke verlaging van de freatische grondwatertafel in een bijzonder beschermd gebied tot gevolg kan hebben (3°). Deze klasse 1-activiteiten werden middels het Besluit van de Vlaamse regering van 12 mei 2006, dat op 1 augustus 2006 in werking trad, vergunningsplichtig. Tevens haalt beroepsindieners aan dat voor de werking van diverse pompgemalen gebruik wordt gemaakt van transformatoren die eveneens een ingedeelde inrichting betreffen onder rubriek 12 van de indelingslijst.

Artikel 4, §1 van het Milieuvergunningsdecreet, van toepassing tot 22 februari 2017, bepaalde dat niemand zonder voorafgaande en schriftelijke vergunning van de bevoegde overheid een als

hinderlijk ingedeelde inrichting die behoort tot de eerste of de tweede klasse mocht exploiteren of veranderen. Ook artikel 5, §1 van VLAREM I, zoals van toepassing tot 22 februari 2017, bepaalde dat niemand zonder voorafgaande schriftelijke vergunning van de bevoegde overheid een als hinderlijk ingedeelde inrichting die behoort tot de eerste of de tweede klasse, mocht exploiteren. Sinds 23 februari 2017 schrijft artikel 5.2.1, §6, eerste lid van het DABM voor dat voor de exploitatie van een ingedeelde inrichting of activiteit van de eerste of de tweede klasse of voor de verandering ervan een omgevingsvergunning vereist is als vermeld in artikel 6, eerste lid van het Omgevingsvergunningsdecreet. Artikel 6, eerste lid van het Omgevingsvergunningsdecreet bepaalt dat niemand zonder voorafgaande omgevingsvergunning een project dat is onderworpen aan de vergunningsplicht mag uitvoeren, exploiteren, verkavelen of een vergunningsplichtige verandering eraan mag doen. Het niet naleven van deze vergunningsverplichting wordt door artikel 16.6.1, §1 van het DABM strafbaar gesteld.

Artikel 1.1.2 van VLAREM II definieert 'bijzonder bescherm gebied' als een gebied dat o.a. behoort tot a) *'de speciale beschermingszones, de definitief vastgestelde gebieden die in aanmerking komen als speciale beschermingszone, en de waterrijke gebieden van internationale betekenis overeenkomstig het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu'*, tot d) *'(..) agrarische gebieden met ecologisch belang of ecologische meerwaarde en de ermee vergelijkbare gebieden'* alsook tot g) *'het Vlaamse Ecologisch Netwerk (..)'*.

In de bestreden beslissing zet verwerende partij uiteen waarom zij oordeelt dat het pompemaal De Konkel niet vergunningsplichtig is. Concreet oordeelt zij dat de aangehaalde rubriek 53.10 'waterbeheersingsprojecten voor landbouwdoeleinden' een subrubriek is van rubriek 53 'Winning van grondwater'. Zij staat volgens verwerende partij aldus als subrubriek niet op zichzelf maar heeft enkel kracht binnen de hoofdrubriek waaronder zij valt. Voorts voldoet de kwestieuze activiteit in eerste orde niet aan de definitie van grondwaterwinning, evenmin voldoet het water aan de definitie van grondwater. Bovendien is de activiteit niet louter gericht op landbouwdoeleinden maar heeft het betrekking op een integraal waterpeilbeheer. Verwerende partij verwijst hiervoor naar het arrest van 15 januari 2021 van het hof van beroep te Gent waarin het verzoek van beroepsindieners lastens vermoedelijke overtreder ongegrond werd verklaard. Meer in het bijzonder verwijst verwerende partij in haar bestreden beslissing naar de passage waarin geoordeeld werd dat vanuit verwerende partij niet enkel gehandeld wordt vanuit de bekommernis voor landbouw maar tevens in het belang inzake milieu en natuurbehoud; dat dit ook volgt uit het peilenprotocol waarin verwezen wordt naar o.a. habitat- en instandhoudingsdoelstellingen. Verwerende partij argumenteert verder dat in de stedenbouwkundige vergunning die verleend werd met betrekking tot pompgemalengebouw 'De Konkel' geoordeeld werd dat het project niet MER-plichtig was en dat tegen deze beslissing niet in beroep is gegaan.

Beroepsindieners hekelt dat verwerende partij het verzoek heeft herleid tot de specifieke situatie voor pompemaal De Konkel. In de feitelijke uiteenzetting van haar beroepschrift verwijst beroepsindieners meer in het bijzonder naar deelgebied 3, waarin het pompemaal De Konkel zich bevindt. De vijvers van beroepsindieners zijn tevens gelegen in dit deelgebied. Beroepsindieners geeft echter tevens aan dat de geschetste problematiek, zijnde de drooglegging met de daaruit volgende schade aan flora en fauna, betrekking heeft op dit deelgebied, maar niet enkel hierop. Verder blijkt dat voor geen enkel pompemaal binnen het projectgebied een vergunning voorhanden is. Uit het beschikbare gedeelte van de bestreden beslissing verzocht zij in meer algemene bewoordingen vermoedelijke overtreder er toe te houden een omgevingsvergunning aan te vragen. Dit volgt ook uit het gegeven dat het gebied van Polder tussen Schelde en Durme met elkaar verbonden is en dat het een hydrografisch geheel vormt, terwijl de deelgebieden kunstmatig zijn. Er kan hieruit niet worden geconcludeerd dat het verzoek van beroepsindieners enkel betrekking heeft op de vergunningssituatie binnen deelgebied 3. Verwerende partij heeft op dit punt dan ook nagelaten om de bestreden beslissing afdoende te motiveren.

Dat er sprake is van een exploitatie zonder geldige milieu- of omgevingsvergunning, werd aannemelijk gemaakt door beroepsindieners in het oorspronkelijk verzoek. Rubriek 53.10.2° en 53.10.3° betreffen 'droogleggingsprojecten'. Droogleggingen gebeuren in Vlaanderen via de aanleg van buizenstelsels in de ondiepe ondergrond die lozen op grachten of waterlopen. Verder verlopen droogleggingen ook via grachtenstelsels en waterlopen waarop men via pompen, gemalen en schotten het water wegtrekt waarmee men grondwater meetrekt en het afvloeien van bemalingswater bespoedigt. Ook in de Polderwet wordt in artikel 80 de jaarlijks uit te voeren werken beschreven als "*het aanleggen, verbeteren, onderhouden en instandhouden van de verdedigings-, droogleggings- en bevoeiingswerken en van de wegen van de polder*".

De droogleggingswerken van de betrokken polder zijn bijgevolg ingedeelde activiteiten als bedoeld onder de rubrieken 53.10.2° en 53.10.3° en maken aldus een vergunningsplichtige klasse 1-inrichting uit. Ingevolge rubriek 1, c) van bijlage II van het Besluit van de Vlaamse Regering van 10 december 2004 houdende vaststelling van de categorieën van projecten onderworpen aan milieueffectrapportage (hierna: "MER-besluit"), dat verwijst naar rubriek 53.10 van bijlage 1 van VLAREM II, is een project-MER noodzakelijk.

Op vandaag is, zoals verwerende partij zelf stelt in de bestreden beslissing, geen enkel pompgemaal in de betrokken polder vergund. Zoals hierboven gesteld is de exploitatie vergunningsplichtig. Bij gebreke aan vergunning is er dus een milieumisdrijf.

Er werd reeds eerder opgemerkt dat artikel 16.4.18, §2 van het DABM voorschrijft dat een verzoek om bestuurlijke maatregelen op te leggen voldoende gemotiveerd moet zijn en aannemelijk maken dat er sprake is van een milieu-inbreuk of een milieumisdrijf. Bij afwezigheid van een milieu-inbreuk of milieumisdrijf kan geen bestuurlijke maatregel worden opgelegd. Hierboven werd reeds gemotiveerd dat er *in casu* wel sprake is van het bestaan van een milieumisdrijf, met name het zonder vergunning exploiteren van een vergunningsplichtige klasse-1 inrichting. Artikel 16.4.5 van het DABM omvat evenwel geen verplichting om bestuurlijke maatregelen op te leggen wanneer een milieumisdrijf werd vastgesteld. Zoals reeds aangegeven behoort het tot de discretionaire bevoegdheid van de verwerende partij om te bepalen welke gevolgen zij koppelt aan de vaststelling dat er sprake is van een milieumisdrijf mits men hierbij rekening houdt met de decretale voorschriften en de beginselen van behoorlijk bestuur. Verwerende partij dient daarbij het redelijkheids-, legaliteits- en proportionaliteitsbeginsel alsook het motiveringsbeginsel te respecteren.

De motiveringsplicht vereist onder meer dat er voor elke bestuurshandeling rechtens aanvaardbare motieven moeten bestaan. Dit betekent onder meer dat die motieven moeten steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die relevant zijn en met de vereiste zorgvuldigheid zijn vastgesteld en beoordeeld. Het zorgvuldigheidsbeginsel verplicht de verwerende partij onder meer om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de bestreden beslissing en om ervoor te zorgen dat de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk onderzocht worden, zodat zij met kennis van zaken kan beslissen. Het legaliteitsbeginsel stelt voorop dat het handelen van een overheid gestoeld moet zijn op een vooraf bestaande bepaling en dat moet kunnen worden aangetoond op basis van welke regelgeving een besluit wordt genomen.

In het administratief dossier liggen drie nota's voor die de juridische problematiek uiteenzetten. Deze nota's zijn afkomstig van de dienst juridische zaken van de VMM, van team-MER van afdeling GOP van het departement Omgeving alsook een controleverslag van de afdeling Handhaving van het departement Omgeving aangaande een gelijkaardige situatie met betrekking tot de pompgemalen 'De Zegge' in de provincie Antwerpen. De nota's bevestigen dat rubriek 53.10 van toepassing is en er aldus sprake is van een vergunningsplicht. Niettegenstaande deze ingewonnen adviezen niet bindend zijn, blijkt uit de bestreden beslissing onvoldoende waarom de verwerende partij oordeelt dat er geen vergunningsplicht is.



In de bestreden beslissing verwijst verwerende partij naar het arrest van het hof van beroep te Gent waarin geoordeeld werd dat uit het peilenprotocol blijkt dat er niet alleen aandacht is voor de landbouw. Verwerende partij haalt dit aan ter ondersteuning van de stelling dat aldus rubriek 53.10 van de indelingslijst niet van toepassing is. Tevens verwijst verwerende partij naar het gegeven dat geen beroep werd aangetekend tegen de stedenbouwkundige vergunning en dat op heden geen enkel pompemaal vergund is onder rubriek 53.10.

Beroepsindiener kan gevolgd worden waar zij stelt dat voormelde argumentatie geen voldoende motivering inhoudt om de gevraagde bestuurlijke maatregelen te weigeren. Zo werd er in de procedure voor het hof, die werd ingeleid op grond van het milieustakingsrecht, geen uitspraak gedaan over de vergunnings- of MER-plicht. Niet alleen zijn de argumenten dat het niet indienen van een beroep tegen de stedenbouwkundige vergunning en het feit dat op heden geen enkel pompemaal vergund is niet relevant, verwerende partij kan bezwaarlijk voorhouden dat dit een belemmering vormt om alsnog anders te oordelen over de vergunnings- of MER-plicht.

De motivering van de bestreden beslissing mist juridische grondslag, zoals hierboven reeds besproken. De bestreden beslissing is derhalve onvoldoende draagkrachtig gemotiveerd.

Om deze redenen bestaat er voldoende aanleiding om het dossier conform artikel 67 van het Milieuhandhavingsbesluit terug te sturen naar verwerende partij om het verzoek om bestuurlijke maatregelen op te leggen opnieuw te behandelen.

**BESLUIT:**

**Enig artikel.** Het beroep ingesteld door de heer Francis Van den Abbeele, wonende te 9290 Berlare, Blauwhofdreef 11a tegen de bestreden beslissing van 11 mei 2021 van de gouverneur van de provincie Oost-Vlaanderen, wordt **gegrond** verklaard. De verwerende partij moet het verzoek om bestuurlijke maatregelen op te leggen opnieuw behandelen.

Brussel,

De Vlaamse minister van Justitie en Handhaving, Omgeving, Energie en Toerisme

Zuhal DEMIR