

DE VLAAMSE MINISTER VAN JUSTITIE EN HANDHAVING, OMGEVING, ENERGIE EN TOERISME

NOTA AAN DE VLAAMSE REGERING

Betreft: - voorontwerp besluit van de Vlaamse Regering over de
beoordeling van schade aan de natuur in het Vlaams Ecologisch Netwerk
- Principiële goedkeuring

Samenvatting

Artikel 26bis, § 1, eerste lid van het Natuurdecreet bepaalt dat de overheid geen toestemming of vergunning mag verlenen voor een activiteit die onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken. Voor meldingsplichtige activiteiten wordt een meer specifieke regeling uitgewerkt, dat het voorwerp uitmaakt van artikel 26bis, § 1, tweede lid van het Natuurdecreet. In het derde lid van deze bepaling wordt aan de Vlaamse Regering delegatie verleend om te bepalen hoe de afwezigheid van onvermijdbare en onherstelbare schade nader moet aangetoond worden.

Met het huidige besluit wenst de Vlaamse Regering uitvoering te geven aan de mogelijkheid uit artikel 26bis, § 1, derde lid van het Natuurdecreet waarin wordt voorzien dat zij kan bepalen hoe moet aangetoond worden dat een activiteit geen onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken.

1. SITUERING

A. BELEIDSVELD/BELEIDSDOELSTELLING

Artikel 17, § 1 van het decreet van het Vlaamse Gewest van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu (hierna: het "*Natuurdecreet*") bepaalt dat het Vlaams Ecologisch Netwerk (VEN) een samenhangend en georganiseerd geheel van gebieden van de open ruimte is waarin een specifiek beleid inzake het natuurbehoud, gebaseerd op de kenmerken en elementen van het natuurlijk milieu, de onderlinge samenhang tussen de gebieden van de open ruimte en de aanwezige en potentiële natuurwaarden wordt gevoerd.

De bescherming van het VEN beoogt een algehele doelstelling van natuurbehoud. Onder natuurbehoud wordt verstaan "*het instandhouden, herstellen en ontwikkelen van de natuur en het natuurlijk milieu door natuurbescherming, natuurontwikkeling en natuurbeheer en het streven naar een zo groot mogelijke biologische diversiteit in de natuur en naar een gunstige staat van instandhouding van habitats en soorten*" (artikel 2, 10° van het Natuurdecreet). Met de natuur wordt

bedoeld “*de levende organismen, hun habitats, de ecosystemen waarvan zij deel uitmaken en de daarmee verbonden uit zichzelf functionerende ecologische processen, ongeacht of deze al dan niet voorkomen in aansluiting op menselijk handelen, met uitsluiting van de cultuurgewassen, de landbouwdieren en de huisdieren*” (artikel 2, 7° van het Natuurdecreet).

De bescherming van het VEN gebeurt op drievoudige wijze: door instandhoudingsmaatregelen van de bevoegde overheid, zoals het bevorderen van natuurgerichte bosbouw (artikel 25, § 1), door het verbod van bepaalde activiteiten, zoals het wijzigen van de vegetatie (artikel 25, § 3) en door de zogenaamde VEN-toets (artikel 26bis).

Artikel 26bis van het Natuurdecreet werd ingevoegd bij decreet van 19 juli 2002. De bepaling is verder onderverdeeld in drie paragrafen: de eerste paragraaf omvat de basisregeling van de VEN-toets; de tweede voert een adviesplicht in en de derde paragraaf omvat de afwijkingsbepaling.

B. VORIGE BESLISSINGEN EN ADVIEZEN

Het bijgaande ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering werd aangepast aan het wetgevingstechnisch en taalkundig advies nr. 2023/234 van 9 juni 2023.

De Inspectie van Financiën verleende op 12 juni 2023 een gunstig advies. Het akkoord van de minister van begroting is niet vereist.

2. INHOUD

A. ALGEMENE TOELICHTING

1 SITUERING

Artikel 17, § 1 van het decreet van het Vlaamse Gewest van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu (hierna: het “*Natuurdecreet*”) bepaalt dat het Vlaams Ecologisch Netwerk (VEN) een samenhangend en georganiseerd geheel van gebieden van de open ruimte is waarin een specifiek beleid inzake het natuurbehoud, gebaseerd op de kenmerken en elementen van het natuurlijk milieu, de onderlinge samenhang tussen de gebieden van de open ruimte en de aanwezig en potentiële natuurwaarden wordt gevoerd.

De bescherming van het VEN beoogt een algehele doelstelling van natuurbehoud. Onder natuurbehoud wordt verstaan “*het instandhouden, herstellen en ontwikkelen van de natuur en het natuurlijk milieu door natuurbescherming, natuurontwikkeling en natuurbeheer en het streven naar een zo groot mogelijke biologische diversiteit in de natuur en naar een gunstige staat van instandhouding van habitats en soorten*” (artikel 2, 10° van het Natuurdecreet). Met de natuur wordt bedoeld “*de levende organismen, hun habitats, de ecosystemen waarvan zij deel uitmaken en de daarmee verbonden uit zichzelf functionerende ecologische processen, ongeacht of deze al dan niet voorkomen in aansluiting op menselijk handelen, met uitsluiting van de cultuurgewassen, de landbouwdieren en de huisdieren*” (artikel 2, 7° van het Natuurdecreet).

De bescherming van het VEN gebeurt op drievoudige wijze: door instandhoudingsmaatregelen van de bevoegde overheid, zoals het bevorderen van natuurgerichte bosbouw (artikel 25, § 1), door het verbod van bepaalde activiteiten, zoals het wijzigen van de vegetatie (artikel 25, § 3) en door de zogenaamde VEN-toets (artikel 26bis).

Artikel 26bis van het Natuurdecreet werd ingevoegd bij decreet van 19 juli 2002. De bepaling is verder onderverdeeld in drie paragrafen: de eerste paragraaf omvat de basisregeling van de VEN-toets; de tweede voert een adviesplicht in en de derde paragraaf omvat de afwijkingsbepaling.

Artikel 26bis, § 1, eerste lid van het Natuurdecreet bepaalt dat de overheid geen toestemming of vergunning mag verlenen voor een activiteit die onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken. Voor meldingsplichtige activiteiten wordt een meer specifieke regeling uitgewerkt, dat het voorwerp uitmaakt van artikel 26bis, § 1, tweede lid van het Natuurdecreet. In het derde lid van deze bepaling wordt aan de Vlaamse Regering delegatie verleend om te bepalen hoe de afwezigheid van onvermijdbare en onherstelbare schade nader moet aangetoond worden.

In de parlementaire voorbereiding van dat decreet wordt het onderscheid tussen vermijdbare en onvermijdbare schade verder verduidelijkt:

“Vermijdbare schade is die schade die kan vermeden worden door de activiteit op een andere wijze uit te voeren (bv. met andere materialen, op een andere plaats, ...). Onvermijdbare schade is de schade die men hoe dan ook zal veroorzaken, op welke wijze men de activiteit ook uitvoert” (Parl.St. VI.Parl., 2001-02, nr. 967/1, p. 17).

Uit de parlementaire voorbereiding van die bepaling blijkt dat onvermijdbare schade niet per definitie moet leiden tot het afwijzen van een vergunningsaanvraag voor de betrokken activiteit (*Parl.St. VI.Parl., 2001-02, nr. 967/1, pp. 17-18*).

Tot slot kan er op worden gewezen dat artikel 26bis, § 1 van het Natuurdecreet enkel het verlenen van een vergunning verbiedt in geval van onvermijdbare schade die tegelijk onherstelbaar is:

“Onvermijdbare schade die wel herstelbaar is, mag wel worden veroorzaakt. Onder herstel wordt een herstel van de schade verstaan op de plaats van beschadiging met een kwantitatief en kwalitatief gelijkaardige habitat als deze die er voor de beschadiging aanwezig was” (Parl.St. VI.Parl., 2001-02, nr. 967/1, p. 20).

2 PROBLEEMSTELLING

Hoewel uit de parlementaire voorbereiding bij het decreet van 19 juli 2002 blijkt dat de VEN-toets voornamelijk ziet op fysieke ingrepen in het VEN (cf. vermelding van herstel *“met een kwantitatief en kwalitatief gelijkaardige habitat”*), heeft de rechtspraak er een ruimere invulling aan gegeven.

Een eerste vaststelling is dat in de rechtspraak een externe werking wordt verleend aan de VEN-toets. De ligging van een project buiten VEN-gebieden sluit volgens de rechtspraak niet uit dat er schade aan de natuur in het VEN kan worden veroorzaakt (RvVb 4 augustus 2022, nr. RvVb/A/2122/1047, vzw Natuurpunt Beheer; RvVb 23 december 2021, nr. RvVb/A/2122/0323, ABR Energy BV). Elke handeling die invloed of effect heeft op een VEN-gebied komt dan ook binnen het territoriaal toepassingsbereik van de VEN-toets, ook al vindt die handeling niet plaats binnen het VEN-gebied zelf (RvVb 25 februari 2021, nr. RvVb/A/2021/0697, vzw Natuurpunt Limburg en vzw Limburgse Milieukoepel). Het gegeven dat een handeling niet plaats vindt in het VEN-gebied zelf, is niet relevant. Elke handeling die een invloed of effect heeft op het VEN-gebied, kan onder het toepassingsgebied van de VEN-toets vallen (RvVb 2 mei 2017, nr. A/1617/0818, vzw Milieufrent Omer Wattez).

Omwille van de externe werking van de VEN-toets moet de vergunningverlenende overheid bij de beoordeling van de vraag of een activiteit schade aan de natuur in het VEN-gebied kan veroorzaken, rekening houden met alle effecten die onlosmakelijk met het project of de activiteit verbonden zijn. Niet alleen de rechtstreekse effecten in of in de omgeving van het VEN-gebied, zoals het innemen van ruimte of het verwijderen van vegetaties in of in de onmiddellijke omgeving van VEN-gebied moeten worden bekeken, ook de onrechtstreekse effecten, zoals eutrofiëring, verzuring, licht- en

geluidshinder, verminderde waterkwaliteit en aanvaringsgevaar moet deel uitmaken van de VEN-toets (H. SCHOUKENS, K. DE ROO en P. DE SMEDT, *Handboek natuurbehoudsrecht*, R&P 64, Mechelen, Wolters Kluwer 2011, 250). Omdat dergelijke onrechtstreekse effecten zich over lange afstanden kunnen manifesteren, wordt de externe werking van de VEN-toets behoorlijk opgeschaald.

Van belang is dat de vaste rechtspraak ervan uitgaat dat de in de VEN-toets beoogde schade geen minimale ernst of schadedrempel impliceert (RvS 30 september 2021, nr. 251.680, vzw Vogelbescherming Vlaanderen). Elke vorm van schade aan de natuur, hoe beperkt die ook is, komt derhalve in aanmerking (RvVb 22 mei 2018, nr. RvVb/A/1718/0881, Goessaert). Zo oordeelde de RvVb dat ook schade die betrekking heeft op een enkele soort in rekening moet worden gebracht (RvVb 14 januari 2020, nr. RvVb/A/1920/0443, Van Cauwenberghe).

Het ontbreken van een schadedrempel zorgt in de praktijk voor heel wat discussies. Bij direct ruimtebeslag binnen het VEN kan de schade aan de natuur eenvoudig(er) kunnen worden begroot, maar bij indirecte effecten (bv. in het kader van stikstofdepositie), is dit een erg moeilijke oefening. Er is dan ook nood aan enige objectivering of duidelijke handvaten om dit schadebegrip inhoudelijk in te vullen. Het huidige artikel 26bis van het Natuurdecreet biedt daartoe nochtans een grondslag. Deze bepaling voorziet immers dat de Vlaamse Regering kan bepalen hoe moet aangetoond worden dat een activiteit geen onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken.

Tot op vandaag werd geen gebruik gemaakt van die mogelijkheid, en ontbreekt bijgevolg een toetsingskader om het schadebegrip te beoordelen. Voor VEN-gebieden zijn immers geen instandhoudingsdoelstellingen bepaald en, in de gevallen waar zij overlappen met vogel- of habitatrictlijngebieden, kan niet zomaar worden teruggegrepen naar de instandhoudingsdoelstellingen voor deze laatste gebieden als toetsingskader (RvVb 19 augustus 2021, nr. RvVb/A/2021/1292, vzw Bescherm Bomen & Natuur). Een concrete ecologische benadering is dus vereist, maar ook hier rijst de vraag hoe men in de praktijk de herstelbaarheid van de schade dient te beoordelen.

Met het huidige besluit wenst de Vlaamse Regering uitvoering te geven aan de mogelijkheid uit artikel 26bis, § 1, derde lid van het Natuurdecreet waarin wordt voorzien dat zij kan bepalen hoe moet aangetoond worden dat een activiteit geen onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken.

3 UITGANGSPUNTEN

1) Het schadebegrip

Artikel 26bis, § 1 van het Natuurdecreet bepaalt dat de overheid “*geen toestemming of vergunning [mag] verlenen voor een activiteit die onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken*”. Een enigszins vergelijkbare bepaling is voorzien voor meldingsplichtige activiteiten, met die nuance dat de aantoonplicht hier in eerste instantie bij de meldingsplichtige wordt gelegd.

Met de natuur wordt bedoeld “*de levende organismen, hun habitats, de ecosystemen waarvan zij deel uitmaken en de daarmee verbonden uit zichzelf functionerende ecologische processen, ongeacht of deze al dan niet voorkomen in aansluiting op menselijk handelen, met uitsluiting van de cultuurgewassen, de landbouwdieren en de huisdieren*” (artikel 2, 7° van het Natuurdecreet).

De bescherming van artikel 26bis, § 1 van het decreet ziet aldus niet op de bescherming van bepaalde potenties (bv. potentiële leefgebieden of potentiële habitats). Er moet worden nagegaan of de actuele, aanwezige natuurwaarden in het betrokken gebied al dan niet worden geschaad door de voorgenomen activiteit. Dat blijkt ook uit de parlementaire voorbereiding, die stelt dat herstel moet worden opgevat als “*herstel van de schade (...) op de plaats van beschadiging met een kwantitatief*

en kwalitatief gelijkwaardige habitat als deze die er voor de beschadiging aanwezig was” (Parl.St. VI.Parl. 2001-02, nr. 967/1, p. 20).

Van belang is dus dat – in tegenstelling tot wat het geval is onder de toepassing van artikel 36ter, §§ 3 en 4 van het Natuurdecreet (cf. RvS 12 mei 2017, nr. 238.181, vzw Natuurpunt Limburg) – loutere potenties niet relevant zijn in het kader van de VEN-toets. Voor het VEN zijn immers geen instandhoudings- of andere doelstellingen vooropgesteld. Evenmin werden er (bindende) hersteldoelen geformuleerd. In de VEN-toets kan bijgevolg niet worden besloten dat er sprake is van schade aan bepaalde potenties op potentieel leefgebied van een of meerdere soorten in het VEN.

Hierbij wordt benadrukt dat meet- of beoordelingsinstrumenten die worden gehanteerd in toepassing van andere natuurtoetsen (bv. de impactscoretool bij de habitattoets) vanzelfsprekend ook kunnen worden ingezet bij de beoordeling in toepassing van artikel 26bis van het decreet.

Hoewel de VEN-toets volgens de rechtspraak geen schadedrempel kent, is het van belang ‘schade’ niet gelijk te stellen met ‘effecten’. Niet elk effect die een voorgenomen activiteit heeft op het VEN is ook per definitie schadelijk. Om een aantal voorbeelden te geven:

- Ruimtebeslag of barrièrevorming kan ‘versnippering’ met zich meebrengen. Wat voor de ene soort ‘versnippering’ inhoudt, kan echter voor de andere soort net een toenemende samenhang van leefgebied inhouden.
- Een toename in geluid impliceert ook niet steeds een schadelijk effect. De meeste diersoorten kunnen zich immers makkelijk handhaven in geluidsomstandigheden die overeenkomen met de dB-waarden die van toepassing zijn binnen de groene bestemmingen op het gewestplan (cf. Vlarengeluidsnormen). De meest diersoorten zullen pas een schadelijk effect ondervinden wanneer plots de geldende geluidswaarden worden overschreden, maar ook dit is sterk afhankelijk van de diersoort.
- Bijkomende stikstofdepositie op niet-stikstofgevoelige habitats of op een gebied waar de kritische depositiewaarde (KDW) van de meest stikstofgevoelige habitats nog niet is overschreden, impliceert in principe geen schadelijk effect.

2) Belang van de referentiesituatie

Aangezien de VEN-toets moet vertrekken vanuit een beschrijving van de actuele natuurwaarden die in het gebied aanwezig zijn, is een goede beschrijving van de referentiesituatie erg belangrijk. Dit kan aan de hand van verschillende informatiebronnen (bv. de BWK) of aan de hand van een terreinbezoek. Een terreinbezoek is niet verplicht, maar kan vereist zijn wanneer er twijfel bestaat omtrent de juistheid of volledigheid van de informatie uit andere bronnen. Bovendien kan een terreinbezoek nuttig zijn om na te gaan of bepaalde habitattypen zijn uitgebreid of in kwaliteit zijn verbeterd sinds de laatste kartering ervan.

Ook eventueel bestaand beheer, zoals opgenomen in een natuurbeheerplan, dient te worden beschreven. Dit kan immers een rol spelen bij het bepalen van de herstelbaarheid van de schade (zie *infra*).

Ook de aanwezige (avi)fauna zal in kaart moeten worden gebracht aan de hand van informatiebronnen (bv. Vlaamse Risicoatlas vogels/vleermuizen – windturbines, de BWK of waarnemingen). De (avi)fauna moet evenwel effectief een leefgebied hebben in het betrokken VEN-gebied. Louter overvliegende vogels, waarvan niet aangetoond is dat zij een specifieke vindplaats in het gebied hebben, maar het gebied louter overvliegen, vallen niet onder deze regeling (RvVb 8 mei 2018, nr. RvVb/A/1718/0830, Van Cauwenberghe). Wel blijven deze in voorkomend geval onderworpen

aan de gewone natuurtoets (art. 16 Natuurdecreet), en gebeurlijk aan de beschermingsregeling voorzien in artikel 10 Soortenbesluit.

Specifiek voor de milieudruk stikstof is het begrip kritische depositiewaarde (KDW) van belang. Het gaat om een term die in de wetenschappelijke literatuur wordt gebruikt om weer te geven wat het absorptieniveau is van een betrokken ecosysteem (zie J. NILSSON & P. GRENNFELT (eds.), *Critical loads for Sulphur and Nitrogen, UNECE/Nordic Council workshop report*, Sweden, Nordic Council of Ministers, Kopenhagen, 1988).

Voor de speciale beschermingszones zijn gegevens beschikbaar over de desbetreffende KDW's en de mate van overschrijding (indien dat het geval is) ervan (cf. PAS-gebiedsanalyses). Voor overige gebieden is een dergelijke oefening niet gemaakt. Dit belet niet dat de schadelijke gevolgen van stikstofdepositie op de natuur in het VEN niet in kaart kunnen worden gebracht.

Op dit vlak kan overigens volgende worden gesteld. Wanneer op basis van terreinbezoek wordt vastgesteld dat de feitelijke toestand van verschillende habitattypen beter is dan deze die volgt uit bestaande karteringen uit het verleden (bv. BWK 2004), kan – mits de nodige documentatie en onderbouwing – worden besloten dat de betrokken habitats zich hebben gehandhaafd en/of zijn uitgebreid of in kwaliteit zijn verbeterd sinds de laatste integrale kartering. In een dergelijk geval op gemotiveerde wijze worden besloten dat, gelet op de huidige kwaliteit van de habitattypen het uitgesloten is dat door een geringe bijdrage (ingevolge het voorgenomen project) een afname van de kwaliteit van deze habitattypen zal optreden. Een toepassing hiervan kan overigens worden gevonden in een arrest van de Nederlandse Raad van State (ABRVs) inzake de habitattoets: ABRVs 21 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3914.

Hoewel de habitattoets en de VEN-toets niet kunnen worden gelijkgesteld, geldt deze redenering onafhankelijk van het betrokken beschermingsstelsel: als er geen afname van de kwaliteit wordt vastgesteld, is er immers ook geen sprake van schade. Aangezien deze redenering uitgaat van een situatie waarin de KDW wordt overschreden, is er sprake van een *worst case* benadering. Ook bij het ontbreken van concrete informatie omtrent de KDW gaat deze redenering aldus op. Bovendien overlappen in een groot aantal gevallen beide gebieden met elkaar. In de parlementaire voorbereiding bij het Natuurdecreet werd er reeds op gewezen dat het evident is dat de internationaal beschermde gebieden (vogel- en habitatrictlijngebieden) deel uitmaken van het VEN of het IVON (*Parl.St.* VI.Parl. 1996-97, nr. 690/1, 13 en *Parl.St.* VI.Parl. 2008-09, nr. 2087/1, 5). Het afgebakende VEN omvat overigens ongeveer 55% van de habitatrictlijngebieden (*Parl.St.* VI.Parl. 2008-09, nr. 2087/1, 5).

3) Verhouding tot de soortentoets

Ook de aanwezige (avi)fauna behoort tot de actuele natuurwaarden van een VEN-gebied. Het ontbreken van een schadedrempel, maakt dat het in de praktijk een moeilijke oefening is om bv. bij de inplanting van windturbines – waar steeds een zeker aanvaringsrisico bestaat – de VEN-toets met succes te doorstaan.

Zo vernietigde de Raad van State in een arrest van 30 september 2021 een milieuvergunning voor een windturbinepark omdat uit het aanvraagdossier bleek dat het project schadelijke effecten ten opzichte van vleermuizen zou veroorzaken, maar dat deze effecten “eerder beperkt” zijn. De Raad oordeelde dat het gegeven dat de negatieve impact als niet-significant of niet betekenisvol wordt ingeschat in het kader van de VEN-toets niet ter zake doet, nu een dergelijke drempel niet in het decreet werd ingeschreven (RvS 30 september 2021, nr. 251.680, vzw Vogelbescherming Vlaanderen). Ook in een eerder arrest aanvaardde diezelfde Raad de stelling dat uit het vleermuizenonderzoek bleek dat “de aanvaringskans / het risico voor vleermuizen in de projectzone vrij beperkt zal zijn” niet als afdoende motivering in het kader van de VEN-toets (RvS 8 juni 2017, nr. 238.444, Ragolle).

Ook de aanleg van weginfrastructuur met de nodige verlichting in de nabijheid van VEN-gebieden is niet evident. Zo vernietigde de Raad voor Vergunningsbetwistingen een vergunning voor de aanleg van een fietspad omdat in het kader van de VEN-toets werd gesteld dat de schadelijke gevolgen voor

de aanwezige vleermuizen (verlichting) “niet betekenisvol” zijn, wat niet ter zake doet (RvVb 19 augustus 2021, nr. RvVb-A-2021-1292, vzw Bescherm Bomen en Natuur).

Van belang hierbij is dat de Raad voor Vergunningsbetwistingen niet lijkt te aanvaarden dat voor (bepaald aspecten) van de VEN-toets zomaar wordt verwezen naar de soortentoets (RvVb 9 augustus 2016, nr. RvVb/A/1516/1410, Vandendriessche).

Hoewel de soortentoets – mede in het licht van de afwijkingen die op basis van het Soortenbesluit mogelijk zijn – niet zomaar kan worden gelijkgesteld met de VEN-toets, zijn twee zaken van belang. Ten eerste is de Soortentoets ook van toepassing binnen de VEN-gebieden. Ten tweede kan het niet de bedoeling zijn om soorten te beschermen via de VEN-toets die geen bescherming genieten onder het Soortenbesluit. De VEN-toets openstellen voor alle soorten, impliceert immers dat ook bepaalde exoten, invasieve soorten of soorten die onder het jachtwild vallen een strikte bescherming zouden genieten, wat niet de bedoeling is.

4) Herstelbaarheid van de schade

Een ander knelpunt in de praktijk betreft de vraag naar herstelbaarheid. Hoe moet dit worden aangetoond, welke garanties moet de aanvrager bieden en binnen welke termijn moet dat herstel precies gebeuren? De regelgeving bevat daaromtrent geen aanknopingspunten. Het is in ieder geval vereist dat er voldoende zekerheid bestaat over het herstel.

Ook moet worden aangetoond dat het herstel effectief op de plaats van beschadiging zal plaatsvinden. Het volstaat derhalve niet om te stellen dat een gestorven exemplaar van een soort in het VEN gebied kan worden ingenomen door een ander exemplaar van deze soort, maar er moet eveneens concreet worden aangetoond dat dit herstel zich binnen het VEN-gebied zal voltrekken (RvVb 14 januari 2020, nr. RvVb-A-1920-0443, Van Cauwenberghe). Hoewel de rechtspraak spontaan herstel niet uitsluit, vereist men wel dat moet worden aangetoond dat het herstel effectief op de plaats van beschadiging zal plaatsvinden. Het zal dan ook aan de aanvrager toekomen om het nodige bewijs te leveren inzake het voltrekken van het herstel en de wijze waarop dat zal gebeuren.

In een aantal gevallen is de herstelbaarheid van de schade vrij eenvoudig te benaderen:

- Schade die bestaat uit permanent ruimtebeslag (bv. door aanleg van verharding, oprichten van constructies, uitvoeren van reliëfwijzigingen met oog op andere gebruiksfunctie (geen natuur), ...) is niet-herstelbaar. Er is in dat geval geen herstel meer mogelijk op de plaats van beschadiging met een kwantitatief en kwalitatief gelijkwaardige habitat zoals deze die er voor de beschadiging aanwezig was.
- Schade die bestaat uit tijdelijk ruimtebeslag (bv. door aanleg van werfweg, oprichting tijdelijke constructie, reliëfwijziging (met nadien een natuurfunctie), ...) is op zich genomen herstelbaar. In dat geval zal in de VEN-toets moeten worden aangetoond dat er op de plaats van beschadiging een herstel zal plaatsvinden met een kwantitatief en kwalitatief gelijkaardige habitat zoals deze die er voor de beschadiging aanwezig was.

In andere gevallen zal de oefening niet zo eenvoudig zijn. Bijvoorbeeld bij een tijdelijk permanente toename van atmosferische depositie of een verlaging van de grondwaterstand. Ook bij schade aan soorten zal het niet steeds even eenvoudig zijn om aan te tonen dat de schade zich zal herstellen (binnen hetzelfde VEN-gebied).

Tot slot kan er nog op worden gewezen dat in de parlementaire voorbereiding wordt aangegeven dat onder de onherstelbare schade de schade dient begrepen te worden die op de plaats van beschadiging niet zonder buitensporige kosten kan worden hersteld. De verwijzing naar buitensporige kosten betreft een loutere toepassing van het algemene principe dat voorwaarden of lasten die aan een vergunning worden gekoppeld niet disproportioneel moeten zijn. Het gaat dus om

de gevallen waarin de overheid een herstel zou opleggen. Wanneer de aanvrager zelf herstelmaatregelen voorstelt speelt deze vereiste dan ook niet, nu de aanvrager er blijkbaar zelf van uitgaat dat het gaat om proportionele maatregelen. Aangezien de proportionaliteit steeds geval per geval moet worden bekeken, is geopteerd dit niet uitdrukkelijk te regelen in dit besluit.

B. TOELICHTING BIJ DE ARTIKELEN

Artikel 1

Deze bepaling omvat een aantal definities:

- Schade wordt gedefinieerd als elke meetbare en aantoonbare aantasting van de actueel aanwezige natuur. De verduidelijking dat het moet gaan om meetbare en aantoonbare aantasting is er op gericht te vermijden dat elk effect als 'schade' zou worden gezien.

De aantasting moet ten eerste meetbaar zijn. Effecten die niet meetbaar zijn, vertonen geen causaal verband met een eventuele achteruitgang van de natuurwaarden in het VEN. Daarnaast moet de aantasting aantoonbaar zijn. Zo heeft een bijkomende stikstofdepositie op een gebied waar de kritische depositiewaarde (KDW) van de meest stikstofgevoelige natuurlijke habitats nog niet is overschreden, geen aantoonbare gevolgen voor de kwaliteit van de actueel aanwezige natuur. Maar ook in het geval de KDW wel reeds zou zijn overschreden, doch uit de historiek van het gebied blijkt dat de feitelijke toestand van verschillende habitattypen beter is dan deze die volgt uit bestaande karteringen uit het verleden, kan in bepaalde omstandigheden worden besloten dat er geen sprake is van een aantoonbaar effect.

- Voor het begrip soorten wordt verwezen naar soorten andere dan plantensoorten die zijn opgenomen in de categorieën 1, 2 of 3 van bijlage 1 van het Soortenbesluit. Op die wijze wordt een logische link gelegd tussen de regelgeving inzake gebiedsbescherming en deze inzake soortenbescherming. Het kan immers niet de bedoeling zijn om een strengere soortentoets in te voeren die enkel in VEN-gebieden zou gelden. Evenmin kan het de bedoeling zijn om een bescherming in het leven te roepen voor bepaalde exoten, invasieve soorten of soorten die onder het jachtwild vallen.

Artikel 2

Overeenkomstig artikel 26bis, §1, van het decreet wordt in een eerste lid bepaald dat bij een kans op schade aan natuur in het VEN het aan de aanvrager resp. melder toekomt om aan te tonen dat de activiteit geen schade zal veroorzaken aan de natuur in het VEN dan wel dat die schade herstelbaar is.

Deze kans bestaat wanneer het ruimtelijk bereik van de effecten van de voorgenomen activiteit reikt tot in het VEN of een invloed kan hebben op soorten die binnen dit gebied aantoonbare leefgebieden hebben. Belangrijk is dat dit slechts een indicatie betreft. Niet elk effect is immers een schadelijk effect. Het komt aan de aanvrager resp. melder toe om aan te tonen of dit al dan niet het geval is.

Het tweede lid bepaalt dat schade aan de natuur in het VEN kan bestaan uit:

- a) schade aan natuurlijke habitats die voorkomen in het VEN;
- b) schade aan een leefgebied van een soort dat voorkomt in het VEN

Voor de definities van voormelde begrippen kan worden verwezen naar artikel 2, 4° van het Natuurdecreet, waarin wordt verduidelijkt dat een natuurlijke habitat een geheel natuurlijke of halfnatuurlijke land- of waterzone met bijzondere geografische, abiotische en biotische kenmerken is. Een leefgebied van een soort wordt in voormelde bepaling omschreven als een door specifieke abiotische en biotische elementen bepaald natuurlijk milieu is waarin de soort tijdens een van de fasen van zijn biologische cyclus leeft. Daartoe behoren ook de woongebieden van een vogelsoort,

meer bepaald: de rustplaatsen in de trekzones, de voortplantings-, broed- en foerageergebieden alsook de rui- en overwinteringsgebieden.

Aangezien de bescherming van het VEN een algehele doelstelling van natuurbehoud beoogt en het natuurbehoud onder meer ziet op het streven naar en zo groot mogelijke biologische diversiteit in de natuur en naar ene gunstige staat van instandhouding van habitats en soorten (art. 2, 10° Natuurdecreet), is de terugkoppeling naar voormelde begrippen logisch.

Schade aan soorten moet, in het licht van de finaliteit van de VEN-toets (o.a. het criterium herstelbaarheid), niet worden beken op het niveau van het individu. Het individu geniet reeds een bescherming onder het Soortenbesluit en kan zowel binnen als buiten het VEN voorkomen, onafhankelijk waar dit individu zijn leefgebied heeft. Het leefgebied daarentegen is steeds duidelijk identificeerbaar en kan worden afgezet tegen de grenzen van het betrokken VEN-gebied. Bovendien is het zo dat het populatieniveau van een soort moeilijk te beoordelen is in functie van een mogelijk aantasting: niet alleen is dit moeilijk op te volgen, maar bovendien kan een populatie jaarlijks sterk verschillen op basis van natuurlijke fluctuaties en weersomstandigheden.

Concreet heeft het voorgaande tot gevolg dat elke handeling (ook deze buiten het VEN) die een aantasting kan veroorzaken aan het leefgebied binnen het betrokken VEN als schadelijk wordt gekwalificeerd en er derhalve moet worden nagegaan of de schade aan het leefgebied herstelbaar is. Schade aan het individu valt binnen het Soortenbesluit. Ook wanneer er schadelijke effecten zijn voor leefgebieden buiten het VEN (bv. foerageergebied van een soort die hoofdzakelijk binnen het VEN voorkomt), valt dit binnen het toepassingsgebied van de soortentoets en niet van de VEN-toets: het gedeelte van het leefgebied dat wordt aangetast bevindt zich immers niet binnen het VEN.

In een derde lid van deze bepaling wordt verder verduidelijkt dat handelingen die in functie staan van het beheer van het betrokken VEN-gebied nooit worden geacht schadelijke gevolgen te hebben. Dergelijke handelingen staan immers in functie van de instandhouding dan wel de ontwikkeling van de natuur in het VEN.

Artikel 3

Bij het beoordelen van de schade is het mogelijk rekening te houden met milderende maatregelen, zoals een geluidscherm of een stilstand-systeem (windturbines). Ook maatregelen die er ervoor zorgen dat het duurzaam ecologisch functioneren van de betrokken rust- en/of voortplantingsplaatsen kan gehandhaafd blijven, kunnen in aanmerking worden genomen.

Daarnaast kan ook rekening worden gehouden met maatregelen die zijn opgenomen in bestaande plannen of programma's die betrekking hebben op het natuurbehoud, zoals de natuurrichtplannen (art. 2,39° Natuurdecreet), de soortenbeschermingsprogramma's (art. 2,68° Natuurdecreet), de natuurbeheerplannen (hoofdstuk IV, Afdeling 2 Natuurdecreet) en de programmatische aanpak (art. 50ter, § 4 Natuurdecreet).

De effecten van uitgevoerde of in uitvoering zijnde maatregelen vervat in deze plannen of programma's kunnen immers een milderend effect hebben zodanig dat er geen sprake is van schade of dat in elk geval die schade herstelbaar is. Dit dient *in concreto* te worden beoordeeld in het licht van de specifieke aard en omvang van de (potentieel) schadelijke activiteit. Het gaat overigens om alle mogelijke plannen en programma's die (geheel of deels) betrekking hebben op het natuurbehoud. De verwijzing naar richtlijnplannen, natuurbeheerplannen enz., is dus niet-limitatief.

Op die manier is het duidelijk dat ook maatregelen die kaderen binnen de programmatische aanpak inzake stikstof, zoals definitief vastgesteld op 10 maart 2023, een rol kunnen spelen bij het beoordelen van de schade en de herstelbaarheid ervan. Hoewel de VEN-toets niet zomaar gelijk kan worden gesteld met de passende beoordeling, moet wel worden vastgesteld dat beide gebiedsaanduidingen in een groot aantal gevallen met elkaar overlappen en in de parlementaire voorbereiding bij het Natuurdecreet er reeds op is gewezen dat het evident is dat de internationaal beschermde gebieden

(vogel- en habitatrictlijngebieden) deel uitmaken van het VEN of het IVON (*Parl.St.* VI.Parl. 1996-97, nr. 690/1, 13 en *Parl.St.* VI.Parl. 2008-09, nr. 2087/1, 5).

Artikel 4

In de eerste paragraaf wordt verduidelijkt dat het – in geval van onvermijdbare schade – aan de aanvrager toekomt om aan te tonen dat de schade herstelbaar is. Kan de aanvrager dit niet aantonen, dan dient de vergunning worden geweigerd (behoudens het geval er gebruik wordt gemaakt van de afwijkingsprocedure zoals vervat in art. 26, § 3 van het decreet).

De tweede paragraaf gaat in op de termijn waarbinnen het herstel moet plaatsvinden. Concreet wordt ervan uitgegaan dat het herstel binnen een zo kort mogelijke termijn moet plaatsvinden. Zo niet, is de schade onherstelbaar. Dit zal concreet moeten worden beoordeeld, maar is uiteraard afhankelijk van de projectgebonden situatie, de grootte en complexiteit van een project en desgevallend van de uitvoerings- en vervaltermijnen van een (omgevings)vergunning.

Hierbij wordt bij wijze van voorbeeld opgemerkt dat een termijn vier jaar wordt gehanteerd om uit te maken of er sprake is van tijdelijk habitatsverlies (<4 jaar) dan wel definitief habitatverlies (>4 jaar). De periode van vier jaar betreft de tijd die noodzakelijk is om de abiotische of milieuomstandigheden te herstellen na een eenmalige ingreep (bv. het reliëf of de topografie, de waterhuishouding, het verwijderen van materiaal,...) en voor het actief herstellen van de vegetatie door een gericht herstelbeheer, eventueel in combinatie met het opbrengen van zaden, maaisel of bodem of het herintroduceren van een soort.

De overige paragrafen behoeven geen toelichting.

Artikel 5

Dit artikel bevat de bepalingen inzake de methodiek die moet worden gehanteerd bij het beoordelen van de schade en de herstelbaarheid ervan.

Belangrijk is dat 3° van de eerste paragraaf duidelijk maakt dat bij de beoordeling van de eventuele schade aan de natuur in het VEN niet enkel rekening kan worden gehouden met bepaalde milderende maatregelen (zie supra), maar tevens met beheermaatregelen (voor zover het gaat om de continuering van reeds uitgevoerde, bestaande en in voering zijnde maatregelen), alsook met de natuurlijke dynamiek in het betrokken VEN-gebied:

- Beheermaatregelen, wanneer het gaat om de continuering van reeds uitgevoerde, bestaande en in voering zijnde maatregelen, kunnen worden meegenomen in de beoordeling. Dergelijke beheermaatregelen maken immers deel uit van de referentiesituatie van het gebied.

Het gaat ook om maatregelen die zijn opgenomen in bestaande plannen of programma's, vermeld in artikel 3.

- Wat de natuurlijke dynamiek betreft, kan bijvoorbeeld worden gewezen op de problematiek inzake stikstofdepositie. Wanneer een project tot een stikstofdepositie leidt op daarvoor gevoelige habitattypes waarvoor de KDW reeds wordt overschreven, dienen de gevolgen van die toename te worden onderzocht. In het geval er op basis van terreinbezoek wordt vastgesteld dat de feitelijke toestand van verschillende habitattypen beter is dan deze die volgt uit bestaande vaststellingen of karteringen uit het verleden (bv. BWK 2004), kan – mits de nodige documentatie en onderbouwing – worden besloten dat de betrokken habitats zich hebben gehandhaafd en/of zijn uitgebreid of in kwaliteit zijn verbeterd sinds de laatste integrale kartering. In een dergelijk geval op gemotiveerde wijze worden besloten dat, gelet op de huidige kwaliteit van de habitattypen het uitgesloten is dat door een geringe bijdrage (ingevolge het voorgenumen project) een afname van de kwaliteit van deze habitattypen zal optreden.

De tweede en derde paragraaf bepalen dat het Agentschap voor Natuur en Bos advies dient te verlenen omtrent de gemaakte beoordeling en dat de bevoegde overheid – naar analogie met artikel 4.3.3 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening – voldoende rekening moet houden met het advies van het Agentschap. Indien er maatregelen worden voorgesteld die op gericht zijn om schadelijk effecten te voorkomen respectievelijk om de schade aan de natuur in het VEN te herstellen is de bevoegde overheid, indien zij van oordeel is dat de aanvraag voor vergunning in aanmerking komt, ertoe gehouden deze maatregelen als voorwaarde op te nemen in de vergunning.

Artikel 6

Deze bepaling regelt de inwerkingtreding van het besluit in verhouding tot de (lopende) vergunningsaanvragen of meldingen. Gelet op het principe van de niet-terugwerkende kracht van de regelgeving en het rechtszekerheidsbeginsel wordt de nieuwe regeling enkel van toepassing verklaard op de nieuwe vergunningsaanvragen of meldingen die worden ingediend vanaf de datum van inwerkingtreding ervan.

3. BESTUURLIJKE IMPACT

A. BUDGETTAIRE IMPACT VOOR DE VLAAMSE OVERHEID

Dit voorstel heeft geen financiële impact. De Inspectie van Financiën verleende op 12 juni 2023 een onvoorwaardelijk gunstig advies. Het akkoord van de minister van begroting is niet vereist.

B. ESR-TOETS

Niet van toepassing.

C. IMPACT OP HET PERSONEEL VAN DE VLAAMSE OVERHEID

Dit voorstel heeft geen impact op het personeel van de Vlaamse overheid.

D. IMPACT OP DE LOKALE EN PROVINCIALE BESTUREN

Dit voorstel heeft geen impact op lokale en provinciale besturen.

4. VERDER TRAJECT

Het advies van de strategische adviesraden wordt opgevraagd.

5. VOORSTEL VAN BESLISSING

De Vlaamse Regering beslist:

- 1° haar principiële goedkeuring te geven aan het bijgaande voorontwerp van besluit van de Vlaamse Regering over de beoordeling van schade aan de natuur in het Vlaams Ecologisch Netwerk;
- 2° de Vlaamse minister, bevoegd voor de omgeving,
 - a) te gelasten over voornoemd voorontwerp van besluit het advies in te winnen van de Milieu-en Natuurraad van Vlaanderen (Minaraad), met verzoek het advies mee te delen binnen een termijn van dertig dagen;
 - b) te machtigen te beoordelen of het advies, vermeld in punt a), aanleiding kan geven tot aanpassing van de heden door de Vlaamse Regering principieel goedgekeurde tekst;
 - c) te gelasten over het voormelde voorontwerp van besluit het advies in te winnen van de afdeling Wetgeving van de Raad van State, met verzoek het advies mee te delen binnen een termijn van dertig dagen, zoals bepaald in artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State als de Vlaamse minister oordeelt dat het advies, vermeld in punt a), geen aanleiding geeft tot aanpassing van de heden door de Vlaamse Regering principieel goedgekeurde tekst.

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

Zuhal DEMIR

Bijlagen:

- het principieel goed te keuren ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering;
- De nota Vlaamse Regering bij het ontwerp van besluit;
- het advies van de Inspectie van Financiën d.d. 12 juni 2023.