



# RAAD VAN STATE

## afdeling Wetgeving

advies 74.786/1  
van 29 november 2023

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘over de  
beoordeling van schade aan de natuur in het Vlaams Ecologisch  
Netwerk’

Op 30 oktober 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Justitie en Handhaving, Omgeving, Energie en Toerisme verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘over de beoordeling van schade aan de natuur in het Vlaams Ecologisch Netwerk’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 23 november 2023. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Brecht STEEN en Tim CORTHAUT, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Benjamin MEEUSEN, adjunct-auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 29 november 2023.

\*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

### STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2.1. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt tot uitvoering van de artikelen 26*bis*, §§ 1 en 2, van het decreet van 21 oktober 1997 ‘betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu’ (verder: Natuurdecreet). Deze bepalingen bevatten de basisregels van de zogenaamde “VEN-toets”, op basis waarvan een overheid geen toestemming of vergunning mag verlenen voor een activiteit die onvermijdbare en onherstelbare schade kan veroorzaken aan de natuur in het Vlaams Ecologisch Netwerk (VEN).

2.2. Met dit ontwerp van besluit wil de Vlaamse Regering vorm geven aan een kader voor de beoordeling van de schade in het kader van de VEN-toets.

Artikel 2 van het ontwerp definieert wat moet worden begrepen onder het “schadebegrip” in het kader van de VEN-toets.

Artikel 3 bevat de elementen waarmee de aanvrager rekening moet houden om de schade te beoordelen.

Artikel 4 bepaalt onder welke voorwaarden de schade als herstelbaar kan worden beschouwd.

Artikel 5 bevat de elementen waaruit de beoordeling door de overheid in het kader van de VEN-toets minstens moet bestaan.

Artikel 6 bepaalt, bij wijze van overgangsregeling, op welke vergunningsaanvragen of meldingen de ontworpen regeling van toepassing zal zijn.

3. Luidens de rubriek “Rechtsgronden” van de aanhef, wordt voor het ontwerp rechtsgrond gezocht in artikel 26*bis*, §§ 1 en 3, van het Natuurdecreet.

3.1.1. Voor de meeste bepalingen van het ontwerp kan in beginsel rechtsgrond worden gevonden in artikel 26*bis*, § 1, derde lid, van het Natuurdecreet, dat luidt als volgt:

“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.”

3.1.2. Er dient evenwel een voorbehoud te worden gemaakt in zoverre artikel 1, 2°, van het ontwerp het begrip schade omschrijft als ‘elke meetbare en aantoonbare aantasting van de actueel aanwezige natuur’ en artikel 2, tweede lid, van het ontwerp, bepaalt waaruit de schade aan de natuur kan bestaan.

Artikel 26*bis*, § 1, derde lid, van het Natuurdecreet machtigt de Vlaamse Regering weliswaar om te bepalen “hoe moet aangetoond worden” dat een activiteit geen onvermijdbare en

onherstelbare schade veroorzaakt aan de natuur in het VEN, maar niet om het schadebegrip zelf nader te bepalen. De vereiste dat de schade meetbaar en aantoonbaar moet zijn en het limitatief bepalen van de gevallen waaruit schade aan de natuur kan bestaan, lijken precies het schadebegrip zoals het in artikel 26bis, § 1, van het Natuurdecreet ligt besloten en zoals het wordt geïnterpreteerd in rechtspraak en rechtsleer, te beperken. De gemachtigde verschafte immers de volgende toelichting:

“Van zodra de kans bestaat dat de activiteit een meetbare en aantoonbare aantasting van de actueel aanwezige natuur in het VEN kan veroorzaken, moet een VEN-toets worden uitgevoerd. Vervolgens dient in de VEN-toets zelf te worden beoordeeld of er effectief sprake is van een meetbare en aantoonbare aantasting van de actueel aanwezige natuur.”

Volgens rechtspraak en rechtsleer volgt uit de tekst van artikel 26bis, § 1, van het Natuurdecreet nochtans dat elke kans op onvermijdbare en onherstelbare schade er toe moet leiden dat een activiteit geen doorgang kan vinden, een principe dat voortvloeit uit het zogenaamde voorzorgsbeginsel.<sup>1</sup> Het gevolg daarvan is dat een verzoekende partij die de toelating voor een activiteit betwist in een administratief of jurisdictioneel beroep, niet *in concreto* moet aantonen of er al dan niet sprake van schade kan zijn.<sup>2</sup> In zoverre de vereisten dat de aantasting van de actueel aanwezige natuur meetbaar en aantoonbaar is en de beperkende omschrijving waaruit schade aan de natuur kan bestaan, tot gevolg kunnen hebben dat een activiteit voortaan toch doorgang kan vinden wanneer de kans bestaat dat een activiteit leidt tot een vorm van onvermijdbare en onherstelbare schade die niet kan worden beschouwd als meetbare en aantoonbare schade in de zin van de ontworpen regeling, wordt door de Vlaamse Regering een nieuwe invulling gegeven aan het schadebegrip in artikel 26bis, § 1, van het Natuurdecreet, waarvoor geen rechtsgrond voorhanden is.

Een dergelijke regeling waarbij het schadebegrip wordt beperkt, lijkt overigens ook op gespannen voet te staan met het *standstill*-beginsel dat voortvloeit uit artikel 23 van de Grondwet. Als bepaalde activiteiten die onder de huidige regeling als onvermijdbare en onherstelbare schade moeten worden bestempeld, onder de ontworpen regeling mogelijk niet langer als onvermijdbare en onherstelbare schade worden beschouwd, kan dit leiden tot een aanzienlijke achteruitgang van het beschermingsniveau, waarvoor niet meteen een reden wordt aangevoerd die verband houdt met het algemeen belang.

---

<sup>1</sup> Zie in dat verband de rechtspraak van de Raad voor Vergunningsbetwistingen, bv. RvVb 9 januari 2018, nr. RvVb/A/1718/0403, 3, “Terwijl er voor de habitattoets uit artikel 36ter Natuurdecreet sprake moet zijn van een ‘betekenisvolle’ aantasting of anders gezegd ‘significante negatieve effecten’, voorziet artikel 26bis Natuurdecreet niet in een expliciete schadedrempel. Elke vorm van onvermijdbare en onherstelbare schade moet in beginsel worden uitgesloten, wat inhoudt dat een kans op onvermijdbare en onherstelbare schade voldoende is om een vergunning te weigeren.” Zie ook P. DE SMEDT, e.a., “[Vlaams Ecologisch Netwerk] De VEN-toets: nooit terug van weggeweest”, *Tijdschrift voor Milieurecht* 2023, (221) 229.

<sup>2</sup> Zie in dat verband bv. RvS 13 november 2014, nr. 229.129, Ragolle, 10, “Het is niet aan de verzoekende partijen aan te tonen dat er onvermijdbare en onherstelbare schade zou zijn. Uit de decretale tekst blijkt dat alleen reeds de kans op onvermijdbare en onherstelbare schade voldoende is om een vergunning te weigeren. Er mag dienaangaande dan ook geen onzekerheid bestaan. Het komt de vergunningverlenende overheid bijgevolg toe dit uitdrukkelijk in haar beslissing te motiveren, temeer wanneer - zoals in het huidige geval - deze problematiek in het beroepschrift expliciet wordt aangekaart.” Zie ook L. DE BRUCKER, *De vergunning van windturbines in het Vlaamse Gewest*, Morsel, Intersentia, 2021, 685.

Om deze redenen kunnen de artikelen 1, 2<sup>o</sup> en 2, tweede lid, van het ontwerp geen doorgang vinden.

3.2. Artikel 26*bis*, § 3, van het Natuurdecreet, strekt het ontwerp niet tot rechtsgrond, aangezien geen enkele bepaling van het ontwerp betrekking heeft op de situatie waarbij activiteiten die onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kunnen veroorzaken toch worden toegelaten of uitgevoerd om dwingende redenen van groot openbaar belang.

3.3. Artikel 5, § 3, van het ontwerp, dat niet nader bepaalt hoe moet aangetoond worden dat een activiteit geen onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken, bevat een nadere regeling met betrekking tot het inwinnen van het advies van het Agentschap Natuur en Bos. Daarvoor kan, zoals de gemachtigde bevestigde, rechtsgrond worden gevonden in artikel 26*bis*, § 2, van het Natuurdecreet.

## ONDERZOEK VAN DE TEKST

### De aanhef

4. Gelet op wat hiervoor werd opgemerkt over de rechtsgrond, formuleer men het eerste streepje van de rubriek “Rechtsgronden” als volgt:

“- het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu, artikel 26*bis*, §§ 1 en 2, ingevoegd bij het decreet van 19 juli 2002”.

### Artikel 5

5.1. Uit artikel 5, § 2, 3<sup>o</sup>, c), van het ontwerp volgt dat de overheid<sup>3</sup> bij de beoordeling van de schade rekening kan houden met de natuurlijke dynamiek van het VEN-gebied in kwestie. In dat verband wordt in de nota aan de Vlaamse Regering als volgt verwezen naar 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 [kan] op gemotiveerde wijze worden besloten dat, gelet op de huidige kwaliteit van de habitattypen het uitgesloten is dat door een geringe

---

<sup>3</sup> Overigens wordt de aanvrager in artikel 3, 2<sup>o</sup>, van het ontwerp ook reeds in zijn aanvraag uitgenodigd om rekening te houden met de effecten, waaronder een vastgestelde neerwaartse trend, van uitgevoerde of in uitvoering zijnde maatregelen die zijn opgenomen in de volgende bestaande plannen of programma's, als dat plan of programma dan wel de maatregelen die erin opgenomen zijn, een impact hebben op het VEN-gebied waarop de activiteit betrekking heeft.

bijdrage (ingevolge het voorgenomen project) een afname van de kwaliteit van deze habitattypen zal optreden.”

Dienaangaande preciseerde de gemachtigde nog het volgende:

“In die VEN-toets zal moeten worden onderzocht of de bijkomende stikstofdepositie, hoe gering die ook is, schade kan toebrengen aan de natuur in het VEN. Dat vergt een concrete ecologische beoordeling, waarbij o.a. rekening kan worden gehouden met de natuurlijke dynamiek van het betrokken gebied. Dat is geval per geval te bekijken. Als uit die beoordeling blijkt dat de bijkomende depositie leidt tot een achteruitgang van de natuurlijke kwaliteit van de natuur in het VEN, dan is er sprake van schade en zal de vergunning of toestemming – voor zover de schade niet herstelbaar is – moeten worden geweigerd.”

Een dergelijke benadering staat mogelijk op gespannen voet met het feit dat krachtens artikel 26bis, § 1, van het Natuurdecreet een minimale kans op onherstelbare en onvermijdbare schade reeds moet leiden tot de weigering van een activiteit. Het ligt namelijk besloten in de wetenschappelijke definitie van “kritische depositiewaarden” (KDW) dat dit begrip betrekking heeft op een grens waarboven het risico bestaat dat de kwaliteit van het habitat negatief wordt beïnvloed als gevolg van de verzurende en/of vermestende invloed van atmosferische stikstofdepositie. In dat verband kan worden gewezen op het advies van de afdeling Wetgeving over het voorstel van decreet ‘over de programmatische aanpak stikstof’, en dan met name wat betreft het gebruik van drempelwaarden voor stikstofdepositie:

“Wel houdt de overschrijding van de kritische depositiewaarde het vermoeden in zich dat de bijkomende depositie schade kan veroorzaken. Als de kritische depositiewaarde wordt overschreden, dan is het optreden van schade vanwege een overbelasting door stikstof mogelijk (Advies startopdrachten PAS-panel, 36). Overschrijding van deze waarde betekent dan ook niet dat vaststaat dat een aantasting van de kwaliteit van een habitatype plaatsvindt, maar uitsluitend dat de mogelijkheid van een aantasting niet zonder meer afwezig is (ABRvS 21 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3914)

(...) Aangezien de kritische depositiewaarde, overeenkomstig artikel 2, 15°, van het voorstel, de grens is ‘waarboven het risico bestaat dat de kwaliteit van het habitatype significant wordt aangetast door de eutrofiërende of verzurende invloed van atmosferische stikstofdepositie’, is in zo’n geval niet aan te nemen dat bij een positieve impactscore, zelfs onder een lage drempelwaarde, op voorhand kan worden gegarandeerd dat er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel bestaat dat het plan of project geen schadelijke gevolgen heeft voor of tot een betekenisvolle aantasting leidt van de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied.<sup>4,5</sup>

---

<sup>4</sup> Voetnoot 48 van het aangehaalde advies: Er is in ieder geval niet voldaan aan wat in de toelichting bij het voorstel, pagina 14, wordt geciteerd uit de passende beoordeling van de PAS: “De automatische vrijstelling van passende beoordeling (PB) voor projecten onder de drempels voor de voortoets kan enkel gunstig beoordeeld worden als kan aangetoond worden dat deze vrijstelling de realisatie van de instandhoudingsdoelstellingen niet in het gedrang brengt. Meer concreet betekent dit dat de automatische vrijstelling van PB voor projecten onder de *de minimis* op zich niet mogen zorgen voor een overschrijding van de KDW wanneer deze nog niet overschreden is. Indien een dalende trend in deposities vereist is (bij overschrijding van de KDW) mag de automatische vrijstelling van PB voor projecten onder de *de minimis* deze dalende trend niet hypothekeren.”

<sup>5</sup> Adv.RvS 74.348/1 van 2 oktober 2023 over een voorstel van decreet ‘over de programmatische aanpak stikstof’ (Parl.St. VI.Parl. 2022-23, nr. 1801/3).

Omdat de overschrijding van de KDW steeds leidt tot een kans op schade aan de natuur van het betrokken VEN-gebied, kan de ontworpen bepaling in het licht van het voorzorgsbeginsel vervat in artikel 26*bis* van het Natuurdecreet niet zo begrepen worden dat een activiteit die leidt tot een bijkomende stikstofdepositie zonder meer toelaatbaar zou zijn als die activiteit zal leiden tot een totale depositiewaarde die lager is dan voorheen als gevolg van een positieve evolutie van de kwaliteit van een VEN-gebied terwijl de KDW nog steeds overschreden wordt. Nog steeds zal moeten worden aangetoond dat de kans op schade die de activiteit veroorzaakt (wat precies blijkt uit de overschrijding van de KDW) vermijdbaar of herstelbaar is.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME