

Rolnummer 6930
Arrest nr. 103/2019 van 27 juni 2019

A R R E S T

In zake : de prejudiciële vraag over artikel 26*bis* van het decreet van het Vlaamse Gewest van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu, gesteld door de Raad voor Vergunningsbetwistingen.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters A. Alen en F. Daoût, en de rechters L. Lavrysen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke en P. Nihoul, bijgestaan door de griffier F. Meersschaut, onder voorzitterschap van voorzitter A. Alen,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. Onderwerp van de prejudiciële vraag en rechtspleging

Bij arrest van 8 mei 2018 in zake H. V.C. tegen de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar van het agentschap Ruimte Vlaanderen, waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 23 mei 2018, heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Schendt artikel 26*bis* van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in de mate dat voormeld artikel zo moet uitgelegd worden dat deze bepaling geen beoordelingsvrijheid voor de rechter of een grenswaarde zou toelaten en er zich tegen verzet dat er een vergunning wordt verleend voor activiteiten die, rekening houdende met de milderende maatregelen, slechts zeer beperkte of niet-betekenisvolle negatieve effecten kunnen hebben op de natuur in een VEN-gebied, terwijl overeenkomstig artikel 36*ter* van hetzelfde decreet in de speciale beschermingszones aangeduid in het kader van de Habitat- en Vogelrichtlijn slechts een principiële verbod bestaat om een vergunning te verlenen ingeval er sprake is van een ‘ betekenisvolle aantasting ’ van de natuurlijke kenmerken van de speciale beschermingszone ? ».

Memories zijn ingediend door :

- H. V.C., bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. J. Beelyn en Mr. M. Gees, advocaten bij de balie van West-Vlaanderen;

- de nv « Aspiravi », bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. G. Verhelst, advocaat bij de balie te Antwerpen;

- de Vlaamse Regering, bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. J. Vanpraet en Mr. Y. Peeters, advocaten bij de balie van West-Vlaanderen.

De nv « Aspiravi » heeft ook een memorie van antwoord ingediend.

Bij beschikking van 20 maart 2019 heeft het Hof, na de rechters-verslaggevers L. Lavrysen en J.-P. Snappe te hebben gehoord, beslist dat de zaak in staat van wijzen is, dat geen terechtzitting zal worden gehouden, tenzij een partij binnen zeven dagen na ontvangst van de kennisgeving van die beschikking een verzoek heeft ingediend om te worden gehoord, en dat, behoudens zulk een verzoek, de debatten zullen worden gesloten op 24 april 2019 en de zaak in beraad zal worden genomen.

Ingevolge het verzoek van een partij om te worden gehoord, heeft het Hof bij beschikking van 24 april 2019 de dag van de terechtzitting bepaald op 15 mei 2019.

Op de openbare terechtzitting van 15 mei 2019 :

- zijn verschenen :

. Mr. M. Gees, tevens *loco* Mr. J. Beelyn, voor H. V.C.;

. Mr. I. De Cleen, advocaat bij de balie te Antwerpen, *loco* Mr. G. Verhelst, voor de nv « Aspiravi »;

. Mr. B. Van den Berghe, advocaat bij de balie van West-Vlaanderen, *loco* Mr. J. Vanpraet, voor de Vlaamse Regering;

- hebben de rechters-verslaggevers L. Lavrysen en J.-P. Snappe verslag uitgebracht;
- zijn de voornoemde advocaten gehoord;
- is de zaak in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. *De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschied*

H. V.C. heeft bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen een beroep tot vernietiging ingediend tegen de beslissing van de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar van 28 oktober 2016 die aan de nv « Aspiravi » een stedenbouwkundige vergunning verleent voor de bouw van een windmolenpark, dat gedeeltelijk in landschappelijk waardevol agrarisch gebied en gedeeltelijk in agrarisch gebied is gelegen. De verzoeker voert onder meer de schending aan van artikel 26*bis* van het decreet van het Vlaamse Gewest van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu. Hij is van oordeel dat niet is voldaan aan de verscherpte natuurtoets, vervat in die bepaling. Op verzoek van de tussenkomenende partij, de nv « Aspiravi », stelt de Raad voor Vergunningsbetwistingen de aangehaalde prejudiciële vraag.

III. *In rechte*

- A -

A.1. De Vlaamse Regering onderzoekt allereerst de precieze draagwijdte van artikel 26*bis* van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat die bepaling betrekking heeft op onvermijdbare schade die tevens 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 de beschadiging met een kwantitatief en kwalitatief soortgelijke habitat als degene die vóór de beschadiging bestond. Het moet dus niet vaststaan dat de habitat na het herstel identiek is. Daarenboven is niet van belang of de schade beperkt dan wel betekenisvol is, voor zover redelijkerwijze kan worden aangenomen dat de schade herstelbaar is. De prejudiciële vraag gaat dus uit van de verkeerde rechtsopvatting dat geen vergunning mogelijk is voor activiteiten die slechts zeer beperkte of niet-betekenisvolle negatieve effecten kunnen hebben op de natuur in het Vlaams Ecologisch Netwerk (VEN).

Voorts merkt de Vlaamse Regering op dat de in het geding zijnde bepaling een andere finaliteit heeft dan artikel 36*ter* van het voormelde decreet. De zogenaamde VEN-toets, in de eerstgenoemde bepaling, beoogt op algemene wijze de natuur in de VEN-gebieden te beschermen. De zogenaamde habitat-toets, in de laatstgenoemde bepaling, beoogt in de speciale beschermingszones de specifieke « natuurlijke kenmerken » van die zones te beschermen en is bedoeld om de duurzame instandhouding van specifieke habitats en soorten te waarborgen. Het gaat bijgevolg om onderscheiden instrumenten, die geen vergelijkbare categorieën betreffen. Minstens bestaat er een redelijke verantwoording voor het verschil in behandeling, in het licht van de verschillende finaliteit van beide instrumenten. Bovendien beschikt de overheid bij de VEN-toets net zoals bij de habitat-toets over een beoordelingsbevoegdheid *in concreto* wanneer zij dient vast te stellen of een activiteit

onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in een VEN-gebied kan veroorzaken. In de uitoefening van zijn wettigheidstoezicht beschikt de Raad voor Vergunningsbetwistingen vervolgens over de bevoegdheid om na te gaan of de overheid in redelijkheid heeft kunnen beslissen dat de onvermijdbare schade herstelbaar is.

A.2. Ook de verzoekende partij voor de verwijzende rechter is van oordeel dat er geen vergelijkbare categorieën voorhanden zijn, aangezien de VEN-toets en de habitat-toets elk een andere bescherming bieden voor een ander soort beschermde natuur. De VEN-toets beoogt de maximale bescherming van een VEN-gebied, terwijl de habitat-toets de betekenisvolle aantasting van de instandhoudingsdoelstellingen voor een speciale beschermingszone beoogt te vermijden. In vele gevallen zal er bovendien een overlapping zijn tussen een VEN-gebied en een speciale beschermingszone, zodat er een cumulatieve toepassing is van beide regelingen. De verschillende finaliteit volstaat om de prejudiciële vraag negatief te beantwoorden.

In ondergeschikte orde meent de verzoekende partij voor de verwijzende rechter dat het verschil in behandeling verantwoord is. De decreetgever streeft met de in het geding zijnde bepaling een wettig doel na, namelijk het vermijden van onherstelbare schade aan de natuur. Het onderscheid steunt op een objectief en pertinent criterium, namelijk de natuurtoets in een VEN-gebied of een speciale beschermingszone. Bovendien is het verschil in behandeling evenredig, rekening houdend met de reeds vermelde finaliteit.

A.3. De tussenkomende partij voor de verwijzende rechter is van oordeel dat de in het geding zijnde bepaling, in de interpretatie voorgelegd door de verwijzende rechter, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt in zoverre zij geen drempel zou bevatten inzake de graad van aantasting van de natuurlijke kenmerken van het VEN. De beschermingsregelingen die voor het VEN en voor de speciale beschermingszone in het leven werden geroepen, beogen beide de vrijwaring van bepaalde natuurwaarden en het tot stand brengen van ecologische netwerken. Die gelijklopende doelstellingen komen tot uiting in een soortgelijke natuurtoets voor activiteiten die een vergunning vereisen. De rechtspraak toont zich evenwel strenger in de toepassing van de VEN-toets, dan in de toepassing van de habitat-toets.

Door de rigide interpretatie van de VEN-toets door de Raad van State en de verwijzende rechter is het eenvoudiger om een vergunning te krijgen voor de bouw en exploitatie van een windmolenpark in of nabij een speciale beschermingszone dan in of nabij het VEN, omdat de habitat-toets enkel rekening houdt met betekenisvolle effecten. Voor dat verschil in behandeling is geen redelijke verantwoording voorhanden. Minder beschermingswaardige gebieden zouden beter beschermd worden dan de belangrijkste Europese natuurgebieden. Wanneer een activiteit slechts beperkte en niet-betekenisvolle effecten kan hebben op de natuur in een VEN-gebied, verzet het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie zich ertegen dat die effecten moeten leiden tot weigering van de gevraagde vergunning. De in het geding zijnde bepaling zou zich evenwel ook lenen tot een minder rigide interpretatie, volgens welke de vergunningverlenende overheid enkel rekening dient te houden met betekenisvolle effecten.

- B -

B.1. Het Vlaams Ecologisch Netwerk (VEN) is een samenhangend en georganiseerd geheel van gebieden van de open ruimte 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 (artikel 17, § 1, van het decreet van het Vlaamse Gewest van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu).

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 26*bis*).

Die laatste maatregel is het onderwerp van de prejudiciële vraag. Hij houdt in dat de overheid voor een activiteit die onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken, geen toestemming of vergunning mag verlenen (artikel 26*bis*, § 1, eerste lid), behalve om dwingende redenen van groot openbaar belang (artikel 26*bis*, § 3).

B.2. De verwijzende rechter interpreteert artikel 26*bis*, § 1, eerste lid, van het decreet van 21 oktober 1997 zo dat de overheid geen toestemming of vergunning mag verlenen voor activiteiten die negatieve effecten kunnen hebben op de natuur in een VEN-gebied, zelfs indien het gaat om niet-betekenisvolle negatieve effecten.

Hij vergelijkt die bepaling met artikel 36*ter* van hetzelfde decreet, dat betrekking heeft op de speciale beschermingszones. Dat zijn door de Vlaamse Regering aangewezen gebieden met toepassing van de Vogelrichtlijn (richtlijn 79/409/EEG van de Raad van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand, inmiddels vervangen door de richtlijn 2009/147/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 november 2009 inzake het behoud van de vogelstand), of de Habitatrictlijn (richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna). Die gebieden vormen binnen het grondgebied van de Europese Unie een ecologisch netwerk dat bekendstaat onder de naam « Natura 2000 ». De overheid mag op grond van artikel 36*ter* een vergunning slechts toestaan indien de uitvoering van de voorgenomen activiteit « geen betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van de betrokken speciale beschermingszone kan veroorzaken ».

De aanvragers van een vergunning worden aldus verschillend behandeld naargelang hun aanvraag activiteiten betreft in het VEN of in een speciale beschermingszone. In beide gevallen gaat het om een gebiedsgerichte natuurtoets. In het eerste geval, bij toepassing van de VEN-toets, zou de minste schade aan de natuur tot gevolg hebben dat de aanvraag wordt afgewezen. In het tweede geval, bij toepassing van de habitat-toets, heeft enkel een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van het gebied hetzelfde gevolg.

Het verschil in behandeling bestaat enkel indien de speciale beschermingszone niet in het VEN is gelegen. Indien dat wel het geval is, dient de strengere VEN-toets immers in beide gevallen te worden toegepast. Het Hof onderzoekt de prejudiciële vraag bijgevolg in de hypothese dat de speciale beschermingszone geen deel uitmaakt van het VEN.

B.3.1. Artikel 26bis, § 1, eerste lid, van het decreet van 21 oktober 1997 bepaalt :

« De overheid mag geen toestemming of vergunning verlenen voor een activiteit die onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken ».

Die bepaling werd ingevoegd bij decreet van 19 juli 2002. 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 (bvb. 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.*, Vlaams Parlement, 2001-2002, nr. 967/1, p. 17).

B.3.2. Artikel 36ter, § 4, van hetzelfde decreet bepaalt :

« De overheid die over een vergunningsaanvraag, een plan of programma moet beslissen, mag de vergunning slechts toestaan of het plan of programma slechts goedkeuren indien het plan of programma of de uitvoering van de activiteit geen betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van de betrokken speciale beschermingszone kan veroorzaken. De bevoegde overheid draagt er steeds zorg voor dat door het opleggen van voorwaarden er geen betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone kan ontstaan ».

Een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone is « een aantasting die meetbare en aantoonbare gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone, in de mate er meetbare en aantoonbare gevolgen zijn voor de staat van instandhouding van de soort(en) of de habitat(s) waarvoor de betreffende speciale beschermingszone is aangewezen of voor de staat van instandhouding van de soort(en) vermeld in bijlage III van dit decreet voor zover voorkomend in de betreffende speciale beschermingszone » (artikel 2, 30°, van hetzelfde decreet).

B.4.1. Volgens de Vlaamse Regering gaat de prejudiciële vraag uit van de verkeerde rechtsopvatting dat krachtens artikel 26*bis*, § 1, eerste lid, van het decreet van 21 oktober 1997 geen vergunning mogelijk is voor activiteiten die slechts niet-betekenisvolle negatieve effecten kunnen hebben op de natuur in het VEN.

B.4.2. 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 :

« In de regeling voor vergunningen wordt thans ingevoerd dat de vergunningverlenende overheid maatregelen moet nemen om onvermijdbare schade te beperken, herstellen of eventueel te compenseren. Deze regeling geldt voor het gehele grondgebied van het Vlaamse Gewest. De mogelijkheid om een compensatieverplichting in de vergunningsvoorwaarden op te leggen is geen verplichting maar wordt voorzien voor die gevallen dat dit redelijkerwijs verantwoord lijkt. Een herstel beoogt op de plaats van beschadiging op lange termijn een kwantitatief en kwalitatief gelijkaardige habitat te ontwikkelen als er voor de beschadiging aanwezig was. Bij compensatie wordt er naar gestreefd om de globale natuurkwaliteit te herstellen doch niet noodzakelijk op dezelfde plaats en/of met de realisatie van een identiek habitat(type) » (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2001-2002, nr. 967/1, pp. 17-18).

B.4.3. De in het geding zijnde bepaling verbiedt met andere woorden enkel het verlenen van een vergunning 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 » (*ibid.*, p. 20).

B.4.4. De verwijzende rechter, die de voormelde parlementaire voorbereiding aanhaalt, is zich ervan bewust dat krachtens artikel 26*bis*, § 1, eerste lid, van het decreet van 21 oktober 1997 een vergunning mogelijk is voor activiteiten die slechts niet-betekenisvolle negatieve effecten kunnen hebben op de natuur in een VEN-gebied, voor zover het gaat om herstelbare schade. Uit de motivering van de verwijzingsbeslissing blijkt evenwel dat de verwijzende rechter inzonderheid de situatie beoogt van onvermijdbare schade die tevens onherstelbaar is.

B.5. Op het vlak van het milieubeleid dient het Hof, rekening houdend met de verplichting die op grond van artikel 23, derde lid, 4^o, van de Grondwet voor de gewestwetgevers geldt om het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu te waarborgen, het oordeel van die wetgevers betreffende het algemeen belang te eerbiedigen, tenzij dat oordeel onredelijk is.

B.6. 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^o, van het decreet van 21 oktober 1997). 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^o, van hetzelfde decreet).

De speciale beschermingszones zijn meer specifiek gericht op de instandhouding van in het wild levende vogelsoorten en van natuurlijke habitats en populaties van wilde dier- en plantensoorten, in respectieve uitvoering van de reeds vermelde Vogelrichtlijn en Habitatrictlijn. Zij hebben derhalve een specifieke doelstelling die niet volledig samenvalt met de bescherming van het VEN. Zoals reeds werd opgemerkt, kan een speciale beschermingszone deel uitmaken van het VEN, maar kan zij ook buiten het VEN gelegen zijn. Anders dan voor het VEN, gelden voor de speciale beschermingszones bijzondere instandhoudingsdoelstellingen ten aanzien van de betrokken soorten of habitats. De mogelijke gevolgen van een activiteit moeten worden beoordeeld « in het licht van de specifieke bijzonderheden en milieukeurmerken van het beschermde gebied waarop de activiteit

betrekking heeft, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de instandhoudingsdoelstellingen » (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2001-2002, nr. 967/1, p. 35).

B.7. Gelet op de verschillende focus en finaliteit van de bescherming van de betrokken natuurgebieden, is het een objectieve en pertinente keuze van de decreetgever om de maatstaf van de natuurtoets daarop af te stemmen en de vergunningsaanvraag te laten toetsen aan het criterium van onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het geval van de VEN-toets, en aan het criterium van betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken in het geval van de habitat-toets. Bij de uitoefening van zijn toetsing aan het beginsel van de gelijkheid en niet-discriminatie komt het niet aan het Hof toe een oordeel te vellen over de opportuniteit van die keuze.

B.8. Bovendien heeft de in het geding zijnde bepaling geen onevenredige gevolgen. Zij staat toe dat een activiteit die onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken, bij afwezigheid van een alternatief toch kan worden toegelaten of uitgevoerd « om dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard ». In dat geval dienen « alle schadebeperkende en compenserende maatregelen » te worden genomen (artikel 26*bis*, § 3, van het decreet van 21 oktober 1997).

De formulering van die afwijkingsregeling, zo blijkt uit de parlementaire voorbereiding, werd « op dit punt afgestemd op deze voorzien in artikel 36*ter* met betrekking tot speciale beschermingszones » (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2001-2002, nr. 967/1, pp. 20-21).

B.9. Ten slotte, zoals de Vlaamse Regering opmerkt, dient de vergunningverlenende overheid op grond van de concrete omstandigheden te beoordelen of een activiteit onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in een VEN-gebied kan veroorzaken. In de uitoefening van zijn wettigheidstoezicht beschikt de Raad voor Vergunningsbetwistingen vervolgens over de bevoegdheid om na te gaan of de overheid geen kennelijke beoordelingsfout heeft begaan door te beslissen dat de onvermijdbare schade al dan niet herstelbaar is.

B.10. De prejudiciële vraag dient ontkennend te worden beantwoord.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

Artikel 26*bis* van het decreet van het Vlaamse Gewest van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet.

Aldus gewezen in het Nederlands en het Frans, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op 27 juni 2019.

De griffier,

De voorzitter,

F. Meersschant

A. Alen