

RAAD VOOR VERGUNNINGSBETWISTINGEN

ARREST

van 2 juli 2019 met nummer RvVb-A-1819-1156
in de zaak met rolnummer 1718-RvVb-0526-A

Verzoekende partij	de nv KATOEN NATIE BULK TERMINALS vertegenwoordigd door advocaat Ilse CUYPERS met woonplaatskeuze op het kantoor te 2600 Berchem, Posthofbrug 6
Verwerende partij	de deputatie van de provincieraad van OOST-VLAANDEREN vertegenwoordigd door mevrouw Kaat VAN KEYMEULEN
Tussenkomenende partij	de LEIDEND AMBTENAAR van het agentschap NATUUR EN BOS, afdeling Oost-Vlaanderen vertegenwoordigd door advocaten Steve RONSE en Thomas QUINTENS met woonplaatskeuze op het kantoor te 8500 Kortrijk, Beneluxpark 27B

I. BESTREDEN BESLISSING

De verzoekende partij vordert met een aangetekende brief van 12 april 2018 de vernietiging van de beslissing van de verwerende partij van 8 februari 2018.

De verwerende partij heeft het administratief beroep van de tussenkomenende partij tegen de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Beveren van 4 september 2017 ingewilligd.

De verwerende partij heeft aan de verzoekende partij een stedenbouwkundige vergunning geweigerd voor het aanleggen van nieuwe toegangswegen, en een vergunning onder voorwaarden verleend voor het aanleggen van nieuwe riolering op de percelen gelegen te 9130 Beveren, Keteldijk haven 1998, met als kadastrale omschrijving achtste afdeling, sectie A, nummers 491N2 en 491P2.

Daarnaast vordert de verzoekende partij de vernietiging van het advies van de tussenkomenende partij van op 5 augustus 2017, *“in de mate dat het kan beschouwd worden als een bindend advies”*.

II. VERLOOP VAN DE RECHTSPLEGING

De tussenkomenende partij verzoekt met een aangetekende brief van 9 augustus 2018 om in de procedure tot vernietiging tussen te komen.

De voorzitter van de Raad laat de tussenkomenende partij met een beschikking van 21 september 2018 toe in de debatten.

De verwerende partij dient een antwoordnota en het administratief dossier in. De tussenkomende partij dient een schriftelijke uiteenzetting in. De verzoekende partij dient een wederantwoordnota in.

De kamervoorzitter behandelt de vordering tot vernietiging op de openbare zitting van 7 mei 2019.

Advocaat Nino VERMEIRE, *loco* advocaat Ilse CUYPERS, voert het woord voor de verzoekende partij. Mevrouw Kaat VAN KEYMEULEN voert het woord voor de verwerende partij. Advocaat Thomas QUINTENS voert het woord voor de tussenkomende partij.

Het decreet van 4 april 2014 betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges (DBRC-decreet) en het besluit van de Vlaamse regering van 16 mei 2014 houdende de rechtspleging voor sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges (Procedurebesluit) zijn toegepast.

III. FEITEN

De verzoekende partij dient op 4 juli 2017 bij het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Beveren een aanvraag in voor een stedenbouwkundige vergunning voor “aanleggen toegangswegen, rioleringen en collector” op de percelen gelegen te 9130 Beveren, Keteldijk haven 1998, met als kadastrale omschrijving achtste afdeling, sectie A, nummers 491N2 en 491P2.

De percelen liggen volgens de bestemmingsvoorschriften van het gewestplan ‘St. Niklaas-Lokeren’, vastgesteld met koninklijk besluit van 7 november 1978 in industriegebied.

De percelen liggen ook binnen het Vogelrichtlijngebied ‘Schorren en polders van de Beneden-Schelde’ (‘natura 2000’). De percelen palen aan het VEN-gebied (Vlaams Ecologisch Netwerk) ‘Slikken en schorren langs de Schelde’ dat op zijn beurt paalt aan het Habitatrichtlijngebied ‘Schelde- en Durmeestuaria van de Nederlandse grens tot Gent’.

Tijdens het openbaar onderzoek, georganiseerd van 24 juli tot en met 22 augustus 2017, worden geen bezwaarschriften ingediend.

Infrabel adviseert op 4 augustus 2017 voorwaardelijk gunstig.

Het Agentschap voor Natuur en Bos adviseert op 5 augustus 2017, onder meer als volgt, ongunstig:

“ ...

Bespreking passende beoordeling

Bij het dossier is een passende beoordeling toegevoegd

Volgens het soortenbeschermingsprogramma Bruine kiekendief is de Bayervlakte een belangrijk foerageergebied voor Bruine kiekendief, vooral voor een koppel dat broedt in het daarnaast gelegen Ketenisseschor. Het aantal broedende Bruine kiekendieven heeft een sterk dalende trend. Om deze trend te stuiten zijn een aantal initiatieven genomen, waaronder de uitbouw van natuurkerngebieden en de uitvoering van een soortenbeschermingsprogramma. Deze initiatieven zijn in uitvoering

Volgens het soortenbeschermingsprogramma voor de Antwerpse haven (ministerieel besluit van 23 mei 2014) kan de Bayervlakte pas na een concrete Impactanalyse verder

ingenomen worden. De zone langs de Ketenislaan (figuur 7 op pagina 76 van het SBP - deel Bruine kiekendief) moet omgevormd en beheerd worden tot een zeer geschikt foerageergebied, zodat de rest van de Bayervlakte van verwaarloosbaar belang wordt voor het koppel Bruine kiekendief dat broedt ter hoogte van het Ketenisseschor.

Op terrein blijkt dat de omvorming tot geschikt foerageergebied slechts in beperkte mate is gebeurd. Toch wordt de Bayervlakte stelselmatig ingenomen door infrastructuur waardoor het foerageergebied verkleint zonder duidelijke kwaliteitsverbetering in de zone aangegeven in het SBP. Het gebrek aan initiatief tot kwaliteitsverbetering van het foerageergebied is door het Agentschap voor Natuur en Bos al aangegeven in eerdere adviezen op aanvragen voor innames binnen de Bayervlakte. Immers, zoals hierboven aangegeven, moet, gelet op de huidige context van een ongunstige staat van instandhouding en de te behalen doelstellingen voor Bruine kiekendief, elk voorstel tot inname van foerageergebied grondig geëvalueerd worden.

Dit project gaat evenwel nog verder: ruimte binnen het afgebakende te optimaliseren foerageergebied voor Bruine kiekendief wordt permanent ingenomen door infrastructuur. De passende beoordeling voert aan dat het permanent verlies aan leefgebied (0,6ha) eerder beperkt zal blijven en daardoor nog altijd voldoende foerageergebied over blijft.

De oppervlakte aangegeven in het SBP is de minimumoppervlakte kwalitatief foerageergebied dat nodig is om het broedkoppel in Ketenisseschor, dat al onder druk staat, te behouden. Een goede inrichting van deze minimumoppervlakte is een randvoorwaarde (die nog altijd niet is ingevuld) om verdere ontwikkelingen in de Bayervlakte niet te hypothekeren. Verkleinen van deze minimumoppervlakte kan enkel door het aanduiden van een alternatief met concrete voorafgaande inrichting. Dit is niet gebeurd in deze aanvraag. Zelfs de minimumoppervlakte wordt door de aanleg van de toegangsweg niet meer gegarandeerd.

Verder kloppen twee stellingen in de passende beoordeling niet.

- 1 De vermindering van foerageergebied beperkt zich niet tot de oppervlakte inname van de weg. Op de nieuwe ontsluitingsweg zit intensief zwaar verkeer. Nu is de Ketenislaan relatief verkeersluw. Door verkeersbewegingen en de toenemende geluidsdruk zal het overblijvende foerageergebied minder geschikt worden.
- 2 Het resterende foerageergebied is niet optimaal waardoor een grotere oppervlakte noodzakelijk is.

Het Agentschap voor Natuur en Bos stelt vast dat de vergunningsplichtige activiteit een betekenisvolle aantasting impliceert voor de instandhoudingsdoelstellingen van de speciale beschermingszone. Het Agentschap voor Natuur en Bos verklaart zich niet akkoord met de conclusies uit de passende beoordeling wegens de volgende redenen:

Het project neemt leefgebied in en verstoort het leefgebied van Bruine kiekendief die de vastgestelde instandhoudingsdoelstellingen niet haalt. Om een standstil te garanderen heeft de minister in een besluit van 23 mei 2014 het soortenbeschermingsprogramma vastgesteld, dit om ruimte te creëren voor verdere ontwikkeling van de Bayervlakte met respect voor de doelstellingen voor Bruine kiekendief. De inname van leefgebied voorbehouden in het soortenbeschermingsprogramma hypothekeert de huidige staat van instandhouding die momenteel reeds slecht is.

De passende beoordeling wordt **ongunstig** geadviseerd.

Bespreking soortentoets

Volgens het soortenbeschermingsprogramma (SBP) is de Bayervlakte een foerageergebied voor de Bruine kiekendief. Een minimumdoelstelling binnen het SBP is dat voldoende foerageergebied van goede kwaliteit beschikbaar blijft.

Deze minimumoppervlakte wordt door de aanleg van de toegangsweg niet meer gegarandeerd (zie bespreking passende beoordeling).

Het Agentschap voor Natuur en Bos stelt vast dat de vergunningsaanvraag/vergunningsplichtige activiteit in strijd is met de beschermingsbepalingen ten aanzien van beschermde soorten zoals bepaald in het Soortenbesluit van 15/05/2009.

Bespreking stedenbouwkundige vergunning

De aanvraag betreft enerzijds de realisatie van een nieuwe toegangsweg en anderzijds de aanleg van een riolering voor toekomstige invulling van de blokvelden. De werken zijn gepland in een zone aangeduid als foerageergebied binnen het soortenbeschermingsprogramma van de Antwerpse Haven (MB van 23 mei 2014).

Dezelfde zone had ook een overdruk (artikel 1.4.c) binnen het GRUP tot afbakening van het Zeehavengebied Antwerpen:

De ontwikkeling van dit gebied als havengebied kan pas gebeuren na de inrichting van duurzaam leefgebied over het volledige natuurkern gebied Grote Geule zoals voorzien in het MMHA en zoals nodig voor de instandhouding van de speciale beschermingszone 'Schorren en polders van de Beneden-Schelde' (BE 2301336). De geslaagde inrichting van Grote Geule als duurzaam leefgebied blijkt uit een beslissing van de Vlaamse Regering. De Vlaamse Regering wint, voorafgaand aan deze beslissing, het advies in van de administratie bevoegd voor het natuurbehoud. De beslissing van de Vlaamse Regering over de inrichting van Grote Geule maakt deel uit van een aanvraag voor het bekomen van een stedenbouwkundige vergunning voor de realisatie van de bestemming van het gebied.

De Raad van State heeft de nieuwe bestemming met overdruk evenwel vernietigd. Nu heeft de plaats waar de werken zijn gesitueerd terug de oorspronkelijke bestemming industriegebied. De vroegere overdruk duidt wel het belang voor het gebied voor de speciale beschermingszone.

Na het realiseren van de riolering zal de bovengrond terug hersteld worden in de oorspronkelijke toestand. Dit zal dus geen impact hebben op het foerageergebied. Het aanleggen van de weg zorgt voor directe biotoopinname en verstoring waardoor het minimumareaal voor Bruine kiekendief niet meer gegarandeerd wordt.

Conclusie

Het Agentschap voor Natuur en Bos stelt vast dat het aanleggen van de nieuwe ontsluitingsweg in strijd is met

- volgende direct werkende norm(en):

Artikel 36 ter §4 Decreet betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu van 21.10.1997

Artikel 14 Besluit van de Vlaamse Regering met betrekking tot soortenbescherming en soortenbeheer van 15.05.2009

*Het Agentschap voor Natuur en Bos verleent een **ongunstig advies**. Gelet op artikel 4 3.3. VCRO kan de vergunningverlenende overheid de vergunning niet toekennen.*

Het aanleg van de riolering kan gunstig geadviseerd worden onder de voorwaarde dat de werken moeten afgerond zijn tegen 1 maart 2018 en dat de bovengrond daarna terug hersteld wordt in de oorspronkelijk staat.

...

Brandweerzone Waasland – Hulpverleningszone Waasland (Sint-Niklaas) adviseert op 10 augustus 2017 gunstig.

De Maatschappij voor haven-, grond- en industrialisatiebeleid adviseert op 13 augustus 2017 voorwaardelijk gunstig.

De Nationale Maatschappij der Pijpleidingen adviseert op 11 augustus 2017 voorwaardelijk gunstig.

Het Departement Mobiliteit en Openbare Werken adviseert op 17 augustus 2017 gunstig.

De gemeentelijke dienst mobiliteit adviseert op 25 augustus 2017 voorwaardelijk gunstig.

De gemeentelijke stedenbouwkundige ambtenaar adviseert op 31 augustus 2017 deels ongunstig, deels voorwaardelijk gunstig en overweegt daarbij onder meer als volgt :

“ ...

WATERTOETS

De gemeentelijke technische dienst gaf een voorwaardelijk gunstig advies.

TOEGANKELIJKHEIDSTOETS

De gewestelijke stedenbouwkundige verordening inzake toegankelijkheid (BVR 5.06.2009 en latere aanpassingen) is niet van toepassing op deze aanvraag.

ONROEREND ERFGOED

De aanvraag bevat een bekrachtigde archeologienota.

MER-TOETS

De aanvraag betreft het aanleggen van nieuwe toegangswegen.

Het gaat hier niet om een project opgenomen in bijlage I of II bij de Richtlijn 2011/92/EU betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (zgn. MER-richtlijn).

NATUURTOETS

Het projectgebied ligt binnen het vogelrichtlijngebied "Schorren en Polders van de Benedenschelde". Het is niet gelegen binnen habitatrichtlijngebied.

Uit het ongunstig advies van het Agentschap voor Natuur en Bos blijkt dat de bestaande natuurwaarden worden geschaad. Het vergunnen van de aanvraag leidt tot een significant effect op de speciale beschermingszone. Het agentschap adviseert echter voorwaardelijk gunstig voor het deelproject riolering. Dit kan aangelegd worden op voorwaarde dat de werken afgerond zijn tegen 1 maart 2018 en indien de bovengrond daarna terug hersteld wordt in de oorspronkelijke staat.

TOETSING AAN DE GOEDE RUIMTELIJKE ORDENING

Beschrijving van de aanvraag

De aanvraag bevat twee deelprojecten.

- 1. De aanleg van toegangswegen richting Ketenislaan*
- 2. De aanleg van riolering*

[Weergave]

Beschrijving van de bouwplaats

Het bouwterrein ligt buiten het centrum van Beveren-Kallo

Het is momenteel onbebouwd /

Beschrijving van de omgeving

De aanvraag is gelegen in een industriegebied gekenmerkt door industriële bebouwing.

BEOORDELING VAN DE GOEDE RUIMTELIJKE ORDENING

Functionele inpasbaarheid

Het aanleggen van nieuwe toegangswegen en riolering stemt overeen met de gewestplanbestemming tot industriegebied.

mobilitéitsimpact

De aanvraag werd voorgelegd aan de gemeentelijke dienst mobiliteit. Dit advies is voorwaardelijk gunstig:

"De nieuwe in- en uitrit hebben een tijdelijk karakter en moeten uit dienst genomen worden wanneer de ontsluiting langs de Keteldijk terug gebruikt kan worden".

ruimtegebruik

De ruimte wordt zo zuinig mogelijk gebruikt. Het aangevraagde project wordt zodanig ingeplant dat het ruimtebeslag zoveel mogelijk beperkt blijft (natuurkundige elementen buiten beschouwing gelaten).

bouwdichtheid

De ruimtelijke draagkracht van de omgeving wordt door de aanvraag niet overschreden.

schaal

N.V.T.

cultuurhistorische aspecten

De aanvraag bevat een bekrachtigde archeologienota. Het ontwerp voorziet geen wijzigingen tegenover de werken zoals omschreven in de nota.

2.1.2. GEPLANDE WERKEN

Ter hoogte van het projectgebied zal nieuwe riolering aangelegd worden. Deze zullen aansluiten op een nieuwe rioolcollector. De riolering gaat ca. 2 m diep. Er worden ook nieuwe toegangswegen voorzien die aansluiten op de reeds bestaande inritten. De opbouw van de wegenis is ca. 50 cm dik.

bodemreliëf

De aanvraag maakt geen melding van een reliëfwijziging, of een wijziging in de bodemsamenstelling.

hinderaspecten en gebruiksgenot

Door de afstand tot de perceelsgrens, en de inplanting van de raam- en deuropeningen, behoudt de aanvraag voldoende respect voor de aangrenzende eigendommen qua lichtinval, bezonning en inkijk (privacy). Voor het overige is er geen noemenswaardige hinder te verwachten.

gezondheid

De aanvraag bevat geen elementen waarvan kan verwacht worden dat ze enige invloed op de gezondheid kunnen hebben.

veiligheid in het algemeen

De aanvraag bevat geen elementen waarvan kan verwacht worden dat ze enige invloed op de algemene veiligheid kunnen hebben.

ALGEMENE CONCLUSIE

*Uit de voorgaande motivering blijkt dat **deelproject riolering** in overeenstemming kan gebracht worden met de wettelijke bepalingen inzake ruimtelijke ordening, en dat het voorgestelde ontwerp verenigbaar is met de goede plaatselijke ordening en met zijn onmiddellijke omgeving, mits aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:*

De voorwaarden van de adviesinstanties dienen strikt en blijvend gevolgd te worden

*Uit de voorgaande motivering blijkt dat **deelproject toegangsweg** wegens het schaden van de bestaande natuurwaarden niet in overeenstemming is met de wettelijke bepalingen. Indien een vergunning zou afgeleverd worden dienen de voorwaarden van de adviesinstanties gevolgd te worden.*

ADVIES

Gedeeltelijk voorwaardelijk gunstig

...

Het college van burgemeester en schepenen verleent op 4 september 2017 een stedenbouwkundige vergunning aan de verzoekende partij. Het college beslist:

“ ...

HET COLLEGE VAN BURGEMEESTER EN SCHEPENEN VOLGT HET ADVIES VAN DE GEMEENTELIJK STEDENBOUWKUNDIG AMBTENAAR NIET VOLLEDIG.

Het advies wordt weerlegd op volgende punten:

- Akkoord met vergunning deelproject riolering
- Niet akkoord met weigering deelproject toegangsweg.
 - Dit deelproject is het gevolg van de geplande werken door MOW en situeert zich in industriegebied. Ten gevolge van de verkeerssaturatie op de zwevende

rotonde boven de R2 tussen Beveren- en Liefkenshoektunnel, wordt Loghadden City sinds een jaar geconfronteerd door enorme congestieproblemen. Deze problemen zullen nog toenemen, in het bijzonder in kwartaal 1 en 2 van 2018, op moment dat de aansluiting van de rotonde met de Keteldijk wordt afgebroken, dit ter vervanging van de zwevende rotonde door een Hollands complex. Het doel is juist om de verkeersstromen vanop Loghadden City gespreid op het openbaar wegennet te laten komen via de westzijde en de noordzijde. Vandaar dat de noordelijke inritten best spoedig in dienst genomen dienen te worden. Hierdoor kan ook vermeden worden dat vrachtwagens geneigd zouden zijn om via de zuidelijke zijde op het openbaar wegennet te komen en desgevallend zo door de dorpskern van Kalto zouden rijden, ook al is dit verboden. Belangrijk is ook de toegankelijkheid voor de brandweer (hulpverleningszone Waasland). Gezien de bouw van de magazijnen in noordelijke richting dringt een nieuwe noordelijke inrit voor de hulpdiensten zich op. De nieuwe noordelijke inritten garanderen dat de loodsen steeds bereikbaar zijn voor de hulpdiensten via verschillende windrichtingen.

- Het advies van ANB is ongunstig en stelt dat er een betekenisvolle aantasting zou zijn van de natuurwaarden. Het college stelt vast dat de toegangsweg zodanig wordt aangelegd (grens terrein) dat de impact op de natuurwaarden zo minimaal als enigszins mogelijk zullen zijn, dit wordt ook bevestigd in de bij de aanvraag gevoegde passende beoordeling. Aangezien de aanleg van de toegangsweg het rechtstreeks gevolg is van werken gepland door Vlaamse overheid zelf en de afdeling MOB van de Vlaamse overheid wel een gunstig advies geeft, verleent het college vergunning voor beide deelprojecten.

BIJGEVOLG BESLIST HET COLLEGE VAN BURGEMEESTER EN SCHEPENEN IN DE ZITTING VAN 04/09/2017 HET VOLGENDE:

Het college van burgemeester en schepenen geeft de vergunning af aan de aanvrager, die ertoe verplicht is het college van burgemeester en schepenen per aangetekende brief op de hoogte te brengen van het begin van de handelingen waarvoor vergunning is verleend, ten minste acht dagen voor de aanvatting van die handelingen.

De vergunning wordt afgegeven onder volgende voorwaarden:

- 1. de werken moeten uitgevoerd worden overeenkomstig het goedgekeurd plan.**
- 2. De voorwaarden van de adviesinstanties moeten voor deelproject riolering strikt en blijvend worden nageleefd.**
- 3. Bij deelproject toegangsweg dienen de voorwaardelijk gunstige adviezen van volgende instanties gevolgd te worden: hulpverleningszone Waasland, Elia, Fluxys, Gemeentelijke technische dienst wegen, Infrabel, Maatschappij linkerscheldeover, Nationale maatschappij der pijpleidingen, Havenbedrijf Antwerpen**
- 4. De richtlijnen van de hulpverleningszone Waasland moeten strikt en blijvend nageleefd worden. Binnen een redelijke termijn en vóór de ingebruikname van het gebouw moet de brandweer uitgenodigd worden voor een controle van de opgelegde maatregelen.**

Deze vergunning stelt de aanvrager niet vrij van het aanvragen en verkrijgen van eventuele andere vergunningen of machtigingen, als die nodig zouden zijn.

Als er aan de bestaande infrastructuur (verlichtingspaal, nutsvoorzieningen, boordstenen, bomen, parkeerplaatsen.....) wijzigingen moeten aangebracht worden, moet dit tijdig aangevraagd worden. Alle kosten die uit de eventuele aanvraag voortvloeien, zijn ten laste

van de aanvrager. Het is evenwel de bedoeling dat de huidige infrastructuur in zijn huidige vorm behouden blijft.

...

Tegen die beslissing tekent de tussenkomende partij op 31 oktober 2017 administratief beroep aan bij de verwerende partij.

De provinciale stedenbouwkundige ambtenaar adviseert in zijn verslag van 27 december 2017 om het beroep in te willigen en de stedenbouwkundige vergunning te weigeren.

Na de hoorzitting van 9 januari 2018 verklaart de verwerende partij, op eensluidend verslag van de provinciale stedenbouwkundige ambtenaar, het beroep op 8 februari 2018 gegrond en weigert een stedenbouwkundige vergunning voor wat betreft de aangevraagde wegenis en verleent een stedenbouwkundige vergunning onder voorwaarden voor de aangevraagde rioleringswerken. De verwerende partij beslist:

“ ...

2.4 De juridische aspecten - De natuurtoets

De aanvraag is principieel in overeenstemming met de voorschriften van het geldend gewestplan, zoals hoger omschreven. Het aanleggen van nieuwe toegangswegen en riolering stemt overeen met de gewestplanbestemming tot industriegebied.

Het projectgebied ligt binnen het speciale beschermingszone (SBZ) vogelrichtlijngebied (SBZ-V) “Schorren en Polders van de Benedenschelde”. Het is niet gelegen binnen habitatrichtlijngebied.

Op 18 juli 2017 werd aan het Agentschap Natuur en Bos - Adviezen en Vergunningen Oost- en West-Vlaanderen advies gevraagd. Dit advies werd ontvangen op 5 augustus 2017 en is ongunstig.

Het komt volgens de rechtspraak van de Raad voor Vergunningsbetwistingen de deputatie niet toe te oordelen over de gegrondheid van de opgeworpen motieven voor dit advies. De aanvrager kan dit wel voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen aanvechten.

Uit het ongunstig advies van het Agentschap voor Natuur en Bos blijkt dat de bestaande natuurwaarden in de SBZ worden geschaad. Het vergunnen van de aanvraag leidt tot een significant effect op de SBZ.

Het agentschap adviseert echter voorwaardelijk gunstig voor het deelproject riolering. Dit kan aangelegd worden op voorwaarde dat de werken afgerond zijn tegen 1 maart 2018 en indien de bovengrond daarna terug hersteld wordt in de oorspronkelijke staat.

Na het verlenen van de vergunning door het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Beveren houdt het agentschap haar standpunt aan in haar beroepschrift.

De aanvrager werpt in haar verweernota op dat het soortenbeschermingsprogramma (SBP) waar appellant naar verwijst, geen bindende norm is, dat de Bruine kiekendief geen bedreigde soort is, dat niet

duidelijk is wie de doelstellingen uit het SBP dient te realiseren, en dat uit niets blijkt waarom het resterende foerageergebied niet afdoende zou zijn.

Verder meent de aanvrager dat de aanvraag geen significante gevolgen heeft voor de instandhoudingsdoelstellingen geformuleerd voor de SBZ-V en dat de passende beoordeling die zij bij de aanvraag voegde dit aantoont.

Vooreerst stelt zich de vraag naar het dwingend karakter van de beschermingsmaatregelen inzake de natuurwaarden in het projectgebied.

Het wordt niet betwist dat het bouwperceel gelegen in een SBZ, zijnde het vogelrichtlijngebied “Schorren en Polders van de Benedenschelde”.

Artikel 36ter §4 natuurdecreet laat een vergunningverlenende overheid slechts toe vergunning te verlenen in dergelijk gebied als dit geen betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van de betrokken speciale beschermingszone kan veroorzaken.

Indien een aantasting mogelijk is, dient een passende beoordeling te worden gemaakt.

Voor deze SBZ-V werden in overeenstemming met Europese en Gewestelijke regelgeving instandhoudingsdoelstellingen (IHD) opgesteld.

Zoals de aanvrager zelf benadrukt zijn dit bindende bepalingen in een SBZ-V.

Specifiek voor deze SBZ-V werd daarenboven een soortenbeschermingsprogramma (SBP) opgesteld na kwantitatief en kwalitatief wetenschappelijk onderzoek die de instandhoudingsdoelstellingen voor het SBZ-V nog verder preciseert.

Hoewel dit SBP niet rechtstreeks bindend is, is het duidelijk dat dit een meer concrete en strategische uitwerking is van de geldende, en bindende IHD. Dit SBP is aldus een onderbouwd feitelijk document.

De vergunningverlenende overheid dient aldus rekening te houden met het SBP – zoals de aanvrager dat ook zelf doet in de passende beoordeling- als niet betwiste, onderbouwde en meest gedetailleerde feitelijke weergave van de (te bereiken) natuurwaarden op het terrein.

Het negeren van het SBP, zoals de aanvrager voorstelt te doen, zou inhouden dat de toetsing aan de IHD van het SBZ-V voor elke aanvraag op de Bayervlakte moet gebeuren. Zoals hierna wordt verduidelijkt, zijn de betreffende IHD geenszins bereikt, zodat elke –zelfs de minste- afname van de natuurlijke kenmerken een inbreuk op de bindende IHD inhoudt, en daarmee eveneens een schadelijk effect op de natuurlijke kenmerken van het gebied hetgeen tot een weigering van elke aanvraag zou nopen.

De vraag die aldus aan de hand van deze wettelijke en feitelijke gegevens dient beantwoord te worden is welke de natuurlijke kenmerken van de betrokken SBZ-V zijn, en of de aanvraag hierop een significante negatieve impact zal hebben.

De relevante IHD die door huidige aanvraag ter discussie staan stellen voor de bruine kiekendief in dit SBZ-V een stijging van de populatie voorop die moet verkregen worden door een stijging van de oppervlakte en de kwaliteit van het broed- en foerageergebied.

Specifiek worden 28 tot 33 broedparen beoogd.

Het vogelrichtlijngebied op de linker Schelde-oever wordt in zijn geheel als essentieel beschouwd.

Hoewel de Waaslandhaven, en de Bayervlakte meer specifiek, waarin de bouwplaats gelegen is, volledig als SBZ-V is aangeduid, en deze IHD in principe daar dus overal gelden, is, om concreet uit te werken hoe deze algemene IHD zullen worden gerealiseerd, een SBP opgemaakt.

Het SBP stelt het volgende vast:

Op p. 16 wordt een kaart weergegeven van “ecologische infrastructuur noodzakelijk voor het behalen van de goede staat van instandhouding”.

Op p. 67, 73 en 85 wordt vastgesteld dat tot de IHD voor de Bruine kiekendief buiten het havengebied gerealiseerd is, er een strikt standstill-beleid gerespecteerd moet worden.

Op p. 76 wordt met een kaart specifiek voor de Bayervlakte een zone aangeduid die geldt als absoluut minimaal foerageergebied, onder de voorwaarde dat zij meer kwalitatief wordt ingevuld (wat tot op heden nog niet is gebeurd).

Het overige deel van de Bayervlakte is dan, hoewel dit ook als SBZ-V is aangeduid en de IHD er strikt juridisch ook op van toepassing zijn, toch ontwikkelbaar.

De aanvrager stelt dat deze IHD geen totaalverbod inhouden om in de Waaslandhaven nog enige stedenbouwkundige vergunning te bekomen.

Dit is strikt juridisch correct.

Echter, zoals de aanvrager zelf in haar verweernota aangeeft wordt de door Art 36ter Natuurdecreet bedoelde te vermijden schade door vaste rechtspraak van het Hof van Justitie zo ingevuld dat, eens vaststaat dat schade er aan een IHD voorvalt, dit per definitie inhoudt dat er sprake is van schadelijke gevolgen voor de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied.

De IHD voor de Bruine kiekendief in dit SBZ-V bepalen zoals vermeld dat niet de bestaande toestand moet behouden blijven, maar wel dat er een aanzienlijke aangroei van broedparen moet gerealiseerd worden.

Het wordt niet betwist dat deze IHD voor de SBZ-V verre van behaald zijn.

Er kan dus niet anders dan te worden geoordeeld dat, nu men nog ver van de vooropgestelde IHD is, elke, zelfs de meest geringe aantasting van broed- of foerageergebied van de Bruine kiekendief de (te) kleine populatie, en daarmee ook de IHD ernstig schaadt.

Men kan niet ernstig betwisten dat nu het dwingend te bereiken doel 28 tot 33 broedparen is, de afname van foerageergebied voor de naar schatting 7 à 8 nog resterende paren, een ernstige inbreuk op de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied inhoudt.

Dit geldt des te meer nu, anders dan verzoekende partij beweert, de Bruine kiekendief volgens de vastgestelde lijsten van het Instituut voor Natuur en Bosonderzoek ondertussen weldegelijk een bedreigde diersoort is.

De passende beoordeling die de aanvrager bij de aanvraag voegde doet niet anders beslissen.

Vooreerst wordt opgemerkt dat, terwijl de aanvrager in diens verweernota beweert dat het SBP niet relevant is, de eigen passende beoordeling zich hier volledig op steunt.

Mocht de stelling uit de verweernota van de aanvrager gevolgd worden, dan baseert de passende beoordeling zich op irrelevante/verkeerde feitelijkheden, en zou deze ook niet afdoende zijn.

Op p. 22 van de passende beoordeling wordt vastgesteld dat voor de Bruine kiekendief noch de IHD, noch zelfs maar een stand-still in havengebied gehaald wordt.

Op p. 25 wordt vastgesteld dat door het deelproject van de toegangsweg er rechtstreeks en permanent leefgebied verloren gaat.

Op p. 33 wordt vermeld dat het foerageergebied op vandaag weinig kwalitatief is. Er wordt veronderstelt dat het foerageergebied kwalitatiever kan gemaakt worden. De aanvraag voorziet hier echter niet in.

In de passende beoordeling wordt op p.26 zonder onderbouwing geponeerd dat het effect van geluidsverstoring weinig relevant is in havengebied.

De passende beoordeling gaat uit van een weinig realistische voertuigintensiteit van 1,5 voertuigen per minuut, d.i. een gelijke spreiding over de dag van de verwachte 2000 voertuigbewegingen per dag. Het lijkt aannemelijker dat deze voertuigbewegingen meer geconcentreerd zullen voorvallen.

Het lijkt eveneens waarschijnlijk dat de hoge voertuigintensiteit met de daarmee gepaard gaande bewegingen en geluidsproductie weldegelijk een veel groter verstorend effect en afname van het foerageergebied inhouden dan louter de oppervlakte van de wegenis.

In de passende beoordeling wordt het foerageergebied als voldoende groot berekend enkel voor het ene bekende koppel in de Ketenisseschor, zonder rekening te houden met het IHD van groei van het aantal broedparen en zonder rekening te houden met het foerageren door andere broedparen (wat op p. 20 van passende beoordeling wel als mogelijkheid wordt aanzien).

De passende beoordeling concludeert dat op de ganse Bayervlakte nog voldoende foerageergebied overblijft. Het SBP duidt de bouwzone echter net aan als te

behouden, opdat het overige deel van de Bayervlakte eerder ontwikkeld kan worden. Het foerageergebied op de Bayervlakte is aldus net door het SBP precair.

Er wordt in de passende beoordeling niets geconcludeerd in verband met de eigenlijke, bindende IHD.

Gelet op bovenstaande vaststellingen lijkt het weinig ernstig dat men alsnog concludeert dat er geen significante schade op de natuurlijke kenmerken van het gebied zal voorvallen.

Er kan geconcludeerd worden dat de aanvraag ontegensprekelijk rechtstreeks ingaat tegen de IHD (zijnde het verhogen van het aantal broedparen door het vergroten van het broed- en foerageergebied) én het SBP dat al een verregaande accommodatie voor de ontwikkeling van de Bayervlakte voorzag.

Dienvolgens moet op grond van artikel 36ter natuurdecreet de vergunning geweigerd worden.

De overweging van de aanvrager in diens verweernota dat de aanvraag noodzakelijke infrastructuurwerken ten behoeve van bestaande vergunde loodsen omvat, kan vanzelfsprekend geen afbreuk doen aan dwingende rechtsregels inzake het natuurbehoud. Daarenboven brengt de aanvrager geen enkel argument aan dat deze bewering zou kunnen ondersteunen. Het is bijvoorbeeld geenszins duidelijk waarom niet op een andere locatie op de Ketenislaan zou kunnen worden aangesloten.

De aanvrager zinspeelt in de verweernota op het opleggen van voorwaarden die een schending van de IHD zouden voorkomen.

Hierboven werd vastgesteld dat schade aan de natuurwaarden van de SBZ-V ontstaat door de essentie en het voorwerp van de aanvraag zelf, namelijk het aanleggen en gebruiken van de ontsluitingsweg. Een voorwaarde kan de essentie van een aanvraag niet wijzigen

Het verlenen van de aangevraagde vergunning voor de wegenis kan niet op een wettige wijze gebeuren.

De aanleg van de collector en riolering (ondergrondse gedeelten) werd gunstig geadviseerd onder de voorwaarde dat de werken moeten afgerond zijn tegen 1 maart 2018 en dat de bovengrond daarna terug hersteld wordt in de oorspronkelijk staat.

De timing van maart 2018 is op vandaag niet meer haalbaar.

Er kan vergunning verleend worden voor het onderdeel van de ondergrondse rioleringswerken, op voorwaarde dat zij worden uitgevoerd buiten de nest- en foerageerperiode van de Bruine kiekendief, zijnde buiten de periode van 1 april tot 1 augustus.

2.5 De goede ruimtelijke ordening

Er is een onoverkomelijke legaliteitsbelemmering om vergunning te verlenen voor de aanleg van de wegenis.

De aanleg van ondergrondse rioleringswerken die ook in de aanvraag vervat zitten zijn technisch en ruimtelijk afscheidbaar van de wegeniswerken.

De rioleringswerken werden gunstig geadviseerd.

Gelet op het ondergronds karakter hebben zij geen ruimtelijke waarneembare impact.

Dit aspect van de aanvraag kan worden aanvaard.

2.6 Conclusie

Uit wat voorafgaat, dient besloten dat het beroep ingesteld door het Agentschap voor Natuur en Bos, als adviesinstantie, gedeeltelijk voor inwilliging vatbaar is.

Stedenbouwkundige vergunning dient te worden geweigerd voor wat betreft de aangevraagde wegenis.

De aangevraagde rioleringswerken worden vergund onder de voorwaarden dat zij worden uitgevoerd buiten de periode van 1 april tot 1 augustus .

Een nieuwe aanvraag met een gewijzigde toegangsweg moet voor vergunning in aanmerking komen.

...”

Dat is de (eerste) bestreden beslissing. De verzoekende partij vordert tevens de vernietiging van het advies van de tussenkomende partij van 5 augustus 2017, “*in de mate dat het kan beschouwd worden als een bindend advies*”.

IV. ONTVANKELIJKHEID VAN DE TUSSENKOMST

Uit het dossier blijkt dat het verzoek tot tussenkomst tijdig en regelmatig is ingesteld. Er worden geen excepties opgeworpen.

V. ONTVANKELIJKHEID VAN DE VORDERING TOT Vernietiging

Uit het dossier blijkt dat de vordering tijdig en regelmatig is ingesteld. Er worden geen excepties opgeworpen.

VI. ONDERZOEK VAN DE MIDDELEN

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

1.

De verzoekende partij put een eerste middel uit de schending van artikel 6.3. van de richtlijn 92/43/EEG van 21 mei 1992 van de Raad inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (hierna: Habitatrichtlijn), artikel 2, eerste lid, 30° en artikel 36ter, §4 van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu (hierna: Natuurdecreet), alsook de schending van artikel 4.3.3 VCRO, het zorgvuldigheidsbeginsel en het materiële motiveringsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“ ...

Doordat artikel 6.3. van de Habitatrichtlijn bepaalt dat voor voor elk plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor zo'n gebied, een passende beoordeling wordt gemaakt van de gevolgen voor het gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied;

Doordat artikel 6.3. van de Habitatrichtlijn verder nog bepaalt dat de bevoegde nationale instanties, gelet op de conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied, slechts toestemming voor dat plan of project geven nadat zij de zekerheid hebben verkregen dat het de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten;

Doordat bij decreet van 19 juli 2002 artikel 36ter, § 4 in het Natuurdecreet ingevoegd werd om uitvoering te kunnen geven aan de Habitatrichtlijn;

Doordat artikel 36ter, § 4 van het Natuurdecreet bepaalt dat de overheid die over een vergunningsaanvraag, een plan of programma moet beslissen, de vergunning slechts mag toestaan of het plan of programma slechts mag 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;

Doordat artikel 2, eerste lid, 30° Decreet Natuurbehoud een “betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone” definieert als: “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”;

Doordat artikel 4.3.3. VCRO bepaalt dat, indien uit de verplicht in te winnen adviezen blijkt dat het aangevraagde strijdig is met direct werkende normen binnen andere beleidsvelden dan de ruimtelijke ordening, of indien dergelijke strijdigheid manifest reeds uit het aanvraagdossier blijkt, de vergunning wordt geweigerd of in de aan de vergunning

verbonden voorwaarden waarborgen worden opgenomen met betrekking tot de naleving van de sectorale regelgeving;

Doordat artikel 36ter Natuurdecreet kan beschouwd worden als een direct werkende norm,

En doordat het motiveringsbeginsel inhoudt dat er voor elke administratieve beslissing rechtens aanvaardbare motieven moeten bestaan, wat onder meer betekent dat die motieven moeten steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die relevant zijn en met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld,

En doordat het zorgvuldigheidsbeginsel veronderstelt dat het bestuur met kennis van zaken, zowel in rechte als in feite, een beslissing neemt en de betrokken belangen zorgvuldig inschat en afweegt.

Terwijl het bestreden advies van ANB de passende beoordeling van verzoekende partij ongunstig adviseert en stelt dat de aanvraag van de nieuwe toegangsweg in strijd is met artikel 36ter Natuurdecreet, aangezien het een betekenisvolle aantasting van de instandhoudingsdoelstellingen van de speciale beschermingszone (Vogelrichtlijngebied: Slikken en schorren van de Beneden-Schelde "BE2301336") zou betekenen, omdat het aangevraagde gelegen is in tijdelijk foerageergebied volgens het Soortenbeschermingsprogramma voor de Antwerpse haven en een verkleining van de oppervlakte veroorzaakt;

Terwijl het Soortenbeschermingsprogramma voor de Antwerpse haven louter een programma (met beleidsmaatregelen) is, dat geen direct werkende norm is op grond waarvan een vergunningsaanvraag kan geweigerd worden;

En terwijl de bestreden vergunningsbeslissing van verwerende partij zich enerzijds steunt op dit onwettig advies van ANB, anderzijds steunt op een beoordeling van verwerende partij die genomen werd in strijd met de hogervermelde bepalingen en beginselen;

Terwijl verzoekende partij nochtans in haar schriftelijk verweer voldoende elementen had aangereikt aan verwerende partij, waarmee zij geen rekening heeft gehouden,

Zodat het bestreden advies en de bestreden vergunningbeslissing van verwerende partij totstand zijn gekomen met een schending van voormelde bepalingen.
..."

De verzoekende partij licht haar middel vervolgens als volgt nader toe:

" ...

A) Eerste middelonderdeel: de onwettigheid van het advies van ANB

1. Op 3 augustus 2017 adviseerde ANB ongunstig over de aanleg van de toegangsweg (zie hoger, onder I.2.).

Het negatief advies was gesteund op artikel 36ter Natuurdecreet, aangezien ANB van mening was dat (samengevat):

- het aangevraagde een betekenisvolle aantasting van de instandhoudingsdoelstellingen van de speciale beschermingszone (Vogelrichtlijngebied: Slikken en schorren van de Beneden-Schelde "BE2301336") zou betekenen,

- en doordat het aangevraagde voorziet in een verkleining van het “foerageergebied” van de Bruine Kiekendief, zoals aangeduid door het Soortenbeschermingsprogramma voor de Antwerpse haven,

terwijl de passende beoordeling van verzoekende partij – opgemaakt door een erkend MER-deskundige – aanvoert dat de impact beperkt zal blijken en er nog altijd voldoende foerageergebied zal overblijven, waardoor er geen sprake kan zijn van een betekenisvolle aantasting (zie suk 1, p. 31 e.v.).

ANB heeft m.a.w. eigenhandig geoordeeld dat het aangevraagde een betekenisvolle aantasting zou impliceren.

2. Verzoekende partij ontkent niet de artikel 36ter Natuurdecreet van toepassing is. Immers, de volledige Bayervlakte ligt in een speciale beschermingszone.

Om die reden heeft vergunningsaanvrager dan ook, conform de wettelijke verplichting uit 36ter Natuurdecreet, een passende beoordeling laten opmaken door een erkend MER-deskundige en deze gevoegd bij het aanvraagdossier, zodat een adviesverlenende of vergunningverlenende overheid hiermee rekening kan/moet houden bij het verlenen van een advies of bij het nemen van de vergunningsbeslissing.

Het ongunstig advies van ANB over de passende beoordeling is echter gesteund op verkeerde premisses en bijgevolg niet correct.

3. Ten eerste is een Soortenbeschermingsprogramma een programma van soortenbehoudsmaatregelen dat gericht is op het verkrijgen van de gunstige staat van instandhouding van een inheemse soort of een groep van soorten in het gebied waarop het programma van toepassing is.

Het Soortenbeschermingsprogramma werd vastgesteld door het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen en Natuurpunt, dit ter bescherming van de Bruine Kiekendief (hierna afgekort als “SBP Bruine Kiekendief”). Dit SBP Bruine Kiekendief heeft onder meer betrekking op de Bayervlakte (meer bepaald Loghidden City).

Er dient te worden benadrukt dat een SBP geen (direct werkende) norm is waaraan een adviesverlenende of vergunningverlenende overheid rechtstreeks kan/moet toetsen. Een adviesverlenende of vergunningverlenende overheid is niet gebonden door een SBP. Er bestaat overigens geen enkele wetskrachtige bepaling, noch in het Soortenbesluit, noch in enig ander Decreet of Europese Richtlijn, dat bepaalt dat SBP's bindende kracht hebben. Het is louter een programma dat wordt aangenomen in het kader van het actief soortenbeleid (soortenbehoud), dat een verzameling uitmaakt van acties en maatregelen om een diersoort in stand te houden.

De memorie van Toelichting bij het Soortenbesluit verklaart (bij artikel 26 – p. 40/119):

“Verder is volgende toelichting of duiding nuttig: een soortbeschermingsprogramma wordt opgesteld voor een bepaalde soort of een groep van soorten, die zich in een preciaire, ongunstige staat van instandhouding bevinden of het risico lopen daarin terecht te komen, en met als doel het behouden of herstellen van een gunstige staat van instandhouding voor deze soort(en). Het bevat een beschrijving van de situatie waarin de soort zich bevindt en de maatregelen die kunnen worden genomen om

het doel te bereiken. **Het programma dient te worden gezien als een plan van aanpak.**" (Eigen benadrukking).

Bovendien heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving destijds in haar advies 55.862/1 van 14 april 2014 over het ontwerp van Ministerieel Besluit tot vaststelling van het SBP Antwerpse haven (zie **stuk 10**) geoordeeld:

"Het vast te stellen soortenbeschermingsprogramma is als bijlage bij het ontwerp gevoegd. Hieruit blijkt dat het betrokken programma in essentie neerkomt op een bundeling van veertien specifieke plannen voor de bescherming van havenspecifieke soorten die als zogenaamde "paraplu-soorten" worden beschouwd [...].

Het ontwerpen ministerieel besluit strekt derhalve in essentie tot het vaststellen van welbepaalde plannen [...] en is derhalve geen ontwerp van reglementair besluit. [...]

Het dient met andere woorden te gaan om ontwerpbesluiten die nieuwe, dwingende voorschriften bevatten die een onpersoonlijke en abstracte rechtstoestand beogen te regelen en die gelden voor een onbepaald aantal gevallen."

ANB weet zeer goed dat het SBP Bruine Kiekendief (en bij uitbreiding diens inhoud) niet als harde norm kan gelden om enerzijds een passende beoordeling, die gesteund is op correcte en wetenschappelijke bevindingen, haar waarde te ontnemen en anderzijds een vergunningsaanvraag te beïnvloeden.

Desalniettemin toetst ANB in haar advies het aangevraagde uitsluitend aan dit het SBP Bruine Kiekendief, om dan te oordelen dat het aangevraagde een betekenisvolle aantasting zal hebben op de instandhoudingsdoelstellingen voor de Bruine Kiekendief.

4. Net zoals de vergunningverlenende overheid, is het adviesorgaan gebonden door de rechtsplicht tot zorgvuldige voorbereiding: het moet een zorgvuldig onderzoek voeren naar alle relevante feiten en belangen, opdat het met kennis van zaken kan adviseren.

Een advies heeft immers een voorlichtingsfunctie.

Een zorgvuldig onderzoek veronderstelt dat:

- a) Het adviesorgaan zijn onderzoek nauwgezet en nauwkeurig uitvoert ;
- b) Het onderzoek volledig is: het adviesorgaan moet onderzoek voeren naar alle feiten en belangen;
- c) Het onderzoek moet actueel zijn.

Bovendien dient het advies een juiste feitelijke en juridische grondslag te hebben. De feiten waarop het adviesorgaan zich baseert moeten juist zijn en m.a.w. overeenstemmen met de werkelijkheid.

Het adviesorgaan moet de feiten juridisch juist kwalificeren. Of een advies een juiste feitelijke en juridische grondslag heeft, moet o.m. blijken uit de motivering.

De motivering dient deugdelijk te zijn: enkel deugdelijk gemotiveerde adviezen kunnen als grondslag dienen voor de besluitvorming.

5. Het advies van ANB voldoet niet aan deze kwaliteitsvereisten.

Het advies van ANB is dan ook onwettig:

- doordat het de plicht van ANB is om als adviesverlenende instantie aan de vergunningverlenende overheid in concreto aan te tonen en te motiveren waarom het van mening is dat de passende beoordeling niet afdoende is om de vergunningsaanvraag te ondersteunen;
- terwijl haar besluit – dat het aangevraagde een betekenisvolle aantasting zal hebben op de instandhoudingdoelstellingen van de speciale beschermingszone – louter en alleen gesteund is op een toets aan het SBP Bruine Kiekendief, dat niet rechtstreeks bindend is;
- en terwijl haar toets aan het SBP volkomen onredelijk is, daar deze in feite erop neer komt dat geen enkele verdere inname of ingebruikname van Loghiddens City (industriegebied) nog verenigbaar zou zijn met de instandhoudingdoelstellingen;
- zodat ANB niet op een wettige wijze kon besluiten tot een schending van artikel 36ter van het Natuurdecreet.

6. Overigens dient te worden opgemerkt dat Loghiddens City (het noordelijk gedeelte van de Bayervlakte) in het SBP Bruine Kiekendief wordt ingekleurd als “tijdelijk foerageergebied”:

[weergave]

(Zie p. 76 van het SBP Bruine Kiekendief).

Foerageergebied is de biologische term voor het regelmatig terugkerend zoeken en vinden van voedsel door dieren. Wanneer vogels regelmatig een bepaald gebied gebruiken om zich te voeden, dan spreekt men van een foerageergebied.

Hierbij dient te worden opgemerkt dat het tijdelijk foerageergebied van de Bruine Kiekendief thans door verschillende projecten verstoord wordt.

[weergaven]

Op bovenstaande foto's is een werf te zien van ECLUSE, die een bovengrondse leiding aanlegt aan de rand van het tijdelijk foerageergebied. Het tijdelijk foerageergebied ligt er momenteel dus mistroostig bij door deze werkzaamheden.

Voor dit project was een MER vereist, maar er werd een ontheffing aangevraagd én bekomen. In de vergunningsbeslissing zelf (zie **stuk 14**), is niets terug te vinden over een mogelijke impact op het tijdelijk foerageergebied van de Bruine Kiekendief.

Wel staat erin te lezen dat het advies van het Agentschap Natuur en Bos voorwaardelijk gunstig was. Het voorwaardelijk gunstig advies van het Agentschap Natuur en Bos d.d. 4 november 2015 (zie **stuk 15**):

“De aanvraag is afgetoetst aan het soortenbeschermingsprogramma van de Antwerpse haven. **Er is inname van Ecologische infrastructuur, meer bepaald leefgebied voor het Bruin blauwtje.** Bij de plannen zit een compensatievoorstel voor de inname met de inplanting van een mantelzoomstructuur langsheen het Geslecht. **Deze compensatie wordt aanvaard.**”

Uit een detailinventarisatie door Natuurpunt vzw in juni is gebleken dat, in tegenstelling tot eerdere informatie, er geen orchideeën aanwezig zijn in de werfzone.

De werfzone dient wel over het volledige tracé nauwkeurig afgebakend te worden, buiten de werfzone moge geen werkzaamheden plaats vinden.” (Eigen benadrukking).

Het is opvallend dat ANB zich in haar advies hult in stilzwijgen over het tijdelijk foerageergebied van de Bruine Kiekendief, terwijl het overduidelijk is dat de locatie van de vergunning van ECLUSE gelegen is in hetzelfde tijdelijke foerageergebied van Loghiddens City. Het tijdelijk foerageergebied ligt momenteel dus mistroostig bij door deze werkzaamheden van ECLUSE.

Sterker nog, op onderstaande foto's is een werf te zien van ELIA Asset, die het broedgebied van de Bruine Kiekendief gebruikt voor de assemblage van nieuwe hoogspanningspylonen. Deze werf bevindt zich aan de andere kant van de Ketenislaan, m.a.w. tussen de Ketenislaan en de Schelde.

[weergave]

De rode cirkel duidt de inplantingsplaats aan van de nieuwe hoogspanningspyloon op de Ketenisschor (Natura 2000-gebied).

De dijk werd zelfs afgegraven (2 meter verlaagd), waardoor deze niet meer de vereiste Sigmahoogte hebben(!):

*Ook voor dit project was het advies van ANB voorwaardelijk gunstig (zie **stuk 16**, p 19-20).*

Opnieuw wordt enkel rekening gehouden met het Bruin blauwtje, terwijl het project toch overduidelijk het broedgebied (aangeduid door het Soortenbeschermingsprogramma) van de Bruine Kiekendief doorkruist én onherroepelijk inneemt met een grote oppervlakte om het project te kunnen realiseren.

Het tijdelijk foerageergebied wordt heden op verschillende manieren reeds verstoord. Deze gegevens zijn ANB niet onbekend, aangezien ANB steeds heeft opgetreden als adviesverlenend orgaan.

Het is beroepsindiener niet ontgaan dat enkel haar niet kan doorgaan door de aanwezigheid van “tijdelijk foerageergebied” Bruine Kiekendief – wat de waarde hiervan dan uiteindelijk nog mag zijn, precies door allerlei projecten die veel impactvoller zijn dan dat van beroepsindiener... .

Verzoekende partij ziet niet in waarom precies de toegangsweg die zij aanvraagt volgens ANB niet verenigbaar zou zijn met de instandhoudingsdoelstellingen Bruine Kiekendief. Het advies van ANB houdt geen rekening met de juiste feitelijke toestand ter plaatse, waardoor haar advies niet pertinent is.

*7. Bovendien ligt de aanvraag van verzoekende partij niet in broedgebied of leefgebied van de Bruine Kiekendief. **ANB kan in haar advies dan ook niet rechtmatig voorhouden dat de aanvraag leefgebied van de Bruine Kiekendief zou innemen en verstoren.***

ANB beroept zich hier op onjuistheden om het aangevraagde negatief te adviseren.

De oppervlakte tijdelijk foerageergebied zal, nádat het aangevraagde uitgevoerd wordt (aanleg bovengrondse toegangsweg), afnemen met slechts circa 0,6 hectare – oftewel slechts 1,7% t.a.v. het gehele tijdelijk foerageergebied dat 35 ha groot is.

De effecten hiervan op de Bruine Kiekendief worden uitgebreid geanalyseerd, besproken en beoordeeld in de passende beoordeling. ANB kan dan ook niet op een redelijke wijze besluiten dat “het project leefgebied inneemt en het leefgebied van de Bruine Kiekendief verstoort, die de vastgestelde instandhoudingsdoelstellingen niet haalt” (zie advies ANB, p. 2 onderaan).

Dat de instandhoudingsdoelstellingen niet worden gehaald, ligt buiten de macht van verzoekende partij en kan aan haar niet verweten worden. De enigste denkoefening die ANB kan en moet maken is of de concrete aanvraag van verzoekende partij een betekenisvolle aantasting teweeg zal brengen, die deze instandhoudingsdoelstellingen in gevaar zou kunnen brengen.

Hoewel het antwoord op die vraag duidelijk (negatief) beantwoord werd in de passende beoordeling, blijft ANB haar repliek op deze vraag schuldig.

Verzoekende partij kan ANB dan ook niet volgen en ziet niet in waarom de passende beoordeling in deze niet zou volstaan.

8. ANB had ook geen enkele aanleiding om de passende beoordeling, opgesteld door een erkend MER-deskundige, ongunstig te adviseren, aangezien alle mogelijke effecten op de Bruine Kiekendief in rekening werden gebracht en de aanvraag in al zijn aspecten werd afgezet tegen de concrete instandhoudingsdoelstellingen voor de Bruine Kiekendief.

De beoordeling van de diverse beschreven effecten (geluidsverstoring, lichthinder, verkeer, inname natuur, ...) op de doelen van de speciale beschermingszone gebeurt op basis van 6 hoofdvragen. Deze zijn:

- 1. In welke mate heeft het project of activiteit impact op de habitats qua oppervlakte, ruimtelijke spreiding, structuur of kwaliteit?*
- 2. Heeft het project of de activiteit impact op het evenwicht tussen de soorten en populaties in hun geheel, de verspreiding ervan of de densiteit?*
- 3. Heeft het project of de activiteit impact op de centrale factoren van het functioneren van de SBZ als ecosysteem?*
- 4. Heeft het project of de activiteit impact op de abiotische relaties die bepalend zijn voor de structuur en het functioneren van de SBZ?*
- 5. Wat is de invloed van het project op de instandhoudingsdoelstellingen?*
- 6. Welke aanpassingen aan het project leiden tot positieve effecten op habitatten of soorten?*

Gelet op de concrete omstandigheden ter plaatse en de van toepassing zijnde instandhoudingsdoelstellingen, moge het duidelijk zijn dat de passende beoordeling wetenschappelijk, uitvoerig onderbouwd en afdoende is.

Het komt niet aan ANB toe om de deskundigheid van de passende beoordeling, opgemaakt door een erkend MER-deskundige, trachten onderuit te halen.

9. Immers, uit de passende beoordeling moet de zekerheid verkregen worden dat het aangevraagde de natuurlijke kenmerken van de speciale beschermingszone niet betekenisvol zal aantasten. Niet meer, niet minder.

Volgens het Hof van Justitie is daarvan sprake als er wetenschappelijk gezien en redelijkerwijs geen twijfel is dat er (geen) blijvende schadelijke gevolgen zijn.

De passende beoordeling moet alle nodige gegevens bevatten om de vergunningverlenende overheid, die over het voorgenomen moet beslissen, toe te laten dat met volle kennis van zaken te doen. Volgens het Hof van Justitie dienen in een passende beoordeling alle aspecten van een project op basis van de beste wetenschappelijke kennis ter zake te worden geïnventariseerd. Een passende beoordeling dient volledige, precieze en definitieve constatering en conclusies te bevatten, die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de effecten van het project op een beschermingszone kunnen wegnemen.

In het principe-arrest van het Hof van Justitie dd. 7 september 2007, werd uitdrukkelijk geoordeeld:

“Wanneer een dergelijk plan of project weliswaar gevolgen heeft voor het gebied, maar de instandhoudingsdoelstellingen daarvan niet in gevaar brengt, kan het niet worden beschouwd als een plan of project dat significante gevolgen heeft voor het betrokken gebied.” (Eigen benadrukking).

Het Hof vervolgt:

“Dit moet met name worden beoordeeld in het licht van de specifieke milieukenmerken en omstandigheden van het gebied waarop het plan of project betrekking heeft.”

De rechtspraak van het Hof van Justitie is een bron van recht: de uitlegging die door het Hof gegeven wordt aan een bepaling van het Unierecht, geeft aan die bepaling een betekenis en een strekking die de norm vanaf het tijdstip van zijn inwerkingtreding heeft op had moeten hebben. **Uw Raad is aldus gebonden aan deze interpretatie.**

De verplichting die aan Europese lidstaten wordt opgelegd (vanuit de Vogel- en Habitatrichtlijnen) om maatregelen te treffen om ervoor te zorgen dat de kwaliteit van de habitats van soorten in de speciale beschermingszones niet verslechtert en er geen storende factoren optreden, is niet zodanig absoluut dat ervoor moet worden gezorgd dat er nooit enige verandering, van welke aard ook, kan worden aangebracht in het betrokken gebied, dat n.b. een industriële bestemming heeft. ANB kan dan ook niet gevolgd worden, daar waar zij in haar advies schrijft dat de Minister bij besluit d.d. 23 mei 2014 het SBP Bruine Kiekendief heeft vastgesteld, “om een standstil te garanderen” (zie het advies van ANB, p. 2 onderaan).

Elke vergunningsaanvraag moet worden afgezet tegen de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied, die immers de reden zijn dat dit gebied als speciale beschermingszone werd aangewezen.

Advocaat-Generaal E. SHARPSTON heeft in diens conclusie dd. 22 november 2012 bij de zaak C-258/11 van het Hof van Justitie geschreven:

“58. Wanneer zijn gevolgen dan negatief, of is er sprake van een „aantasting”? In dit verband is het wellicht nuttig om tussen drie situaties te onderscheiden.

59. Een plan of project kan een strikt tijdelijk kwaliteitsverlies meebrengen, dat weer volledig ongedaan kan worden gemaakt; met andere woorden, het gebied kan binnen korte tijd worden hersteld in zijn normale staat van instandhouding. Als voorbeeld hiervan kan dienen het graven van een geul in de grond voor de aanleg van een ondergrondse pijplijn door een hoek van een gebied. Mits een eventuele verstoring van het gebied kan worden hersteld, zou er (als ik het goed zie) geen sprake zijn van aantasting van de natuurlijke kenmerken van het gebied.

60. Omgekeerd moeten maatregelen die leiden tot de permanente verwoesting van een deel van de habitat met het oog waarop het gebied werd aangewezen, naar mijn mening per definitie als een aantasting worden beschouwd. De verwoesting kan mogelijk fundamenteel en onomkeerbaar afbreuk doen aan de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied. De situatie in het hoofdgeding valt in deze categorie.

61. De derde situatie omvat plannen of projecten waarvan de gevolgen voor het gebied zich tussen deze beide uitersten bevinden. Voor het Hof heeft nog geen gedetailleerde discussie plaatsgevonden of zulke plannen of projecten wel of niet geacht moeten worden „de natuurlijke kenmerken van het gebied aan te tasten”. Ik acht het raadzaam deze kwestie open te laten tot een latere zaak.”

10. De vergunningsbeslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Gemeente Beveren in eerste aanleg, lag volledig in lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie: in zoverre er sprake kan zijn van gevolgen voor de Bruine Kiekendief, zijn deze niet betekenisvol en worden de instandhoudingsdoelstellingen niet in gevaar gebracht. De vergunning kon dan ook verleend worden.

11. Er kan niet worden ontkend dat de voorliggende passende beoordeling voldoet aan alle kwaliteitseisen waaraan een passende beoordeling dient te voldoen.

De redenering van ANB, gaat dan ook niet op.

Er werd wetenschappelijk onderbouwd waarom het aangevraagde geen significante gevolgen heeft voor de Bruine Kiekendief. De instandhoudingsdoelstellingen komen geenszins in gevaar door de aanvraag, welke een verwaarloosbare impact zal hebben op de oppervlakte – zoals afdoende onderzocht in de passende beoordeling. Er kan dan ook geen sprake zijn van significante gevolgen of “betekenisvolle aantasting”, in de zin van artikel 36ter Natuurdecreet.

12. Het advies van ANB is niet deskundig genoeg om een vergunningverlenende overheid op een afdoende wijze te adviseren bij een vergunningsaanvraag.

Het advies is te beschouwen als een voorbeslissing t.a.v. de bestreden vergunningsbeslissing van verwerende partij en maakt aldus deel uit van een complexe bestuurlijke rechtshandeling.

Aangezien uw Raad bevoegd is om kennis te nemen van een beroep tot vernietiging van een bindend advies, zoals in casu, dat voorafgaat aan een vergunningsbeslissing en een integrerend deel uitmaakt van hetgeen te beschouwen is als een complexe

rechtshandeling, met de vergunningsbeslissing als eindbeslissing, zoals in casu, zal uw Raad willen vaststellen dat het advies om hogervermelde redenen onwettig is en derhalve dient vernietigd te worden.

Het eerste middelonderdeel is gegrond. Het advies van ANB dient vernietigd te worden.

B) Tweede middelonderdeel: de onwettigheid van bestreden vergunningsbeslissing van verwerende partij

13. Op grond van de theorie van de complexe bestuurlijke rechtshandeling kan de vernietiging van de van bestreden vergunningsbeslissing van verwerende partij worden gevorderd op grond van de onwettigheid van het advies van ANB.

De weigeringsbeslissing van verwerende partij is duidelijk gesteund op het ongunstig advies van ANB, dat verwerende partij als bindend diende te beschouwen. Verwerende partij maakt de motieven van ANB zich eigen. De onwettigheid van het ongunstig advies van ANB werd in het eerste middelonderdeel genoegzaam aangetoond en wordt geacht hier te zijn hernomen, om aan te tonen dat de weigeringsbeslissing van verwerende partij gevitteerd is met dezelfde onwettigheid.

Aangezien de bestreden weigeringsbeslissing van de verwerende partij is ingegeven door het ongunstig advies van ANB, heeft de vaststelling dat dit advies behept is met een onwettigheid (zie eerste middelonderdeel) immers tot gevolg dat de bestreden weigeringsbeslissing niet steunt op in rechte en in feite aanvaardbare motieven, en dus op haar beurt onwettig is.

Verwerende partij schendt art. 4.3.3. VCRO, doordat haar zorgvuldig onderzoek van het aanvraagdossier diende te leiden tot de vaststelling dat het advies van ANB niet correct was en niet gevolgd diende te worden – omdat het aangevraagde niet strijdig is met een direct werkende norm binnen een ander beleidsveld – of minstens dat deze strijdigheid sowieso niet bleek uit het aanvraagdossier, zodat de stedenbouwkundige vergunning niet geweigerd diende te worden.

14. Wat betreft de overige motieven m.b.t. “habitattoets” in de bestreden vergunningsbeslissing van verwerende partij, dient te worden opgemerkt dat de weigeringsbeslissing op deze punten ook onwettig is.

Immers,

- doordat het de plicht van verwerende partij is om als vergunningverlenende overheid in concreto aan te tonen en te motiveren waarom het van mening is dat de passende beoordeling niet afdoende is om de vergunning te verlenen;*
- terwijl de passende beoordeling van verzoekende partij afdoende aantoonde dat er geen significante gevolgen te verwachten zijn op de instandhoudingsdoelstellingen van de Bruine Kiekendief;*
- en terwijl verzoekende partij in haar verweernota aan verwerende partij genoegzaam heeft uiteengezet waarom het aangevraagde niet in strijd is met deze instandhoudingsdoelstellingen, rekening houdend met het toetsingskader waarover verwerende partij beschikt;*
- zodat verwerende partij niet op rechtmatige wijze kon besluiten tot een schending van artikel 36ter Natuurdecreet.*

15. Vooreerst dient immers opgemerkt te worden dat verwerende partij niet terecht kan voorhouden dat “het SBP een meer concrete en strategische uitwerking is van de geldende en bindende IHD” (zie **stuk 7**, p. 9 bovenaan). Hiermee bedoelt verwerende partij dat het SBP Bruine Kiekendief, dat dateert van 2014, een meer concrete en strategische uitwerking is van de instandhoudingsdoelstellingen die werden vastgesteld door de Vlaamse Regering op 10 maart 2017. Immers, het SBP is tot stand gekomen in 2014, op basis van twee onderzoeksrapporten uit 2008 en 2012 – terwijl de bindende instandhoudingsdoelstellingen waarvan sprake pas werden vastgesteld door de Vlaamse Regering in 2017.

16. Verwerende partij is bovendien volgende mening toegedaan:

“Zoals hierna wordt verduidelijkt zijn de betreffende IHD geenszins bereikt, zodat elke – zelfs de minste – afname van de natuurlijke kenmerken een inbreuk op de bindende IHD inhoudt, en daarmee eveneens een schadelijk effect op de natuurlijke kenmerken van het gebied het geen tot een weigering van elke aanvraag zou nopen.” (zie **stuk 7**, p. 9, § 4).

Opnieuw is er sprake van “standstill”, wat absoluut niet de bedoeling kan zijn in industriegebied! Verwerende partij kan de instandhoudingsdoelstellingen niet interpreteren als een complete standstill voor een minimale grondinname, zoals in casu.

Verwerende partij vervolgt:

“De aanvrager stelt dat de IHD geen totaalverbod inhouden om in de Waaslandhaven nog enige stedenbouwkundige vergunning te bekomen.

Dit is strikt juridisch correct.

Echter, zoals de aanvrager zelf in haar verweernota aangeeft wordt de door Art 36ter Natuurdecreet bedoelde te vermijden schade door vaste rechtspraak van het Hof van Justitie zo ingevuld dat, eens vaststaat dat schade er aan een IHD voorvalt, dit per definitie inhoudt dat er sprake is van schadelijke gevolgen voor de natuurlijke kenmerken voor het betrokken gebied.” (zie **stuk 7**, p. 10 bovenaan).

Verwerende partij gaat hier uit van verkeerde lezing van de rechtspraak van het Hof van Justitie en een verkeerde interpretatie van het toepasselijk Unierecht.

Immers, zoals hoger reeds aangegeven, kan volgens het Hof van Justitie een vergunning verleend worden die weliswaar gevolgen kan hebben voor het gebied, maar de toepasselijke instandhoudingsdoelstellingen niet in gevaar brengt:

“Wanneer een dergelijk plan of project weliswaar gevolgen heeft voor het gebied, maar de instandhoudingsdoelstellingen daarvan niet in gevaar brengt, kan het niet worden beschouwd als een plan of project dat significante gevolgen heeft voor het betrokken gebied.” (Eigen benadrukking).

Ten dien einde heeft verzoekende partij een passende beoordeling laten opmaken door een erkend MER-deskundige, waaruit dat er wetenschappelijk gezien en redelijkerwijs geen blijvende schadelijke gevolgen zijn voor de Bruine Kiekendief.

17. In tegenstelling tot wat verwerende partij tracht te doen, is het niet aan haar om het wetenschappelijk onderzoek in de plaats van verzoekende partij opnieuw te doen en anders te besluiten.

17.1. Zo kan verwerende partij niet dienstig verwijzen naar p. 22 van de passende beoordeling, om te stellen dat de instandhoudingsdoelstellingen niet worden gehaald. Dat de instandhoudingsdoelstellingen niet worden gehaald, ligt buiten de macht van verzoekende partij en kan aan haar niet verweten worden. De enigste denkoefening die verwerende partij kan en moet maken is of de concrete aanvraag van verzoekende partij een betekenisvolle aantasting teweeg zal brengen, die deze instandhoudingsdoelstellingen in gevaar zou kunnen brengen. Om de beperkte aanvraag te weigeren omdat het aantal broedgevallen van de Bruine Kiekendief is gedaald sinds de start van de monitoring, is onredelijk en houdt onvoldoende rekening met alle feitelijke aspecten van dit dossier.

17.2. Zo kan verwerende partij ook niet dienstig verwijzen naar p. 25 van de passende beoordeling, om te stellen dat er rechtstreeks en permanent leefgebied verloren gaat. Immers, uit de passende beoordeling blijkt dat het slecht om een fractie (0,6 ha van de 35 ha) aan tijdelijk foerageergebied wordt verhard door toegangsweg – waardoor deze zeer beperkte inname niet kan beschouwd worden als een betekenisvolle aantasting.

17.3. Zo kan verwerende partij ook niet dienstig verwijzen naar p. 33 van de passende beoordeling, om te stellen dat het tijdelijk foerageergebied kwalitatiever kan gemaakt worden.

p. 33 van de passende beoordeling stelt dat de kwaliteit van het tijdelijk foerageergebied kan verbeterd worden door de maïs te vervangen. **Intussen heeft verzoekende partij op haar eigen terrein alle maïs verwijderd.**

Zoals hoger reeds is gebleken (randnummer 6), wordt het tijdelijk foerageergebied heden op verschillende manieren (door verschillende projecten) reeds verstoord. De bestreden vergunningsbeslissing van verwerende partij houdt geen rekening met de juiste feitelijke toestand ter plaatse, waardoor haar beslissing niet pertinent is.

17.4. Verwerende partij kan ook niet aan de passende beoordeling verwijten dat er werd geoordeeld dat het effect van geluidsverstoring weinig relevant is in havengebied (zie p. 26 van de passende beoordeling).

Verwerende partij kan niet stellen dat de bevindingen in de passende beoordeling dienaangaande “zonder onderbouwing worden geponeerd”, integendeel.

In de scoping over de geluidsverstoring, meer bepaald in § 5.2.2. op p. 26 van de passende beoordeling, werd vermeld dat er waarnemingen bestaan van Bruine Kiekendieven die broeden te midden van veel drukke havenwegen en afritten van snelwegen, nl. Steenlandpolder ter hoogte van afrit Waaslandhaven Oost op de R2. Ok werd vermeld dat in de omgeving van de bemalingspompen in de werfzone aan de Ketenislaan verschillende vogels foerageerden tijdens het terreinbezoek van de MER-deskundige. Op basis van die feitelijke waarnemingen werd geconcludeerd dat geluidsverstoring weinig relevant is.

Het is intellectueel niet correct van verwerende partij om deze waarnemingen van de MER-deskundige als “zonder onderbouwing” weg te zetten.

Daarbij dient nog te worden opgemerkt dat de aangevraagde toegangsweg op eigen terrein, waar het vrachtverkeer niet sneller dan 20 km/u mag rijden, geen bijkomende geluidsverstoring zal genereren t.a.v. het steeds aanwezige geluid van de R2, gelegen op minder dan 200 meter van de plaats waar het aangevraagde gepland is.

17.5. Ten slotte schrijft verwerende partij dat de passende beoordeling uitgaat van een “weinig realistische voertuigintensiteit van 1,5 voertuigen per minuut, d.i. een gelijke spreiding over de dag van de verwachte 2000 voertuigbewegingen per dag.”

Dit is totaal niet correct.

In de passende beoordeling werden de spitsuurgegevens uit het goedgekeurde MER voor Loghadden City gebruikt. 1,5 voertuig per minuut geldt voor een spitsuur, niet voor de volledige dag. Dit staat zo in de passende beoordeling:

“Totale intensiteiten op de toegangsweg in de avondspits wordt dan 10 personenwagens en 73 vrachtwagens. Dit zijn minder dan 1,5 voertuigen per minuut, beide richtingen samen.” (Eigen onderlijning - zie p. 30 van de passende beoordeling).

Het zijn onderbouwde cijfers, want ze zijn afkomstig uit een goedgekeurd MER. Het is intellectueel oneerlijk om deze als weinig realistisch weg te zetten, zonder dat verwerende partij het zelf onderbouwt.

Bovendien werden de cijfers in de passende beoordeling gebruikt om de oversteekbaarheid van de weg tijdens het drukste uur in te schatten: dit is voor het inschatten van de barrièrewerking van de weg, niet voor het inschatten van de eventuele verstoring van het foerageergebied.

*In de bestreden weigeringsbeslissing doet verwerende partij evenwel een aanname i.v.m. verstoring van het foerageergebied bij hogere verkeersintensiteiten (zie **stuk 7**, p. 11, § 2). De bestreden weigeringsbeslissing stelt dat de verstoring heel wat groter zou zijn dan begroot, maar verwerende partij laat na om te onderbouwen waarom zij die mening toegedaan is en op basis van welke gegevens zij tot die mening is gekomen.*

Het moge duidelijk zijn dat de bestreden weigeringsbeslissing ook op dit punt niet gesteund is op correcte gegevens en alles behalve afdoende is gemotiveerd.

18. Integendeel, formuleert de passende beoordeling een pertinent en afdoende deelbesluit op p. 33:

[weergave]

De doelstelling, nl. het aantal broedkoppels Bruine Kiekendieven laten stijgen, minstens niet doen afnemen, zal niet gehinderd worden door het beperkte voorwerp van onderhavige aanvraag.

Verwerende partij kan niet redelijkerwijze besluiten tot het tegendeel, door op stijlformulistische wijze te stellen dat de afname van het tijdelijk foerageergebied een “ernstige inbreuk” op de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied inhoudt.

Verzoekende partij kan niet uit de bestreden vergunningsbeslissing van verwerende partij afleiden op welke wijze verwerende partij tot dit besluit komt, laat staan waarom zij van mening is dat er sprake is van een ernstige inbreuk. Waaruit blijkt die ernst? Waarom is het een inbreuk? Verwerende partij moet het antwoord op die vragen schuldig blijven.

De beoordeling van het aangevraagde (met beperkte omvang) t.a.v. de instandhoudingsdoelstellingen Bruine Kiekendief heeft plaatsgevonden zonder voldoende kennis van zaken en op een te eenzijdige wijze, alleen maar rekening houdende met het advies van ANB en te weinig met de wetenschappelijke studie uit de passende beoordeling van verzoekende partij.

De bestreden vergunningsbeslissing is dan ook niet pertinent.

19. De bestreden beslissing verwijt ook aan de passende beoordeling dat niet geconcludeerd werd in verband met de bindende instandhoudingsdoelstellingen d.d. maart 2017.

Verzoekende partij heeft dienaangaande in haar verweernota nochtans verwerende partij uitgebreid geïnformeerd.

*De instandhoudingsdoelstellingen en prioriteiten van de met toepassing van de Vogelrichtlijn aangewezen speciale beschermingszone 'BE 2301336 Schorren en polders van de Beneden-Schelde', zitten vervat in Bijlage 2, gevoegd bij het Besluit van 10 maart 2017 (zie **stuk 12**). De Vlaamse Minister, bevoegd voor de landinrichting en het natuurbehoud, is belast met de uitvoering van dit besluit.*

De doelstellingen voor de Bruine Kiekendief worden als volgt gesteld:

[weergave]

Er worden twee doelstelling gesteld:

- Verhogen populatie van 9-26 broedparen naar 30-35 broedparen;*
- Verbeteren van de kwaliteit van het leefgebied onder meer door de instandhouding van voldoende kwalitatieve open ruimte (bij voorkeur braakliggend of extensief beheerd terrein) rond de broedgebieden als foerageergebied.*

Het moge duidelijk zijn dat het Besluit d.d. 10 maart 2017 en diens doelstellingen uit Bijlage 2, géén verbod inhouden om in de Waaslandhaven (industriegebied bij uitstek) nog enige stedenbouwkundige vergunningsaanvraag in te dienen. Er wordt geen "standstill" in het leven geroepen. Bovendien verleent de Vlaamse Regering een marge m.b.t. de oppervlakte van het foerageergebied (en geenszins een strikt opgelegd minimum). Integendeel, er is sprake van doelstellingen, welke even goed gehaald kunnen worden, zelfs wanneer nog stedenbouwkundige vergunningen verleend worden. Dat blijkt genoegzaam uit de passende beoordeling.

20. Uit het "Rapport 41", geschreven door het Agentschap Natuur en Bos, dat de basis heeft gevormd van het Besluit d.d. 10 maart 2017 en diens instandhoudingsdoelstellingen, stelt bovendien dat het aantal broedparen van de Bruine Kiekendief gedaald is, maar nu is gestabiliseerd (zie stuk 13, p. 32 en p. 141).

*Meer nog, het Rapport 41 stelt bovendien dat het broedsucces van de Bruine Kiekendief niet actief wordt gemonitord en dus onbekend is (zie **stuk 13**, p. 141).*

21. Uit verder onderzoek is bovendien gebleken dat het noordelijke deel van de Bayervlakte zelfs niet geschikt is als tijdelijk foerageergebied voor de Bruine Kiekendief en er niets geweten is over het gebruik door de Bruine Kiekendief van deze zone. De terreinen op de

Bayervlakte zijn voor muizen, dit is de belangrijke prooi-soort voor de Bruine Kiekendief, niet geschikt. De aanwezige Bruine Kiekendieven hebben geen zenders, dus momenteel is er niets geweten over waar ze vooral foerageren.

22. Zelfs wanneer de aanvraaglocatie door dit Besluit bestempeld zou worden als tijdelijk foerageergebied, kan het aangevraagde verleend worden, gelet op diens minimale impact en de afdoende beoordeling van de effecten op de Bruine Kiekendief in de passende beoordeling.

De effecten op de Bruine Kiekendief worden uitgebreid geanalyseerd, besproken en beoordeeld in de passende beoordeling.

Verzoekende partij begrijpt dan ook niet waarom verwerende partij van mening is dat het “weinig ernstig” lijkt om alsnog te concluderen dat er geen “significante schade” op de natuurlijke kenmerken van het gebied zal voorbellen (p. 11, § 6 van de bestreden weigeringsbeslissing).

Sterker nog, verwerende partij zet niet uiteen waarom zij van mening is dat de instandhoudingdoelstelling in gevaar zouden komen door de aangevraagde toegangsweg. De slagzinnen die verwerende partij gebruikt, kunnen niet kwalificeren als een afdoende motivering.

23. In het licht van de hoger geciteerde rechtspraak van het Hof van Justitie, kan het aangevraagde niet beschouwd worden als een project dat significante gevolgen heeft voor de Bruine Kiekendief, waardoor verwerende partij (op grond van art. 36ter Natuurdecreet) niet verplicht was om de vergunning te weigeren.

Ter zake is de bestreden vergunningsbeslissing van verwerende partij niet afdoende gemotiveerd en aldus kennelijk onredelijk om de aanvraag te weigeren.

Het tweede middelonderdeel is gegrond. De bestreden vergunningsbeslissing van verwerende partij dient vernietigd te worden.

...

2.

In haar antwoordnota brengt de verwerende partij het volgende in tegen het eerste middel:

“...

In een eerste middelonderdeel betoogt verzoekende partij dat het advies van het Agentschap Natuur en Bos (ANB) onwettig is.

Uw Raad zal echter willen vaststellen dat in de bestreden beslissing niet het advies van ANB een weigeringsgrond is, wel de schending van artikel 36ter van het Natuurdecreet:

“Er kan geconcludeerd worden dat de aanvraag ontegensprekelijk rechtstreeks ingaat tegen de IHD (zijnde het verhogen van het aantal broedparen door het vergroten van het broed- en foerageergebied) én het SBP dat al een verregaande accommodatie voor de ontwikkeling van de Bayervlakte voorzag.

Dienvolgens moet op grond van artikel 36ter natuurdecreet de vergunning geweigerd worden.”

Deze schending houdt een legaliteitsbelemmering in, welke de vergunning voor dat onderdeel van de aanvraag onmogelijk maakt.

Het gegeven dat het advies van ANB eenzelfde schending vaststelt, maakt niet dat de bestreden beslissing uitsluitend op grond van dit advies de vergunning weigert.

Integendeel zal uw Raad willen vaststellen dat, gelet op de tegengestelde standpunten van ANB en de aanvrager op dit punt, de deputatie de beoordeling van eventuele significant negatieve gevolgen voor de aanwezige SBZ volledig zelf maakte.

De conclusie van deze eigen beoordeling, namelijk de vaststelling van de schending van artikel 36ter van het Natuurdecreet, is de eigenlijke weigeringsgrond, niet het advies van ANB.

Het onwettig bevinden van het advies van ANB maakt de motivering van de bestreden beslissing met andere woorden niet minder draagkrachtig. Het middelonderdeel dat zich enkel richt op een overtoollig motief dient wegens onontvankelijkheid te worden afgewezen.

Het middelonderdeel is eveneens onontvankelijk voor zover verzoekende partij de vernietiging van het advies aan uw Raad verzoekt (p30 verzoekschrift).

Enkel in het geval uw Raad het middelonderdeel alsnog ontvankelijk zou vinden – quod certe non- wordt nog kort ingegaan op de inhoudelijke argumentatie bij het middelonderdeel.

Hierbij wordt vooreerst opgemerkt dat deze argumentatie bij het middelonderdeel grotendeels gelijklopend is als de deze die verzoekende partij in haar verweernota in de beroepsprocedure liet horen. Het standpunt is dan ook al grotendeels in de bestreden beslissing weerlegd (dit wordt niet door verzoekende partij betwist).

Hieronder alsnog een kort antwoord op de beweringen van verzoekende partij:

1. Het advies van ANB gebruikt de bevindingen van het soortenbeschermingsplan (SBP) opgesteld voor de Antwerpse haven als relevante feitelijkeheden. Het valt op dat verzoekende partij haar argumentatie beperkt tot de stelling dat dit SBP niet bindend is, zodat het naast zich neer moet/kan gelegd worden.

Nergens beweert verzoekende partij dat het SBP inhoudelijk niet correct zou zijn.

Zoals in de bestreden beslissing duidelijk wordt geëxpliciteerd, is dit SBP: “Hoewel [...het] niet rechtstreeks bindend is, is het duidelijk dat dit een meer concrete en strategische uitwerking is van de geldende, en bindende IHD. Dit SBP is aldus een onderbouwd feitelijk document.”

2. Verzoekende partij verwijt ANB verder dat zij in haar advies enkel rekening houdt met dit SBP.

Dit is kennelijk fout, nu in het advies letterlijke verwezen wordt naar de feitelijke toestand ter plaatse, de kenmerken van de voorliggende aanvraag en de bindende instandhoudingsdoelstellingen (IHD's). Bovendien gaat de passende beoordeling die verzoekende partij liet maken eveneens uit van dit SBP. Verzoekende partij ondergraaft aldus haar eigen aanvraag.

3. Verzoekende partij verwijst eveneens naar andere projecten die volgens haar het betreffende foerageergebied zouden verstoren.

Dit is vanzelfsprekend irrelevant voor de beoordeling van de wettigheid van huidige bestreden beslissing of het onderhavige advies van ANB. De insinuatie dat andere projecten wel ernstige negatieve gevolgen voor beschermde soorten en habitats veroorzaken, geeft verzoekende partij evident niet het recht dat ook te mogen doen, en wijst er enkel op dat ook verzoekende partij van mening is dat elke ingreep in dit gebied een significant negatieve impact op de beschermde natuur heeft.

4. Verzoekende partij poneert dat het ANB niet toekomt om de deskundigheid van de passende beoordeling onderuit te halen.

Dit is een bizarre stelling.

Het is de taak van ANB om als deskundige adviesinstantie haar standpunt over een aanvraag en diens impact op de natuur te kennen te geven.

Zij doet dit in casu. Op grond van correcte feitelijkheden stelt zij vast dat bindende instandhoudingsdoelstellingen worden geschaad, zodat zij negatief adviseert.

De al te eenvoudige bewering van verzoekende partij dat ANB “niet deskundig genoeg” is om de vergunningverlenende overheid te adviseren, is grotesk, en duidt op de zwakte van het standpunt van verzoekende partij.

Zoals uit het advies en de bestreden beslissing duidelijk blijkt, zijn er ernstige bedenkingen te maken bij de door de aanvrager gevoegde passende beoordeling.

ANB is, anders dan de opsteller van de passende beoordeling die louter door verzoekende partij wordt betaald, een neutrale overheidsinstantie, met als enig oogmerk het behoud, de bescherming en de ontwikkeling van natuur.

*Het betoog van verzoekende partij tegen het advies van ANB, faalt.
Het middelonderdeel is onontvankelijk, minstens ongegrond.*

Als tweede middelonderdeel beweert verzoekende partij dat nu het advies van ANB onwettig is, de bestreden beslissing die zich daarop baseert, eveneens onwettig is. Daarnaast stelt verzoekende partij dat de deputatie ten onrechte, minstens op onvoldoende gemotiveerde wijze, tot de conclusie komt dat de IHD's in casu geschonden zijn.

Het middelonderdeel is onontvankelijk in zoverre verzoekende partij beweert dat de bestreden beslissing enkel is gebaseerd op het advies van ANB. Verzoekende partij spreekt deze stelling immers onmiddellijk zelf tegen aangezien ze het eigen oordeel van de deputatie omtrent de IHD's ook bekritiseert.

Verzoekende partij werpt vooreerst op dat de deputatie niet kan voorhouden dat het SBP een meer concrete en strategische uitwerking is van de geldende IHD's.

Verzoekende partij leidt dit af uit de chronologie van juridische totstandkoming van beide documenten.

De stelling van de deputatie is evident correct. Daar waar de IHD's algemene doelstellingen opleggen voor het ganze Vogelrichtlijngebied (SBZ-V), differentieert het SBP verschillende functies voor verschillende zones in het SBZ-V. Dat dit SBP dateert van voor de juridische vaststelling van de IHD's is vanzelfsprekend irrelevant. Het SBP behelst hetzelfde als de IHD's maar op een meer gedetailleerde manier.

Verzoekende partij vervolgt haar betoog met de bewering dat de schending van de IHD's, zoals die in casu voorligt, geen absolute "standstill" in industriegebied mogen inhouden.

Verzoekende partij laat na haar rechtsgrond voor deze bewering mee te geven.

Integendeel is duidelijk dat telkens een schending van bindende IHD's wordt vastgesteld, artikel 36ter van het Natuurdecreet de vergunning verlenende overheid verplicht de aanvraag te weigeren.

De deputatie concludeert in casu volledig terecht dat de aanvraag een significante schending van IHD's inhoudt, zodat er een schending van artikel 36ter voorligt, en de aanvraag bijgevolg moet geweigerd worden.

In dit middelonderdeel beweert verzoekende partij dat het niet aan de deputatie als vergunningverlenende overheid toekomt om het wetenschappelijk onderzoek uit de passende beoordeling over te doen.

Net zoals de bewering dat ANB hier niet voor bevoegd was, is deze stelling grotesk.

Verzoekende partij wil met andere woorden dat elk gegeven dat door een aanvrager wordt meegedeeld, klakkeloos als 'voor waar' wordt aangenomen.

Integendeel is het duidelijk dat de zorgvuldigheidsplicht die op de vergunningverlenende overheid rust, vereist dat de overheid de gegevens van het dossier zorgvuldig onderzoekt.

In casu heeft de deputatie de passende beoordeling onderzocht, en afgetoetst aan de situationele feitelijkheden en bepalingen.

Op gerede grond en met een duidelijke motivering heeft de deputatie een aantal tegenstrijdigheden en omissies in de passende beoordeling gevonden.

Geheel terecht en geheel gegrond kwam de deputatie na een eigen zorgvuldig onderzoek tot de conclusie dat de bindende IHD's weldegelijk geschonden waren.

Als weerwerk tegen deze conclusie beweert verzoekende partij dat het niet halen van de IHD's haar niet kan verweten worden omdat dit buiten haar macht ligt, dat het verlies aan foerageergebied in oppervlakte beperkt is, en dat andere projecten dit foerageergebied ook verstoren.

Uw Raad zal willen oordelen dat geen van deze argumenten door de deputatie worden gebruikt als weigeringsmotief. Uw Raad zal bovendien willen vaststellen dat verzoekende partij hier opnieuw uitdrukkelijk erkent dat haar aanvraag weldegelijk een ernstige impact op dit foerageergebied inhoudt.

Uw Raad zal ten slotte willen oordelen dat deze argumenten op geen enkele wijze aan verzoekende partij het recht geven het beschermd vogelrichtlijngebied, in weerwil van de bindende IHD's te schenden.

Verzoekende partij tracht verder aan te tonen dat de impact van het gebruik van de aangevraagde ontsluitingswegen, kleiner is dan wat de deputatie van oordeel is.

Deze discussie is naast de kwestie.

De inname van grondoppervlakte door de aanleg van de wegen is op zich voldoende om tot een schending van de IHD's te oordelen. De deputatie stelt terecht:

“Er kan dus niet anders dan te worden geoordeeld dat, nu men nog ver van de vooropgestelde IHD is, elke, zelfs de meest geringe aantasting van broed- of foerageergebied van de Bruine kiekendief de (te) kleine populatie, en daarmee ook de IHD ernstig schaadt.”

Verzoekende partij tracht als laatste nog de feitelijke incorrectheid aan te tonen, minstens twijfel te zaaien over de hierboven geciteerde conclusie.

De redenering is echter zeer eenvoudig.

Nergens –ook niet in de passende beoordeling, ook niet hier door verzoekende partij- wordt betwist dat het IHD inzake de Bruine Kiekendief in dit SBZ-V een significante verhoging van het aantal broedparen inhoudt.

Evenmin wordt betwist dat er op vandaag minder broedparen zijn ten opzichte van de vastgestelde toestand in de IHD.

De toestand is nu dus slechter dan de als slecht beoordeelde bestaande toestand, laat staan dat er enige stappen worden genomen om het vooropgestelde, bindende instandhoudingsdoel te bereiken.

Hoe verzoekende partij dan nog ernstig kan beweren dat de IHD's niet zullen geschonden worden door haar aanvraag die (nog maar eens) foerageer- en/of leefgebied van de beschermde soort afneemt, is verwerende partij niet duidelijk.

Dat haar aanvraag slechts een in oppervlakte relatief beperkte inname betekent, is irrelevant. Verzoekende partij tracht de techniek van ‘death by a thousand cuts’ als verantwoording te gebruiken.

Dit wordt alleszins niet aanvaard volgens vaste rechtspraak van de Raad van State en het Hof van Justitie (Zie bvb, H. SCHOUKENS, Limburgse noord-zuidverbinding sneuvelt opnieuw op natuurdoelen: a death by a thousand cuts revisited?, T.O.O., 2017, p. 206 waarin over rechtspraak van de RvSt en het HvJ wordt geconcludeerd: “wanneer behoud of hersteldoelen spelen moet elke vernietiging van een habitat, hoe beperkt ook, als significant worden beoordeeld. Dit lijkt common sense: wanneer de referentietoestand ongunstig is, kan elk beperkt effect ‘betekenisvol’ zijn. Pas wanneer de natuur meer weerbaar is gemaakt, kan men binnen de habitattoets eventueel op meer flexibiliteit hopen.”).

Gelet op de desastreuze toestand van de betreffende IHD's houdt elke afname van foerageer- en/of leefgebied van de Bruine Kiekendief evident een significant negatieve impact in.

Dat dit de facto een 'standstill' in dit industriegebied inhoudt, buiten de macht van verzoekende partij om, maakt niet dat dit oordeel onwettig is.

Het inmiddels grotendeels vernietigde GRUP 'Afbakening Zeehavengebied Antwerpen - havenontwikkeling linkeroever' trachtte aan deze toestand te verhelpen door elders remediërende maatregelen te voorzien. Er is op vandaag echter nog geen nieuw GRUP voorhanden.

Het door verzoekende partij bekritiseerde SBP tracht eveneens aan deze toestand te verhelpen door binnen het volledige vogelrichtlijngebied zones af te bakenen die belangrijk en te behouden zijn, en zones die minder belangrijk zijn en aldus kunnen ontwikkeld worden. De aanvraag van verzoekende partij situeert zich echter net binnen een te behouden zone. Het grootste deel van de Bayervlakte is niet als dusdanig aangeduid, zodat de stelling van verzoekende partij dat deze IHD's een 'standstill' in industriegebied betekenen, sterk te nuanceren is.

De beoordeling van de deputatie, dat de aanvraag een significant negatief gevolg inhoudt voor de IHD's in dit SBZ-V, is correct, redelijk, en duidelijk gemotiveerd.

Het middelonderdeel is deels onontvankelijk, en geheel ongegrond.

*Het eerste middel is deels onontvankelijk, en geheel ongegrond.
..."*

3.

De tussenkomen partij brengt met haar schriftelijke uiteenzetting het volgende in:

"...

Het aangevraagde project is gesitueerd binnen de contouren van de SBZ-V 'Schorren en Polders van de Benedenschelde' (BE2301336).

Bij besluit van de Vlaamse regering van 10 maart 2017 houdende definitieve vaststelling van de instandhoudingsdoelstellingen en prioriteiten voor de met toepassing van de Vogelrichtlijn aangewezen speciale beschermingszone 'BE 2301336 Schorren en polders van de Beneden-Schelde' werden volgende instandhoudingsdoelstellingen vastgelegd voor de Bruine kiekendief:

	Populatiedoelstellingen	Kwaliteitseisen aan de leefgebieden
<i>Bruine kiekendief</i>	<p>↑</p> <p><u>Actueel:</u> 9-26 broedparen</p> <p><u>Doel:</u> 30-35 broedparen, Waarvan minstens 12 overlap met IHD-Z</p> <p>Dit vereist een oppervlakte broedgebied onder de vorm van rietvelden en moerassen van 155 - 350 ha en een oppervlakte kwaliteitsvol foerageergebied van 3 000 - 7 000 ha.</p>	<p>↑</p> <p><u>Doel:</u></p> <p>Verbetering van de kwaliteit van het leefgebied onder meer door de instandhouding van voldoende kwalitatieve open ruimte (bij voorkeur braakliggend of extensief beheerd terrein) rond de broedgebieden als foerageergebied.</p> <p>Broedgebied uitgestrekte rietvelden en moerassen met</p>

	<p>Door het principe van zuinig ruimtegebruik en de keuze voor een optimale mozaiek van foerageergebied en broedgebied, volstaat een oppervlakte kwaliteitsvol foerageergebied van minimaal 3.000 — 3.500 ha.</p> <p>Tot het foerageergebied wordt, conform de LSVI-criteria, gerekend. de natuurkernstructuur (ca 1 300 ha), de Ecologische Infrastructuur (ca. 1 300 ha), de Ecologische Infrastructuur zoals Steenlandpolder, Haasop, Spaans Fort (ca 300 ha), Groot Saeftinge met de Hedwigepolder en het landbouwgebied binnen SBZ (basisnatuurkwaliteit).</p> <p>SBZ-V LSO 28 tot 33 broedparen waarvan 3 in Groot Rietveld,</p> <p>SBZ-V Groot Buitenschoor en Galgenschuur 2 broedparen in Galgenschuur. Dit vereist een mozaiek van foerageer- en broedgebied van 323 ha slik en schor</p> <p><u>Motivering:</u> SBZ-V 8E2301336 is essentieel</p>	<p>dichte vegetatie en weinig bomen.</p> <p>voldoende kwalitatieve open ruimte waaronder, vochtige graslanden en cultuurland met groot voedselaanbod. Het optimale foerageergebied voorziet in een groot voedselaanbod aan vogels en kleine zoogdieren De verschillende types natuurkern gebied van het MMHA zijn geschikt. De open gedeelten van de ecologischeinfrastructuur in Zeehavengebied, alsook bepaalde landbouwteelten kunnen geschikt fourageergebied zijn. Lijnvormige en niet-opgaande kleine landschapselementen kunnen tevens functioneren als fourageergebied.</p> <p><u>Motivering.</u></p> <p>Door de realisatie van de habitatdoelen zal de habitatkwaliteit en- kwantiteit voor deze soort verder toenemen. Deze worden bereikt door de kwaliteitseisen die gesteld worden aan vogelleefgebieden voorzien in het MMHA.</p>
--	---	---

Mede met het oog op de realisering van deze instandhoudingsdoelstellingen werd voor het Antwerpse Havengebied een soortenbeschermingsprogramma opgemaakt. Dit programma werd aangenomen bij ministerieel besluit van 23 mei 2014. Dit soortenbeschermingsprogramma bevat een specifiek pakket maatregelen voor de instandhouding (en uitbreiding) van de populatie Bruine kiekendieven. Het uitgangspunt is dat een standstill dient bewaakt te worden:

'Conform de afspraken in de Achtergrondnota Natuur, de plan-MER en de faseringsnota inzake de realisatie van het GRUP dienen de **instandhoudingsdoelstellingen voor Bruine kiekendief** en andere meeliftende IHD-soorten **uiteindelijk zoveel mogelijk geborgen te worden in de natuurkernstructuur buiten de haven. In afwachting daarvan dient een strikt standstil-beleid ten aanzien van deze soorten in het havengebied gerespecteerd te worden.**'

[eigen aanduiding]

Zo gelden bepaalde maatregelen voor de Bayervlakte (zie stuk 8, p 55 e v).

'Op grond van het locatieonderzoek, zoals verder in detail uiteengezet in 5 3 en met inachtnaam van het uitgangspunt, zoals verwoord in 5 2 1 c worden enkele gebieden

binnen het afgebakend havengebied voor de duurtijd van het SBP **geoptimaliseerd als tijdelijk foerageergebied**.

5.2.5.1. Bayervlakte

De faseringsnota natuur LSO voorziet het behoud van de Bayervlakte tot na de inrichting van Doelpolder Midden en Prosperpolder Noord Ten behoeven van het behoud van het broedpaar in de Ketenisseschor (= één van 7 te behouden broedparen buiten het havengebied op LSO) en met in achtnaam van de voorwaarden zoals vermeld in 5.2.1.c. **zal gedurende het eerste SBP een gedeelte van de huidige (2012) braakliggende terreinen (35ha) op de Bayervlakte worden ingeschakeld als tijdelijk foerageergebied binnen havengebied (zie Figuur 7).**

De in Figuur 7 aangeduide terreinen op de Bayervlakte zullen in functie van geschikt foerageergebied omgevormd en beheerd worden.

Het betreft ten eerste het verwijderen van de beboste delen en deze inzaaien met grassen. Ten tweede zullen enkele zones heringezaaid worden met grassen en kruidachtigen.'

[eigen aanduiding]

[weergave]

Belangrijk is ook volgende passage uit het soortenbeschermingsprogramma (stuk 8, p. 86):

'6. Verslag overleg actoren over maatregelen

Hieronder wordt een eerste overzicht gegeven van de belangrijkste actoren die bepalend zijn in het realiseren en het beheer van geschikt foerageer- en broedgebied voor Bruine kiekendief. **Met alle actoren heeft overleg plaatsgevonden en is er kennis genomen van de te ondernemen maatregelen binnen dit ISBPP.**

[...]

GHA/MLSO/**NV Katoennatie**: ontbossing en inzaaiing terreinen.

Bayervlakte in functie van foerageergebied.'

[eigen aanduiding]

14. Het aangevraagde project situeert zich exact in dat deel van de Bayervlakte dat is aangeduid als tijdelijk foerageergebied voor de Bruine kiekendief.

In de passende beoordeling die aan het aanvraagdossier is gehecht, wordt desondanks gesteld dat het project geen betekenisvolle aantasting van de instandhoudingsdoelstellingen van de Bruine Kiekendief zal betekenen.

Deze passende beoordeling werd evenwel ongunstig geadviseerd door tussenkomende partij in haar advies van 3 augustus 2017 (stuk 1), zodat de vergunning niet kon worden verleend.

15 In haar verzoekschrift poneert verzoekende partij dat het advies van tussenkomende partij over de passende beoordeling niet correct zou zijn aangezien het zou gesteund zijn op verkeerde premisses.

Concreet zou een soortenbeschermingsprogramma geen bindende werking hebben, zodat het niet als grond zou kunnen dienen voor de beoordeling van de effecten van een project op de instandhoudingsdoelstellingen van een speciale beschermingszone.

Deze stelling kan niet worden bijgetreden door tussenkomende partij.

Immers geeft het soortenbeschermingsprogramma een concrete en praktische invulling aan de instandhoudingsdoelstellingen. Er kan niet zomaar voorgehouden worden dat een soortenbeschermingsprogramma louter richtinggevend is.

Artikel 36ter, §1 en §3 van het decreet natuurbewoud bepaalt dat de vastgestelde instandhoudingsdoelstellingen bindend zijn voor de adviesverlenende en vergunningverlenende overheid in het kader van de beoordeling van vergunningsplichtige activiteiten gelegen in speciale beschermingszones, zoals in casu.

Een soortenbeschermingsprogramma is conform de definitie ex artikel 1, 11° van het soortenbesluit een programma van soortenbehoudsmaatregelen dat met name gericht is op het verkrijgen van de gunstige staat van instandhouding van een inheemse soort of een groep van soorten in het gebied waarop het programma van toepassing is.

Indien er een soortenbeschermingsprogramma van toepassing is binnen een speciale beschermingszone, dan dient dit alleszins in rekening genomen te worden bij (de beoordeling van) de passende beoordeling. Er kan niet simpelweg aan voorbij gegaan worden, zoals verzoekende partij tracht voor te houden.

Verzoekende partij verwijst naar het advies van de Raad van State, afdeling Wetgeving van 14 april 2014 met nr 55 862/1 om te besluiten dat het soortenbeschermingsprogramma voor het Antwerps havengebied geen bindende werking zou hebben. De Raad van State stelde in dit advies dat het soortenbeschermingsbesluit geen reglementair besluit is in de zin van artikel 3, §1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Dit gegeven betekent echter geenszins dat het soortenbeschermingsprogramma niet bindend zou zijn. Zo leggen ook verkavelingsvergunningen of ruimtelijke uitvoeringsplannen bepaalde bindende normen vast, zonder dat dit reglementaire besluiten zijn in de zin van artikel 3, §1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Bovendien is tussenkomende partij - maar ook verwerende partij -ingevolge het patere legem quam ipse fecisti- en het zorgvuldigheidsbeginsel verplicht om de regels die zij zelf heeft vastgelegd na te leven.

Een soortenbeschermingsprogramma wordt door de minister vastgesteld en heeft een looptijd van 5 jaar. Daarna kan het op basis van een evaluatie worden verdergezet, al dan niet met de nodige aanpassingen. Een vastgesteld soortenbeschermingsprogramma is dus een officieel document en niet vrijblijvend. De gemaakte afspraken binnen zo'n programma zijn beslist beleid en dus bindend.

Er dient dan ook geconstateerd te worden dat tussenkomende partij bij de beoordeling van de effecten van het project op de natuurlijke kenmerken van de speciale beschermingszone diende rekening te houden met de inhoud van het soortenbeschermingsprogramma voor het Antwerps havengebied.

In de marge wenst tussenkomende partij nog op te merken dat verzoekende partij geenszins verklaart dat het soortenbeschermingsprogramma onwettig zou zijn.

16 Verzoekende partij betoogt verder dat het onderzoek niet zou voldoen aan de eisen van zorgvuldigheid en deugdelijkheid, aangezien (i) niet in concreto zou uiteengezet worden waarom de passende beoordeling niet afdoende is, (ii) het advies enkel en alleen gesteund is op een niet-bindend soortenbeschermingsprogramma, en (iii) het

soortenbeschermingsprogramma volkomen onredelijk zou zijn aangezien het geen verdere ingebruikname van het betrokken industriegebied zou toelaten.

Dit standpunt kan eenvoudig worden weerlegd:

(i) *tussenkomen de partij heeft in duidelijke bewoordingen uiteengezet waarom de passende beoordeling niet kan bijgetreden worden.*

'Het project neemt leefgebied in en verstoort het leefgebied van Bruine kiekendief die de vastgestelde instandhoudingsdoelstellingen niet haalt. Om een stand-still te garanderen heeft de minister in een besluit van 23 mei 2014 het soortenbeschermingsprogramma vastgesteld, dit om ruimte te creëren voor verdere ontwikkeling van de Bayervlakte met respect voor de doelstellingen voor Bruine kiekendief. De inname van leefgebied voorbehouden in het soortenbeschermingsprogramma hypothekeert de huidige staat van instandhouding die momenteel reeds slecht is.'

Een uitvoering van het aangevraagde project zou aldus een aanzienlijke aantasting van de instandhoudingsdoelstellingen van de speciale beschermingszone betekenen.

(ii) *wat betreft de kritiek aangaande het soortenbeschermingsprogramma verwijst tussenkomen de partij naar haar uiteenzetting supra.*

(iii) *het soortenbeschermingsprogramma sluit helemaal niet uit dat er verdere ontwikkelingen zouden kunnen gebeuren op Loghadden City Immers, indien de noordelijke zone is omgevormd tot geschikt tijdelijk foerageergebied voor de Bruine kiekendief, kunnen er verdere ontwikkelingen plaatsvinden op de site. Dit werd ook uitdrukkelijk aangegeven in het advies van 3 augustus 2017:*

'De zone langs de Ketenislaan (figuur 7 op pagina 76 van het SBP - deel Bruine kiekendief) moet omgevormd en beheerd worden tot een zeer geschikt foerageergebied, zodat de rest van de Bayervlakte van verwaarloosbaar belang wordt voor het koppel Bruine kiekendief dat broedt ter hoogte van het Ketenisseschor.'

De aangevraagde aansluitingsweg situeert zich evenwel middenin het betreffende tijdelijk foerageergebied, zodat daar vanzelfsprekend geen ontwikkelingen kunnen plaatsvinden.

Verzoekende partij was overigens maar al te goed op de hoogte van de aanwezigheid van dit foerageergebied. Zoals blijkt uit het soortenbeschermingsprogramma (stuk 8, p 86) dat dateert van 23 mei 2014 is er overleg geweest met verzoekende partij aangaande het ontbossen en inzaaien van het betrokken foerageergebied.

Een en ander is in elk geval niet kennelijk onredelijk.

17 *Verzoekende partij stelt verder dat het tijdelijke foerageergebied op vandaag door meerdere projecten verstoord wordt.*

Zij verwijst naar werken ten uitvoering van volgende stedenbouwkundige vergunningen:

- *Energiecluster Linkerscheldeover cvba stedenbouwkundige vergunning van 14 december 2015 voor het bouwen van een stroomnetwerk met leidingbruggen, aanleggen van datakabels en het rooien van bomen.*

- *Elia Asset NV stedenbouwkundige vergunning van 9 oktober 2017 voor het bouwen van een hoogspanningsnet.*

Door verzoekende partij wordt tevens opgeworpen dat het Agentschap voor Natuur en Bos voor deze 2 projecten geen ongunstig advies verleend heeft.

In de eerste plaats wenst tussenkomende partij op te merken dat elke stedenbouwkundige aanvraag afzonderlijk in concreto dient beoordeeld te worden. Het verlenen van een vergunning voor een bepaald project geeft helemaal geen garanties voor een vergunning voor een ander project. In dat licht is de verwijzing naar deze 2 andere projecten niet nuttig in het licht van voorliggende procedure.

Daarnaast dient vastgesteld te worden dat beide andere projecten betrekking hebben op de aanleg van nutsleidingen, waarvan de impact op beschermde soorten veel minder verregaand is dan een verbindingsweg waarop constant zwaar verkeer passeert. Verzoekende partij lijkt overigens gemakkelijks halve uit het oog te verliezen dat ook zij een gunstig advies heeft gekregen voor de aanleg van de nieuwe riolering.

Bovendien heeft tussenkomende partij bij de 2 andere projecten ook uitdrukkelijk gestipuleerd dat de werken dienden uitgevoerd te worden buiten het broedseizoen.

De kritiek van verzoekende partij is ongegrond.

18 *Verzoekende partij ontkent in haar verzoekschrift dat de aanvraag leefgebied van de Bruine kiekendief zou innemen en verstoren.*

Deze stelling is uiteraard pertinent onjuist Immers ligt de aanvraag middenin het foerageergebied van de Bruine kiekendief.

De instandhoudingsdoelstellingen van de Bruine kiekendief worden op vandaag niet gehaald Dit wordt ook uitdrukkelijk erkend in de passende beoordeling van verzoekende partij (stuk 1, p 22) 2 Het hoeft geen uitgebreid betoog dat een verdere inkrimping van het reeds beperkte leefgebied van de Bruine kiekendief een manifest negatieve impact heeft op het behalen van de instandhoudingsdoelstellingen In dat licht is het uiterst verwonderlijk dat de passende beoordeling tot de conclusie komt dat het project geen betekenisvolle aantasting van de speciale beschermingszone veroorzaakt. Dit is niet ernstig.

Bijgevolg is tussenkomende partij in haar advies van 3 augustus 2017 tot de enige juiste conclusie gekomen waar zij stelt:

'Het project neemt leefgebied in en verstoort het leefgebied van Bruine kiekendief die de vastgestelde instandhoudingsdoelstellingen niet haalt.'

Tussenkomende partij was bijgevolg genoodzaakt om overeenkomstig artikel 36ter van het decreet natuurbeschoud een negatief advies te verlenen over de aanvraag.

19 *Op basis van bovenstaande blijkt dat verzoekende partij er niet in slaagt om aan te tonen dat het advies van tussenkomende partij van 3 augustus 2017 onwettig is. Het eerste onderdeel van het eerste middel is ongegrond.*

C. Overige

20 *Aangezien vaststaat dat het advies van tussenkomende partij van 3 augustus 2017 wettig is, diende verwerende partij de gevraagde vergunning voor de aanleg van de verbindingsweg te weigeren overeenkomstig artikel 4.3.3 van de VCRO.*

Daaruit volgt dat zowel het tweede onderdeel van het eerste middel, alsook het tweede middel ongegrond zijn.

...

4.

In haar wederantwoordnota stelt de verzoekende partij nog het volgende:

“ ...

A) Eerste middelonderdeel: de onwettigheid van het advies van ANB

...

2. Verwerende partij stelt dat tussenkomende partij het SBP Antwerpse haven gebruikt heeft als “revelante feitelijkheden”, quod non.

Er dient te worden benadrukt dat, nog los van het gegeven dat het SBP Antwerpse haven niet bindend is - zoals bevestigd door verwerende partij, het advies van ANB ook onzorgvuldig is opgesteld.

Immers, de gegevens in het SBP Antwerpse haven zijn intussen achterhaald, zodat er geen sprake kan zijn van “revelante feitelijkheden”. Het SBP Antwerpse haven wordt thans volledig geëvalueerd op basis van actuele wetenschappelijke informatie. Parallel werkt het Havenbedrijf Antwerpen aan een globale passende beoordeling voor de ganse Antwerpse haven, precies omwille van het gebrek aan actuele wetenschappelijke informatie over de aanwezig soorten. De kans is reëel dat er vanuit het SBP Antwerpse haven geen instandhoudingsdoelstellingen meer worden gesteld voor de Bruine Kiekendief, precies omdat er uit de actuele wetenschappelijke bevindingen blijkt dat dit niet vereist is binnen het Antwerpse havengebied.

ANB gaat onzorgvuldig tewerk, daar waar zij zich haast blindelings baseert op een niet-bindend, verouderd en onrealistisch programma van maatregelen dat een bepaald gebied op een arbitraire wijze aanduidt als “tijdelijk foerageergebied” om een vergunningsaanvraag negatief te adviseren, terwijl:

- uit het advies van ANB niet blijkt dat de vergunningsaanvraag getoetst werd aan de meest actuele informatie (beoordeling in feite) beschikbaar;

- de recentere, bindende instandhoudingsdoelstellingen, waaraan ANB principieel ook in rechte aan dient te toetsen, niet eens vermeld worden.

Hierop diende het advies van ANB minstens in te gaan, m.o.o. de zorgvuldigheid.

Het vaststaande rechtspraak inzake het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De overheid is onder meer verplicht om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk te onderzoeken, zodat zij met kennis van zaken kan beslissen.

Er kan niet worden ontkend dat diezelfde verplichtingen rusten op ANB, die goed en wel weet dat het negatief advies dat wordt uitgebracht, zal doorwerken in de vergunningsbeslissing en als doorslaggevende factor ertoe zal leiden dat de vergunning zal worden geweigerd.

3. Samen met verwerende partij, is verzoekende partij van mening dat het de taak is van ANB om als deskundige adviesinstantie haar standpunt over een aanvraag en diens impact op de natuur te kennen te geven.

In tegenstelling tot verwerende partij, is verzoekende partij van mening dat ANB in casu zich niet op afdoende wijze van haar adviestaak heeft gekweten.

Verwerende partij tracht de woorden van verzoekende partij te verdraaien. Nimmer heeft verzoekende partij beweert dat ANB niet deskundig genoeg is om de vergunningverlenende overheid te adviseren: verzoekende partij is uitsluitend en terecht de mening toegedaan dat het advies van ANB in casu niet deskundig genoeg is om verwerende partij op een afdoende wijze te adviseren bij de vergunningsaanvraag (omwille van hogervermelde redenen).

Het is immers onvolledig, gesteund op achterhaalde gegevens en grotendeels gebaseerd op een programma van maatregelen dat niet bindend is. In die omstandigheden getuigt het van weinig behoorlijk bestuur dat ANB een bindend advies verlenen aan verwerende partij kan verlenen, zonder dat verzoekende partij kritiek op zou mogen uiten. Temeer daar verzoekende partij zich door een erkend MER-deskundige laat bijstaan die een ander, onderbouwd standpunt inneemt.

4. Tussenkomen partij steekt in haar schriftelijke uiteenzetting van wal met een verwijzing naar de instandhoudingsdoelstellingen d.d. 2017, iets wat zij in haar advies niet gedaan heeft.

Zij stelt dat het SBP Antwerpse haven werd opgemaakt “mede met het oog op de realisering van deze instandhoudingsdoelstellingen”.

Verzoekende partij kan zich eventueel nog vinden in een redenering dat het SBP Antwerpse haven werd opgemaakt als reactie op de aanduiding van het SBZ, maar niet dat het SBP Antwerpse haven werd opgemaakt in functie van doelstellingen die veel later pas werden gesteld.

Dat is juridisch gezien onmogelijk.

De “standstill” waarnaar tussenkomen partij verwijst in haar schriftelijke uiteenzetting, is een standstill die het SBP Antwerpse haven oplegt t.a.v. de soort Bruine Kiekendief, niet t.a.v. het foerageergebied – zoals tussenkomen partij probeert voor te houden.

5. Tussenkomen partij ontkent niet dat zij in haar advies niet getoetst heeft de bindende instandhoudingsdoelstellingen d.d. 2017. Zoals hoger reeds werd opgemerkt, is dit onaanvaardbaar.

Meer nog, in de schriftelijke uiteenzetting verdedigt tussenkomen partij het SBP Antwerpse haven als een “officieel document” dat “niet vrijblijvend is” en dat de “gemaakte afspraken” beslist beleid en dus bindend zouden zijn, quod non.

Tussenkomen de partij kan in haar argumentatie niet overtuigen, aangezien deze ook volledig wordt tegengesproken door verwerende partij, die bevestigt dat het SBP Antwerpse haven niet bindend is.

Hoe moet verzoekende partij als vergunningsaanvrager omgaan met de situatie waarbij ANB van mening is dat het SBP Antwerpse haven bindend is en de aanvraag uitsluitend daaraan moet worden getoetst en vervolgens negatief adviseert, terwijl verwerende partij als vergunningverlenende overheid het SBP Antwerpse haven als niet bindend beschouwt maar de vergunning toch weigert omdat het advies van ANB bindend zou zijn? Verzoekende partij is hier het slachtoffer van een juridisch-technische discussie waarbij niemand gebaat is.

6. Tussenkomen de partij vervolgt in haar schriftelijke uiteenzetting dat de aangevraagde ontsluitingsweg zich situeert “middenin het tijdelijke foerageergebied”, zodat daar “vanzelfsprekend” (sic) geen ontwikkelingen kunnen plaatsvinden.

In tegenstelling tot wat tussenkomen de partij zegt, loopt de nieuwe weg langs de rand van het gebied dat als tijdelijk foerageergebied werd aangeduid en betreft het evident slechts een kleine ruimtelijke inname (het is een weg met twee rijstroken). Die weg vindt aansluiting op twee reeds vergunde doorsteken naar de Ketenislaan, bovendien ook gelegen in het gebied dat als tijdelijk foerageergebied werd aangeduid.

Tussenkomen de partij kan niet gevolgd worden in haar argumentatie dat er “vanzelfsprekend” (sic) geen ontwikkelingen kunnen plaatsvinden in dat gedeelte van Loghidden City.

Dat moet immers blijken uit enerzijds de passende beoordeling, anderzijds uit de toetsing van de passende beoordeling in feite en in rechte door ANB en door de vergunningverlenende overheid.

Slechts wanneer de bindende instandhoudingsdoelstellingen die gelden voor dat gebied in gevaar zouden komen, dient te vergunning geweigerd te worden. Tot die beoordeling is tussenkomen de partij zelfs nooit (kunnen) komen, aangezien zij niet toest aan de bindende instandhoudingsdoelstellingen.

Tussenkomen de partij mag er, zonder deugdelijke toetsing, niet van uit gaan dat alle aanvragen die betrekking hebben op een constructie binnen de zone van het tijdelijk foerageergebied ipso facto niet vergund kunnen worden.

7. Hetzelfde geldt voor de stelling dat “een verdere inkrimping van het reeds beperkte leefgebied van de Bruine Kiekendief een manifest negatieve impact heeft op het behalen van de instandhoudingsdoelstellingen”.

Die stelling wordt echter niet onderbouwd met pertinente feitelijkheden. Tussenkomen de partij toont niet aan en overtuigt niet dat de kleine inname voor de realisatie van de ontsluitingsweg een dermate impact zou hebben op de instandhoudingsdoelstellingen dat deze in gevaar komen, zoals het Hof van Justitie vereist.

Het eerste middelonderdeel is gegrond. Het advies van ANB dient vernietigd te worden.

B) Tweede middelonderdeel: de onwettigheid van de bestreden vergunningsbeslissing van verwerende partij

...

2. Evident steunt de verwerende partij in haar antwoordnota op de overwegingen die zij heeft geuit in de bestreden beslissing. Tenslotte heeft zij in het kader van de 'natuurtoets' een eigen onderzoeksverplichting.

Dit neemt evenwel niet weg dat de bestreden beslissing grotendeels gesteund is op het advies van ANB. Uit bovenstaande uiteenzetting m.b.t. het eerste middelenonderdeel blijkt dat dit geen goed idee was van verwerende partij.

3. Verwerende partij houdt vol dat het advies van ANB (mede) gesteund is op een schending van de instandhoudingsdoelstellingen zoals vastgesteld bij Besluit van de Vlaamse Regering d.d. 10 maart 2017.

Het advies van ANB rept integendeel met geen woord over deze bindende instandhoudingsdoelstellingen.

Verwerende partij stelt dat verzoekende partij geen rechtsgrond meegeeft voor haar standpunt dat er geen sprake kan zijn van een absolute "standstill" in industriegebied, terwijl ze tegelijkertijd en in tegenstrijdige zin aangeeft dat een vergunning pas geweigerd kan worden wanneer een strijdigheid wordt vastgesteld met bindende instandhoudingsdoelstellingen. Dat is in casu allerminst het geval.

4. De 'natuurtoets' die verwerende partij eigenhandig uitvoert, kan niet vergoelijken dat het advies van ANB geen rekening houdt met bindende instandhoudingsdoelstellingen, de enige direct werkende normen waarmee principieel rekening gehouden moet worden.

Verwerende partij mag niet voorbijgaan aan het feit dat ANB in de eerste plaats de instantie is die het best geplaatst is om die toetsing door te voeren, en verwerende partij slechts in bijkomende orde.

5. Verwerende partij is onduidelijk en kan niet overtuigen met haar stelling dat "daar waar de IHD's algemene doelstellingen opleggen voor het ganse Vogelrichtlijngebied (SBZ-V), het SBP verschillende functies voor verschillende zones in het SBZ-V differentieert".

Verzoekende partij ziet niet in hoe deze stelling kan leiden tot een wettige beslissing, laat staan tot een wettig advies van ANB.

6. Verwerende partij tracht opnieuw de woorden van verzoekende partij te verdraaien. Nimmer heeft verzoekende partij beweert dat verwerende partij niet deskundig genoeg is om de 'natuurtoets' uit te voeren: verzoekende partij is uitsluitend en terecht de mening toegedaan dat de bestreden beslissing de passende beoordeling niet afdoende in feite en in rechte heeft getoetst.

Verwerende partij zet de passende beoordeling af t.a.v. achterhaalde gegevens. Op basis daarvan kon verwerende partij niet besluiten dat de vergunningsaanvraag geweigerd moet worden.

In lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie, m.n. dat een project niet kan beschouwd worden als een project met significante gevolgen voor het betrokken gebied wanneer het project weliswaar gevolgen heeft voor het gebied, maar de instandhoudingsdoelstellingen daarvan niet in gevaar brengt, dient te worden vastgesteld dat verwerende partij niet op afdoende wijze heeft gemotiveerd waarom zij van oordeel is dat het project toch significante gevolgen voor het betrokken gebied zou hebben.

Hierover stelt verwerende partij boudweg dat “er niet anders geoordeeld kan worden dat, nu men nog ver van de vooropgestelde IHD's is, elke, zelfs de meest geringe aantasting van broed- of foerageergebied van de Bruine Kiekendief de (te) kleine populatie, en daarmee ook de IHD ernstig schaadt”.

Er kan wel anders geoordeeld worden, maar verwerende partij geeft niet weer hoe zij tot deze stelling komt.

Mocht verwerende partij haar beoordeling in feite en in rechte correct gemaakt hebben, had zij vastgesteld dat:

- het foerageergebied – dat door het niet bindend SBP Antwerpse haven wordt ingekleurd – thans niet gebruikt wordt door de Bruine Kiekendief;*
- De inname daarvan zeer gering is t.a.v. de ganse oppervlakte;*
- De ruime, bindende instandhoudingsdoelstellingen d.d. 2017 niet enkel betrekking hebben op de Bayervlakte;*
- De geringe inname van de zone er niet aan in de weg staat dat de instandhoudingsdoelstellingen nog gehaald kunnen worden, minstens dat die instandhoudingsdoelstellingen niet in het gevaar worden gebracht door het voorgenomen project.*

Om het met de woorden van verwerende partij te zeggen: “de meest geringe aantasting van broed- of foerageergebied” van de Bruine Kiekendief zullen de instandhoudingsdoelstelling niet in gevaar brengen.

Het Hof van Justitie aanvaardt projecten die gevolgen (kunnen) hebben voor het gebied; de grens is de redelijkheid en het gevaar voor de instandhoudingsdoelstellingen.

Het totaalverbod dat verwerende partij oplegt voor het geringe project van verzoekende partij is de grens van de redelijkheid voorbij.

7. Het is evident dat er vandaag minder broedparen van de Bruine Kiekendief zijn dan de instandhoudingsdoelstellingen (= streefdoelen) vaststellen. De instandhoudingsdoelstellingen bepalen ook geen streefdatum waarbinnen die doelstellingen moeten worden gehaald. Men kan de Bruine Kiekendief niet verplichten om in aantal toe te nemen. Dat dient vanzelf te gebeuren, door optimalisatie van de omstandigheden voor deze vogels.

Verwerende partij verliest evenwel uit het oog dat dit niet uitsluitend aan verzoekende partij te wijten is.

Zij is, binnen haar vergunningverlenende bevoegdheid, gehouden om uitsluitend de aanvraag te toetsen aan de instandhoudingsdoelstellingen en na te gaan of deze in gevaar worden gebracht.

Zoals hoger reeds besloten, is de beoordeling in feite en in rechte van de vergunningsaanvraag daaromtrent niet afdoende.

8. De weigeringsbeslissing van verwerende partij is duidelijk gesteund op het ongunstig advies van ANB, dat verwerende partij als bindend diende te beschouwen. Verwerende partij maakt de motieven van ANB zich eigen. De onwettigheid van het ongunstig advies

van ANB werd in het eerste middelonderdeel genoegzaam aangetoond en wordt geacht hier te zijn hernomen, om aan te tonen dat de weigeringsbeslissing van verwerende partij gevestigd is met dezelfde onwettigheid.

Gelet op de manifeste onzorgvuldigheid van het advies van ANB, had verwerende partij de vergunning niet moeten weigeren.

Het tweede middelonderdeel is gegrond. De bestreden vergunningsbeslissing van verwerende partij dient vernietigd te worden.

...

Beoordeling door de Raad

1.1.

Met een eerste onderdeel van het eerste middel werpt de verzoekende partij in essentie op dat het advies van het agentschap voor Natuur en Bos, waarop de bestreden vergunningsbeslissing steunt tot beloop van de vergunningsweigering, onwettig is. De strijdigheid met artikel 36ter, §4 Natuurdecreet is volgens haar niet afdoende gemotiveerd en gaat terug op het soorten-beschermingsprogramma (hierna: SBP) Antwerpse Haven dat als een verordenend gegeven wordt tegengeworpen.

1.2.

Met een tweede onderdeel betwist zij de wettigheid van de bestreden vergunningsbeslissing. De verzoekende partij acht deze beslissing in essentie niet afdoende gemotiveerd wat de vastgestelde strijdigheid met de vermelde direct werkende norm betreft. Deze strijdigheid gaat immers terug op een onwettig advies van het agentschap voor Natuur en Bos, aldus de verzoekende partij.

2.

Geen van de partijen betwist, voor zover dit al voor betwisting vatbaar zou zijn, dat de percelen in kwestie binnen het Vogelrichtlijngebied (hierna: speciale beschermingszone) 'Schorren en polders van de Beneden-Schelde' liggen en tevens binnen het werkingsveld van het meer generieke SBP Antwerpse Haven (2014), met een op de bruine kiekendief toegespitst deel, vallen. De percelen in kwestie worden verder, sinds het nemen van de bestreden vergunningsbeslissing, ook gevat door het op de bruine kiekendief toegespitste, SBP Bruine Kiekendief (2018).

Het toepasselijke artikel 36ter, §3 en 4 Natuurdecreet, dat de omzetting naar intern recht vormt van artikel 6.3 Habitatrichtlijn, luidt onder meer als volgt:

“ ...

§ 3. Een vergunningsplichtige activiteit die, of een plan of programma dat, afzonderlijk of in combinatie met één of meerdere bestaande of voorgestelde activiteiten, plannen of programma's, een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone kan veroorzaken, zonder dat die vergunningsplichtige activiteit of dat plan of programma direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een gebied in de speciale beschermingszone in kwestie dient onderworpen te worden aan een passende beoordeling wat betreft de betekenisvolle effecten voor de speciale beschermingszone.

...

De initiatiefnemer is verantwoordelijk voor het opstellen van de passende beoordeling.

...

Indien een vergunningsplichtige activiteit of een plan of programma niet onderworpen is aan de verplichting tot milieueffectrapportage overeenkomstig de wetgeving in uitvoering

van de project-MERrichtlijn of de plan-MERrichtlijn, vraagt de administratieve overheid steeds het advies van de administratie bevoegd voor het natuurbehoud.

De Vlaamse regering kan nadere regels vaststellen in verband met de inhoud en de vorm van de passende beoordeling.

§ 4. 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.

...

3.

Overeenkomstig artikel 2, 30° Natuurdecreet wordt onder “betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone” verstaan:

“ ...

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 16, 6° van het besluit van de Vlaamse regering van 28 mei 2004 betreffende de dossiersamenstelling van de aanvraag voor een stedenbouwkundige vergunning (hierna: Besluit Dossiersamenstelling) bepaalt:

“ ...

6° als de aanvraag een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone kan veroorzaken en geen milieueffectrapport moet opgesteld worden, een passende beoordeling wat betreft de betekenisvolle effecten voor de speciale beschermingszone, zoals bedoeld in artikel 36ter, § 3, van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu;

...”

Het in die bepalingen geopperde meetbare en aantoonbare karakter van de aantasting moet daarbij steeds genuanceerd worden in het licht van de doorwerking van het voorzorgbeginsel, dit om een richtlijnconforme toepassing te garanderen. De waarborgen van artikel 6.3. Habitatrichtlijn worden immers niet door zekerheid maar wel door waarschijnlijkheid van significante gevolgen in werking gesteld (cf. E.C. *Managing Natura 2000 sites - The provisions of Article 6 of the Habitats Directive 92/43/EEC*, 2019/C 33/01 en HvJ 7 september 2004 in zaak C-127/02, overw. 39-44).

4.

Uit artikel 36ter, §3 Natuurdecreet volgt dat, wanneer een vergunningsplichtige activiteit een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone kan veroorzaken, en er geen milieueffectrapport moet worden opgesteld, een afzonderlijke passende beoordeling moet worden opgemaakt.

Deze eerste inschatting van de mogelijks significante of betekenisvolle effecten voor de speciale beschermingszone moet mee het voorwerp uitmaken van het te voeren openbaar onderzoek. Deze passende beoordeling wordt ook, conform artikel 36ter, §3, voorlaatste lid Natuurdecreet, ter beoordeling voorgelegd aan het agentschap voor Natuur en Bos als de daartoe gespecialiseerde adviesinstantie. Het komt tot slot aan het vergunningverlenend bestuursorgaan toe om, op basis van dat alles, een gemotiveerd oordeel te vellen over de vergunbaarheid van het project dat haar wordt voorgelegd, weliswaar rekening houdend met de doorwerking van artikel 36ter, §4 Natuurdecreet als direct werkende norm in de zin van artikel 4.3.3 VCRO.

Wanneer moet worden onderzocht of een project een betekenisvolle aantasting kan veroorzaken, volstaat het, volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie, dat de *“waarschijnlijkheid of het risico bestaat dat dit plan (...) significante gevolgen heeft voor het gebied”*. In het bijzonder bestaat dit risico *“wanneer op grond van objectieve gegevens niet kan worden uitgesloten dat het plan of project significante gevolgen heeft voor het gebied”* (H.v.J, 7 september 2004, C-127/02). Er moet aldus op grond van objectieve gegevens absoluut kunnen worden uitgesloten dat het project significante gevolgen heeft voor het gebied, opdat men *a priori* kan voorbijgaan aan de opmaak van een passende beoordeling, welke in zichzelf enkel nog maar een eerste onderzoek naar de eventuele significante effecten veronderstelt als opmaat voor de te nemen vergunningsbeslissing.

5.

De voorliggende aanvraag ging gepaard met een passende beoordeling, zoals vereist op grond van voormeld artikel 36ter Natuurdecreet. De intrede van een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van de speciale beschermingszone in kwestie kon immers kennelijk niet *a priori* worden uitgesloten. De samenvatting van de eerste inschatting in de passende beoordeling luidt als volgt:

“ ...

Omwille van dagelijkse capaciteitsproblemen op de afrit Waaslandhaven noord, wordt dit complex met een rotonde omgevormd naar een Hollands Complex. De toegang van Loghiddens City takt rechtstreeks op deze rotonde aan en zal in latere fasen van de aanpassing van de op- en afrit worden afgesloten. Er is dan een nieuwe toegang vereist.

Katoen Natie wil daarom een nieuwe toegangsweg aanleggen die aantakt op de Ketenislaan in het noorden. De nieuwe weg zal de eigendomsgrens volgen of de werfgrens van de nieuwe hoogspanningspylonen van Elia, zodat er geen versnippering ontstaat van resterende nog niet ontwikkelde terreinen van Loghiddens City die als tijdelijk foerageergebied voor bruine kiekendief zijn aangeduid.

Er blijft echter een klein maar permanent verlies van dit foerageergebied doordat de weg natuurlijk ruimte inneemt. De ruimte inname is beperkt tot ca. 1 ha. In de omgeving van Loghiddens City is 172 ha foerageergebied (meer en minder geschikt) voor bruine kiekendief aanwezig. Het verlies van ca. 1 ha resulteert niet in een te kleine oppervlakte foerageergebied. De kaap van 100 ha blijft ruimschoots behaald. De passende beoordeling besluit daarom dat er geen aanzienlijk effect is op de instandhoudingsdoelen van de bruine kiekendief.

Er is evenmin een betekenisvol effect op de scholekster die mogelijk een territorium heeft in of naast het projectgebied. Het oppervlakte verlies is ook voor deze soort te beperkt. Voor de aanwezige aantallen resteert nog voldoende ruimte na de aanleg van de weg. Alleen tijdens de aanleg van de rioleringen zal de oppervlakte voor deze soort vermoedelijk te veel afnemen. Maar dit is een tijdelijk effect dat niet betekenisvol is indien de werken aan

de riolering buiten het broedseizoen gebeuren of reeds zijn aangevangen bij de start van het broedseizoen.

Paraplusoorten van het soortenbeschermingsplan, andere dan bruine kiekendief, kunnen ook een effect ondervinden. Dit blijkt niet het geval om volgende redenen:

- Het bruin blauwtje vindt momenteel geen geschikt leefgebied in het projectgebied. Na aanleg van de weg ontstaat mogelijk geschikt leefgebied in de bermen van de weg. Dit is niet zeker maar negatieve effecten zijn uitgesloten.
- Negatieve effecten zijn ook uitgesloten t.o.v. rugstreeppad die niet meer voorkomt in het projectgebied.
- Moeraswespenorchis zal geen hinder ondervinden door het toepassen van retourbemaling bij werken nabij de leidingstrook met groeiplaatsen van deze orchidee.

Het project heeft dus geen significant effect op zowel de doelstellingen van het vogelrichtlijngebied als op de duurzame instandhouding van soorten waarvoor een soortenbeschermingsplan is opgemaakt en die beschermd zijn middels het soorten besluit.

...

6.

Specifiek wat de passende beoordeling betreft, en dus onverminderd de door haar vastgestelde strijdigheid met artikel 14 van het besluit van de Vlaamse regering van 15 mei 2009 met betrekking tot soortenbescherming en soortenbeheer (hierna: Soortenbesluit), adviseert het agentschap voor Natuur en Bos op 5 augustus 2017 als volgt ongunstig:

“...

Bespreking passende beoordeling

Bij het dossier is een passende beoordeling toegevoegd

Volgens het soortenbeschermingsprogramma Bruine kiekendief is de Bayervlakte een belangrijk foerageergebied voor Bruine kiekendief, vooral voor een koppel dat broedt in het daarnaast gelegen Ketenisseschor. Het aantal broedende Bruine kiekendieven heeft een sterk dalende trend. Om deze trend te stuiten zijn een aantal initiatieven genomen, waaronder de uitbouw van natuurkerngebieden en de uitvoering van een soortenbeschermingsprogramma. Deze initiatieven zijn in uitvoering.

Volgens het soortenbeschermingsprogramma voor de Antwerpse haven (ministerieel besluit van 23 mei 2014) kan de Bayervlakte pas na een concrete Impactanalyse verder ingenomen worden. De zone langs de Ketenislaan (figuur 7 op pagina 76 van het SBP - deel Bruine kiekendief) moet omgevormd en beheerd worden tot een zeer geschikt foerageergebied, zodat de rest van de Bayervlakte van verwaarloosbaar belang wordt voor het koppel Bruine kiekendief dat broedt ter hoogte van het Ketenisseschor.

Op terrein blijkt dat de omvorming tot geschikt foerageergebied slechts in beperkte mate is gebeurd. Toch wordt de Bayervlakte stelselmatig ingenomen door infrastructuur waardoor het foerageergebied verkleint zonder duidelijke kwaliteitsverbetering in de zone aangegeven in het SBP. Het gebrek aan initiatief tot kwaliteitsverbetering van het foerageergebied is door het Agentschap voor Natuur en Bos al aangegeven in eerdere adviezen op aanvragen voor innames binnen de Bayervlakte. Immers, zoals hierboven aangegeven, moet, gelet op de huidige context van een ongunstige staat van instandhouding en de te behalen doelstellingen voor Bruine kiekendief, elk voorstel tot inname van foerageergebied grondig geëvalueerd worden.

Dit project gaat evenwel nog verder: ruimte binnen het afgebakende te optimaliseren foerageergebied voor Bruine kiekendief wordt permanent ingenomen door infrastructuur. De passende beoordeling voert aan dat het permanent verlies aan leefgebied (0,6ha) eerder beperkt zal blijven en daardoor nog altijd voldoende foerageergebied over blijft.

De oppervlakte aangegeven in het SBP is de minimumoppervlakte kwalitatief foerageergebied dat nodig is om het broedkoppel in Ketenisseschor, dat al onder druk staat, te behouden. Een goede inrichting van deze minimumoppervlakte is een randvoorwaarde (die nog altijd niet is ingevuld) om verdere ontwikkelingen in de Bayervlakte niet te hypothekeren. Verkleinen van deze minimumoppervlakte kan enkel door het aanduiden van een alternatief met concrete voorafgaande inrichting. Dit is niet gebeurd in deze aanvraag. Zelfs de minimumoppervlakte wordt door de aanleg van de toegangsweg niet meer gegarandeerd.

Verder kloppen twee stellingen in de passende beoordeling niet.

- 1 De vermindering van foerageergebied beperkt zich niet tot de oppervlakte inname van de weg. Op de nieuwe ontsluitingsweg zit intensief zwaar verkeer. Nu is de Ketenislaan relatief verkeersluw. Door verkeersbewegingen en de toenemende geluidsdruk zal het overblijvende foerageergebied minder geschikt worden.*
- 2 Het resterende foerageergebied is niet optimaal waardoor een grotere oppervlakte noodzakelijk is*

Het Agentschap voor Natuur en Bos stelt vast dat de vergunningsplichtige activiteit een betekenisvolle aantasting impliceert voor de instandhoudingsdoelstellingen van de speciale beschermingszone. Het Agentschap voor Natuur en Bos verklaart zich niet akkoord met de conclusies uit de passende beoordeling wegens de volgende redenen:

Het project neemt leefgebied in en verstoort het leefgebied van Bruine kiekendief die de vastgestelde instandhoudingsdoelstellingen niet haalt. Om een standstil te garanderen heeft de minister in een besluit van 23 mei 2014 het soortenbeschermingsprogramma vastgesteld, dit om ruimte te creëren voor verdere ontwikkeling van de Bayervlakte met respect voor de doelstellingen voor Bruine kiekendief. De inname van leefgebied voorbehouden in het soortenbeschermingsprogramma hypothekeert de huidige staat van instandhouding die momenteel reeds slecht is.

*De passende beoordeling wordt **ongunstig** geadviseerd.*

...

De conclusie van dit advies van 5 augustus 2017 luidt:

“ ...

Het Agentschap voor Natuur en Bos stelt vast dat het aanleggen van de nieuwe ontsluitingsweg in strijd is met

- volgende direct werkende norm(en):

Artikel 36 ter §4 Decreet betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu van 21.10.1997

Artikel 14 Besluit van de Vlaamse Regering met betrekking tot soortenbescherming en soortenbeheer van 15.05.2009

*Het Agentschap voor Natuur en Bos verleent een **ongunstig advies**. Gelet op artikel 4 3.3. VCRO kan de vergunningverlenende overheid de vergunning niet toekennen.*

Het aanleg van de riolering kan gunstig geadviseerd worden onder de voorwaarde dat de werken moeten afgerond zijn tegen 1 maart 2018 en dat de bovengrond daarna terug hersteld wordt in de oorspronkelijk staat.

...”

7.

In zoverre de verzoekende partij opwerpt dat het agentschap voor Natuur en Bos ‘eigenhandig’ oordeelt dat het aangevraagde een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone impliceert, dient de Raad in eerste instantie op te merken dat een dergelijk oordeel het prerogatief vormt van deze daartoe gespecialiseerde adviesinstantie, dit conform artikel 36*ter*, §3, voorlaatste lid Natuurdecreet.

Het komt de Raad, gevat in zijn decretaal verankerde wettigheidstoetsing, niet toe de beoordeling door het agentschap voor Natuur en Bos over te doen. De Raad kan zich enkel over de wettigheid van die beoordeling uitspreken en buigt daartoe op datgene wat de verzoekende partij tot voor hem opwerpt.

8.1.

Om de onwettigheid van het oordeel van het agentschap voor Natuur en Bos te staven, wijst de verzoekende partij in de eerste plaats naar het SBP Antwerpse Haven en dan specifiek het deel dat toegespitst is op de bruine kiekendief en stipt zij aan dat dit haar niet als normatief kader kan worden tegengeworpen.

8.1.1.

Artikel 2, 68° Natuurdecreet en artikel 1, 11° Soortenbesluit definiëren een soortenbeschermingsprogramma als “*een programma van soortenbehoudsmaatregelen dat met name gericht is op het verkrijgen van de gunstige staat van instandhouding van een inheemse soort of een groep van soorten in het gebied waarop het programma van toepassing is*”.

Conform artikel 53*bis* Natuurdecreet maken soortenbeschermingsprogramma's integraal deel uit van het instandhoudingsbeleid dat erop gericht is de vastgestelde instandhoudingsdoelstellingen in te lossen. Op grond van artikel 26 Soortenbesluit gaat ieder soortenbeschermingsprogramma terug op een rapport dat minstens de volgende onderdelen bevat:

“ ...

Een soortenbeschermingsprogramma wordt opgemaakt op basis van een rapport dat ten minste de volgende onderdelen bevat :

- 1° een synthese van de kennis over de soort of soorten in kwestie, waarbij aandacht wordt besteed aan het voorkomen, de beschermingsstatus en de ecologische vereisten van de soort;
 - 2° de concrete doelstellingen voor het bereiken of behouden van een gunstige staat van instandhouding van de soort of soorten in kwestie in het Vlaamse Gewest, in voorkomend geval op grond van de in dat verband vastgestelde instandhoudingsdoelstellingen;
 - 3° de bedreigingen voor de gunstige staat van instandhouding van de soort of soorten in kwestie;
 - 4° de mogelijkheden om de gunstige staat van instandhouding van de soort of soorten in kwestie te bereiken;
 - 5° een beschrijving van de actoren die te maken hebben met de soort of soorten in kwestie en die invloed kunnen hebben op de staat van instandhouding van de soort of soorten in kwestie;
 - 6° een beschrijving van de concrete maatregelen die kunnen worden ondernomen om bij te dragen tot een gunstige staat van instandhouding van de soort of soorten in kwestie in het Vlaamse Gewest;
 - 7° een verslag van het overleg dat gevoerd is met de actoren, vermeld in 5°, over de maatregelen, vermeld in 6°;
 - 8° een voorstel van begroting, planning en prioritering van de acties en maatregelen;
 - 9° een beschrijving van de vast te leggen voortgangscontrole en evaluatie van het programma, met inbegrip van monitoring, met het oog op een eventuele bijsturing van de maatregelen;
 - 10° een sensibilisatie- of communicatiestrategie.
- ...

9.1.2.

De bruine kiekendief (*Circus Aeruginosus*) is een, op grond van het Soortenbesluit, beschermde vogel van de tweede categorie. De nadere aanwijzing van de bruine kiekendief in het Soortenbesluit gaat terug op het gegeven dat deze soort, als een van nature onder meer in het Vlaams gewest voorkomende vogelsoort, bescherming geniet op grond van de richtlijn 2009/147/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 november 2009 inzake het behoud van de vogelstand (hierna: Vogelrichtlijn).

Voor de bruine kiekendief werden gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen vastgesteld bij besluit van de Vlaamse regering van 23 juli 2010 tot vaststelling van gewestelijke instandhoudingsdoelstellingen voor Europees te beschermen soorten en habitats. Met een besluit van de Vlaamse regering van 23 april 2014 worden voor de bruine kiekendief gebiedsspecifieke instandhoudingsdoelstellingen vastgesteld, dit onder meer voor de voorliggende speciale beschermingszone 'Schorren en polders van de Beneden-Schelde'.

Met het oog op het inlossen van de instandhoudingsdoelstellingen voor de bruine kiekendief werd het SBP Antwerpse Haven opgemaakt met de voorliggende speciale beschermingszone 'Schorren en polders van de Beneden-Schelde' als werkingsveld. Het SBP Antwerpse Haven werd als bijlage met het besluit van de Vlaamse regering van 23 mei 2014 tot vaststelling van een soortenbeschermingsprogramma voor het Antwerpse havengebied goedgekeurd. De bijlage gaat, op basis van de gegevens waarop de Raad acht kan slaan, terug op een verslag als vermeld in artikel 26 Soortenbesluit.

Met een besluit van de Vlaamse regering van 10 maart 2017 worden voor de speciale beschermingszone in kwestie, 'Schorren en polders van de Beneden-Schelde', bovendien andermaal gebiedsspecifieke instandhoudingsdoelstellingen vastgesteld.

De bevoegde Vlaamse minister heeft sindsdien, met een Ministerieel besluit van 3 december 2018, onder meer op basis van de overweging dat de status van de bruine kiekendief als broedvogel sinds 2011 “*zorgwekkend is achteruitgegaan*”, haar goedkeuring gehecht aan het als bijlage bij dat besluit gevoegde SBP Bruine Kiekendief.

De bijlage gaat, op basis van de gegevens waarop de Raad acht kan slaan, terug op een verslag als vermeld in artikel 26 Soortenbesluit. Daarin wordt onder meer, in tabel 3.4. het verband gelegd met de doelstellingen die, eerder in het SBP Antwerpse Haven (2014), specifiek geformuleerd werden voor de bruine kiekendief in de speciale beschermingszone in kwestie, het Vogelrichtlijngebied ‘Schorren en polders van de Beneden Schelde’.

8.1.3.

Een speciaal soortenbeschermingsprogramma, zoals dat van de bruine kiekendief of dit van de Antwerpse Haven, heeft, naar het oordeel van de Raad van State afdeling wetgeving, geen reglementair karakter (Adv. RvS nr. 55.862/1 bij een ontwerp van ministerieel besluit ‘tot vaststelling van een soortenbeschermingsprogramma voor het Antwerpse havengebied’, BS 21 augustus 2014).

Het voorgaande belet niet dat, rekening houdend met al wat voorafgaat, het niet kennelijk onredelijk is om een toepasselijk soortenbeschermingsprogramma als een bron van feitelijk relevante gegevens ter inschatting van een eventuele betekenisvolle aantasting van een speciale beschermingszone in rekening te brengen. Van een dergelijke betekenisvolle aantasting is immers onder meer sprake zodra er gevolgen kunnen zijn voor de staat van instandhouding van de soort(en) of de habitat(s) waarvoor de betreffende speciale beschermingszone is aangewezen.

De bruine kiekendief is een van de soorten waarvoor het gebied ‘Schorren en polders van de Beneden-Schelde’, in het licht van de Vogelrichtlijn, bij besluit van de Vlaamse executieve van 17 oktober 1988 werd aangewezen als speciale beschermingszone. Aangezien het op dit Vogelrichtlijngebied toegespitste SBP Antwerpse Haven als feitelijk onderbouwd beleidsinstrument rechtstreeks gekoppeld is aan de instandhouding van deze beschermde diersoort, kadert het aanwenden van de feitelijke gegevens die er aan ten grondslag liggen bij de door te voeren habitattoets in beginsel binnen de toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

De Raad dient overigens in het voorliggende geval met de verwerende en tussenkomende partij vast te stellen dat de passende beoordeling, die in opdracht van de verzoekende partij werd opgemaakt, zelf ook het SBP Antwerpse Haven in rekening brengt als bron van feitelijk relevante gegevens. Die feitelijke gegevens worden ook daarin benut om in te schatten of het project een betekenisvolle aantasting kan opleveren van de natuurlijke kenmerken van de speciale beschermingszone in kwestie.

8.1.4.

Anders dan de verzoekende partij oppert, dient de Raad ook vast te stellen dat het ongunstig advies van het agentschap voor Natuur en Bos ten aanzien van de passende beoordeling niet ‘louter en alleen’ teruggaat op het tegenwerpen van de ligging in tijdelijk foerageergebied op grond van het SBP Antwerpse Haven.

In het advies wordt klaar en duidelijk gewezen op de overige innames in de Bayervlakte, als deel van de speciale beschermingszone in kwestie, voor menselijke activiteiten, waaronder ontegensprekelijk en niet in het minst de innames door de verzoekende partij zelf, alsook de ruimere context van het niet inlossen van de instandhoudingsdoelstellingen voor de bruine kiekendief in het gebied in kwestie.

8.1.5.

Met haar verzoekschrift slaagt de verzoekende partij er in elk geval niet in om aannemelijk te maken dat het concreet voorliggende en gekende SBP Antwerpse Haven, in het bijzonder wat de onderliggende analyse van de instandhouding van de bruine kiekendief binnen de speciale beschermingszone in kwestie betreft, op feitelijk incorrecte gegevens berust, ook niet tot beloop van onder meer de volgende in het advies van het agentschap voor Natuur en Bos verwoorde feitelijke vaststellingen:

- De Bayervlakte is een belangrijk foerageergebied voor de bruine kiekendief en vooral een koppel dat broedt in het daarnaast gelegen Ketenisschor;
- Het aantal broedende bruine kiekendieven heeft een sterk dalende trend;

De verzoekende partij kan zich, in het licht van haar stelplicht, niet beperken tot het eenvoudig opwerpen dat het gedeelte van de Bayervlakte in kwestie geen deel is van het leefgebied van de bruine kiekendief. Het is de Raad overigens, op basis van het verzoekschrift, en bij uitbreiding de wederantwoordnota van de verzoekende partij, volstrekt onduidelijk of de verzoekende partij van oordeel is dat het gebied in kwestie actueel geen leefgebied van de bruine kiekendief vormt, dan wel dat het hiertoe, zelfs na een kwalitatieve inrichting, niet in aanmerking komt. Het is de Raad ook onduidelijk op welke basis dergelijk standpunt wordt ingenomen.

8.1.6.

De Raad leest in de wederantwoordnota een niet ontvankelijke uitbreiding van het middel in zoverre zij daarin voor het eerst het actueel karakter van de feitelijke gegevens in vraag stelt die aan het advies van het agentschap voor Natuur en Bos ten grondslag liggen. In elk geval is deze kritiek louter hypothetisch. De verzoekende partij duidt niet nader in welke zin vaststaat dat de instandhoudingsdoelstellingen ten aanzien van de bruine kiekendief in het kader van een nieuw SBP Antwerpen niet alleen herzien maar zelfs geschrapt zullen worden.

Wat dat actueel karakter betreft, dient de Raad in elk geval ook vast te stellen dat de toetsing door het agentschap voor Natuur en Bos, rekening houdend met de feitelijke vaststellingen die onderliggend zijn aan het SBP Antwerpse Haven dat op 23 mei 2014 werd vastgesteld en loopt tot 2019, op dat vlak niet gebrekkig voorkomt. De verzoekende partij slaagde er dan ook met haar passende beoordeling niet in om actuelere informatie te betrekken en op die grond aannemelijk te maken dat een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van de speciale beschermingszone in kwestie uitgesloten is.

Tot voor de Raad betreft de verzoekende partij overigens niet de monitoringsrapporten (2015 en 2017) die op datum van de bestreden beslissing reeds gekend waren om het actueel karakter van de, aan de doorgevoerde habitattoets onderliggende, feitelijke gegevens te betwisten. Evenmin duidt de verzoekende partij in welke zin het in rekening brengen van de gebiedsspecifieke instandhoudingsdoelstellingen die met het besluit van de Vlaamse regering van 10 maart 2017 werden vastgesteld, de feitelijke grondslag voor het ongunstig advies van het agentschap voor Natuur en Bos onderuit haalt en het daarin besloten oordeel kennelijk onredelijk maakt.

Bovendien moet de Raad vaststellen dat de verzoekende partij met haar kritiek voorbijgaat aan het gegeven dat zijzelf in de passende beoordeling daterend van juni 2017 die recentste gebiedsspecifieke instandhoudingsdoelstellingen niet bij de vereiste inschatting van de mogelijks betekenisvolle aantasting betreft.

8.1.7.

De Raad dient, tot voorbij de duidelijke inhoud van het hoger geciteerde advies van het agentschap voor Natuur en Bos, in dat verband ook oog te hebben voor de volgende passage uit het verslag aan de Vlaamse regering bij het Soortenbesluit:

“ ...

De Europese Commissie (39) bestempelt soortenbeschermingsprogramma's als een mogelijke uitweg uit deze tegenstelling tussen ecologie en economie. Concreet : wanneer een dergelijke programma voor de rugstreeppad, hetzij op lokaal niveau voor de Antwerpse haven, hetzij voor heel het Vlaamse Gewest, kan garanderen dat er op elk moment in de toekomst voldoende leefgebied voorhanden is om de gunstige staat van instandhouding te behouden of herstellen, dan geeft dat ook enige speling om bepaalde individuele poelen waar de soort voorkomt niet zo restrictief als nodig te gaan beschermen. Nog concreter : bepaalde poelen kunnen vernietigd op voorwaarde dat de populatie in haar geheel er op vooruitgaat.

...”

Met haar verzoekschrift gaat de verzoekende partij ook, hoewel geconsulteerd in het licht van de opmaak daarvan, voorbij aan het gegeven dat het SBP Antwerpse Haven het alsnog inlossen van de instandhoudingsdoelstellingen zelfs beoogt te verzoenen met eventuele economische ontwikkelingen binnen de speciale beschermingszone in kwestie en meer specifiek ook de Bayervlakte. Dergelijke ontwikkelingen zijn nochtans allerm minst een evidentie in het licht van het niet inlossen van de gebiedsspecifieke instandhoudingsdoelstellingen en gegeven de doorwerking van artikel 36ter, §4 Natuurdecreet.

In zoverre, vanuit bepaalde feitelijke vaststellingen, antropocentrische ontwikkelingen in een speciale beschermingszone meer algemeen precair zijn in het licht van de doorwerking van artikel 36ter, §4 Natuurdecreet kan een SBP, dat een geheel aan maatregelen omvat om de instandhoudingsdoelen ten aanzien van bepaalde soorten in te lossen, in beginsel, in bijzonder tot beloop van de daaraan onderliggende feitelijke gegevens, zinvol betrokken worden bij de habitattoets die ten aanzien van een concreet antropocentrisch project doorgevoerd moet worden.

A fortiori kan ook het gegeven dat een dergelijk project zich niet laat inpassen in het van toepassing zijnde SBP per hypothese naar recht betrokken worden bij de motivering van de strijdigheid met artikel 36ter, §4 Natuurdecreet. Die hypothese bestaat er, in het voorliggende geval, in dat het SBP, in afwijking van de meer algemene precaire toestand van een geviseerde speciale beschermingszone en door een geheel aan maatregelen, alsnog (desgevallend zeer beperkt) ruimte voorziet voor antropocentrische ontwikkelingen.

8.2.

De kritiek als zou de conclusie van het advies van het agentschap voor Natuur en Bos, die er in zou bestaan dat geen enkele verdere inname of ingebruikname van de als industriegebied aangewezen Bayervlakte mogelijk is, in zichzelf *ipso facto* kennelijk onredelijk zijn, faalt naar recht.

Wars van de planologische bestemming van een gebied geniet artikel 36ter, §4 Natuurdecreet onverkort uitwerking. In functie van de toetsing die in dat licht wordt doorgevoerd, behoort, naast de vaststelling dat geen sprake is van een betekenisvolle aantasting of een dergelijk vastgestelde aantasting afdoende gemilderd wordt, ook de conclusie dat het aansnijden van bijkomend gebied in de speciale beschermingszone volstrekt uitgesloten is, dan wel onaanvaardbaar is zonder compenserende maatregelen, inherent tot de doorwerking van de bij Europese richtlijn verankerde habitattoets.

8.3.

De kritiek van de verzoekende partij dat het gebied in kwestie reeds is aangetast en de bruine kiekendief 'verstoord' wordt door talrijke andere projecten, is niet dienend. De ingetreden aantasting van het leefgebied van een onder de Vogelrichtlijn beschermde vogelsoort kan, voor zover voorhanden, bezwaarlijk afbreuk doen aan de volle uitwerking van de in artikel 36*ter*, §4 Natuurdecreet vooropgestelde habitattoets.

Niet de actuele staat van instandhouding als wel de geformuleerde (in voorkomend geval gebiedsspecifieke) instandhoudingsdoelstellingen gelden als referentie voor het onderzoek naar en oordeel over een gebeurlijke betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van dat gebied.

8.4.

De Raad kan niet anders dan vaststellen dat de overige kritieken van de verzoekende partij neerkomen op het eenvoudig poneren van het tegendeel van wat in het advies van het agentschap voor Natuur en Bos wordt vastgesteld of het louter en zonder meer in vraag stellen van wat daarin gemotiveerd wordt vastgesteld. De verzoekende partij duidt in zijn geheel niet welke, eerder in het kader van het beroep voor de verwerende partij opgeworpen, redenen de Raad er toe moeten brengen de onwettigheid van het advies van het agentschap voor Natuur en Bos vast te stellen.

9.

Uit het advies van het agentschap voor Natuur en Bos blijkt duidelijk dat zij, voortbouwend op de hoger vermelde feitelijke gegevens en context, afstand neemt van de conclusie die verwoord wordt in de passende beoordeling. Het agentschap voor Natuur en Bos stelt uitdrukkelijk voorop dat het broodnodige én geschikte foerageergebied van 100 tot 200 hectare niet voorhanden is.

Het gegeven dat de voorliggende aanvraag louter kwantitatief de minimumoppervlakte van 100 hectare op de Bayervlakte onverlet zou laten, doet geen afbreuk aan de vaststelling dat, bij gebrek aan een voldoende kwalitatief karakter van dat absolute minimum, een grotere oppervlakte vereist blijft en de aanvraag die de aanwezige oppervlakte (hoewel nog niet voldoende kwalitatief) verkleint, een betekenisvolle aantasting oplevert in de zin van artikel 36*ter*, §4 Natuurdecreet.

De verwijzing door de verzoekende partij naar het arrest van het Hof van Justitie van 7 september 2007 en dan in het bijzonder de stelling dat een project met gevolgen voor de speciale beschermingszone, weliswaar zonder dat de instandhoudingsdoelstellingen in gevaar worden gebracht, niet kan worden beschouwd als een project dat significante gevolgen heeft voor die zone, is niet relevant.

De vaststelling dat de instandhoudingsdoelstellingen in het concreet voorliggende gebied reeds in gevaar zijn blijft nu eenmaal, gelet op wat tot voor de Raad wordt aangebracht, overeind. In die gegeven omstandigheden levert iedere bijkomende inname van het leefgebied van de soort, *in casu* de bruine kiekendief, waarvan de instandhoudingsdoelstellingen reeds in gevaar zijn en waarvoor de zone destijds onder meer als te beschermen werd aangewezen, in beginsel reeds een betekenisvolle aantasting op van de speciale beschermingszone in kwestie.

Uit wat voorafgaat, blijkt dat de verzoekende partij er ook niet in slaagt om het concreet gemotiveerde oordeel van het agentschap voor Natuur en Bos dat in het concreet voorliggende geval van een dergelijke betekenisvolle aantasting sprake is, als foutief of kennelijk onredelijk te doen aanmerken.

10.

De Raad stelt, gelet op wat voorafgaat, vast dat de wettigheid van het advies van het agentschap voor Natuur en Bos tot beloop van een afdoende gemotiveerde strijdigheid met een direct werkende norm in de zin van artikel 4.3.3 VCRO, overeind blijft.

Zoals hoger gesteld, wordt de onwettigheid van dat oordeel in het licht van de in het middel opgeworpen bepalingen en beginselen immers niet aannemelijk gemaakt. De exceptie van de verwerende partij in het licht van wat zij aanmerkt als een zelfstandige toetsing aan artikel 36*ter*, §4 Natuurdecreet in de bestreden beslissing zelf, doet in de gegeven omstandigheden dan ook niet ter zake nu het advies van het agentschap voor Natuur en Bos het effect vermeld in artikel 4.3.3. VCRO ressorteert.

De gevraagde vernietiging van het advies van het agentschap voor Natuur en Bos is evenmin aan de orde.

11.

De bestreden vergunningsbeslissing gaat, tot beloop van de vergunningsweigering, gelet op wat voorafgaat, voort op een vastgestelde strijdigheid met artikel 36*ter*, §4 Natuurdecreet als een direct werkende norm in de zin van artikel 4.3.3 VCRO.

In zoverre het verzoekschrift al zo gelezen kan worden dat de verzoekende partij meent dat die schending kon worden afgewend mits het opleggen van voorwaarden, blijkt, zowel uit het advies van het agentschap voor Natuur en Bos als uit de bestreden vergunningsbeslissing, duidelijk dat daartoe geen grond was.

De passende beoordeling opgemaakt in opdracht van de verzoekende partij besluit immers niet tot een betekenisvolle aantasting die vervolgens – nog los van de vraag of er daartoe, gelet op de noodzaak tot het inlossen van de (gebiedsspecifieke) instandhoudingdoelstellingen voor de bruine kiekendief en de “*zorgwekkende achteruitgang*” van het aantal broedkoppels in de Antwerpse Haven ruimte is – tot beloop van het verlies aan foerageergebied gemilderd wordt. Zoals zowel het advies als de bestreden vergunningsbeslissing aanwijzen, is het niet zo dat de resterende ruimte tot een dermate kwalitatief niveau wordt gebracht dat ook het alsdan resterende absolute minimum aan ruimte de voorliggende betekenisvolle aantasting alsnog afwendt.

De verzoekende partij maakt met haar project niet aannemelijk dat de bijkomende grondinname op de Bayervlakte, gegeven de door de verwerende en tussenkomende partij geschetste feitelijke toestand en hun in dat licht gemotiveerde oordeel, met zekerheid geen betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van de betrokken speciale beschermingszone kan veroorzaken.

Gelet op het determinerend weigeringsmotief dat teruggaat op de schending van artikel 36*ter*, §4 Natuurdecreet, is een ruimere beoordeling van het eerste middel niet aan de orde nu dit niet tot de vernietiging van de bestreden beslissing kan leiden. De wettigheid van zowel het advies van het agentschap voor Natuur en Bos als de bestreden vergunningsbeslissing blijft, gelet op wat voorafgaat, overeind.

12.

Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

De wettigheid van het determinerend weigeringsmotief, bestaande uit de strijdigheid met een direct werkende norm in de zin van artikel 4.3.3 VCRO, blijft, in het licht van de beoordeling van het eerste middel, overeind.

Een beoordeling van het tweede middel waarin, tot voorbij dat determinerend weigeringsmotief, de toets aan een goede ruimtelijke ordening bekritiseerd wordt, kan in de gegeven omstandigheden niet tot de vernietiging van de bestreden beslissing leiden.

VII. KOSTEN

1.

Met toepassing van artikel 33 DBRC-decreet legt de Raad de kosten van het beroep, inclusief de hierna bedoelde rechtsplegingsvergoeding, geheel of voor een deel ten laste van de partij die ten gronde in het ongelijk gesteld wordt.

Artikel 21, §7 DBRC-decreet bepaalt dat de Raad op verzoek een rechtsplegingsvergoeding kan toekennen, die een forfaitaire tegemoetkoming is in de kosten en erelonen van de advocaat van de partij die ten gronde in het gelijk gesteld wordt.

2.

In zoverre het beroep van de verzoekende partij wordt verworpen, dient zij als de ten gronde in het ongelijk gestelde partij aangemerkt te worden en dient zij de kosten van het beroep, zijnde het door haar betaalde rolrecht, zelf te dragen. Om dezelfde reden kan niet ingegaan worden op haar verzoek tot het toekennen van een rechtsplegingsvergoeding.

3.

Op grond van artikel 21, §7, zesde lid DBRC-decreet kan een tussenkomende partij niet worden gehouden tot de betaling van de rechtsplegingsvergoeding of die vergoeding genieten. Het verzoek van de tussenkomende partij om een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro wordt verworpen.

De Raad is van oordeel dat het passend voorkomt om het rolrecht van de tussenkomende partij niet ten laste van de verzoekende partij te leggen aangezien de tussenkomende partij zelf beslist om al dan niet tussen te komen in een procedure. Bovendien bestaat het risico dat door de tenlastelegging aan de verzoekende partij van de kosten van de tussenkomst het recht op toegang tot de rechter onredelijk wordt bezwaard.

De verzoekende partij kan moeilijk inschatten hoeveel partijen er zullen tussenkomen in de procedure. Door de kosten van de tussenkomst ten laste te leggen van de verzoekende partij, bestaat het risico dat ze financieel wordt afgeschrikt om een beroep in te stellen.

BESLISSING VAN DE RAAD VOOR VERGUNNINGSBETWISTINGEN

1. Het verzoek tot tussenkomst van de LEIDEND AMBTENAAR van het agentschap NATUUR EN BOS, afdeling Oost-Vlaanderen is ontvankelijk.
2. De Raad verwerpt de vordering tot vernietiging.
3. De Raad legt de kosten van het beroep bestaande uit het rolrecht van de verzoekende partij, bepaald op 200 euro ten laste van de verzoekende partij.
4. De Raad legt de kosten van de tussenkomst, bepaald op 100 euro, ten laste van de tussenkomende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel in openbare zitting van 2 juli 2019 door de derde kamer.

De toegevoegd griffier,

De voorzitter van de derde kamer,

Stephanie SAMYN

Filip VAN ACKER