

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 247.907 van 25 juni 2020
in de zaak A. 223.873/VII-40.142**

In zake : de NV VLAAMSE ECOLOGIE- ENERGIE- EN
MILIEUONDERNEMING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ive Van Giel
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Generaal Lemanstraat 67
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jan Bergé en Kristien Vanderheiden
kantoor houdend te 3000 Leuven
Diestsevest 47, bus 001
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomen partij :
de NV van publiek recht HAVENBEDRIJF ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sven Vernaillen
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 27 november 2017, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse regering van 8 september 2017 houdende definitieve vaststelling van de instandhoudingsdoelstellingen en prioriteiten voor de met toepassing 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) aangewezen speciale beschermingszone “BE2300222 De Kuifeend en Blokkersdijk - deel De Kuifeend”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 245.757 van 15 oktober 2019 worden zeven van de acht aangevoerde middelen verworpen en ten aanzien van het vierde aangevoerde middel wordt het debat heropend naar aanleiding van een tussengekomen arrest van het Hof van Justitie.

Eerste auditeur Ronny Vercruyssen heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De partijen hebben aanvullende memories ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 juni 2020.

Kamervoorzitter Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ive Van Giel, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Jutte Nijs, die loco advocaten Jan Bergé en Kristien Vanderheiden verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Annelies Geerts, die loco advocaat Sven Vernailen verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ronny Vercruyssen heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3. Wat de feitelijke gegevens betreft kan worden verwezen naar arrest 245.757 van 15 oktober 2019 waarbij het debat werd heropend.

IV. Onderzoek van het vierde middel

Standpunten van de partijen

4. In een vierde middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 6, lid 1 en lid 2, van richtlijn 2001/42/EG betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma's (hierna: SEA-richtlijn), doordat de bestreden beslissing niet voorziet in een inspraak voor de verzoekende partij bij de voorbereiding ervan. Volgens de verzoekende partij moet het publiek bij de totstandkoming van de bestreden beslissing de gelegenheid worden geboden om zijn mening hierover kenbaar te maken. Te dezen werd het voorontwerp van de instandhoudingsdoelstellingen (hierna: IHD) evenwel op geen enkele wijze onderworpen aan publieke inspraak. Het werd niet onderworpen aan publiciteit of werd niet bekend gemaakt bij het publiek na de principiële beslissing van de Vlaamse regering zoals bedoeld in artikel 9 van het besluit van de Vlaamse regering van 3 april 2009 betreffende de aanwijzing van speciale beschermingszones en de vaststelling van instandhoudingsdoelstellingen (hierna: instandhoudingsbesluit 2009). Er werd geen openbaar onderzoek georganiseerd, en het publiek kreeg niet de mogelijkheid om op doeltreffende wijze bezwaren of opmerkingen te formuleren bij dit voorontwerp op een ogenblik dat alle opties open waren met betrekking tot de inhoud van de instandhoudingsdoelstellingen (hierna : IHD).

5. In haar memorie van wederantwoord stelt de verzoekende partij bijkomend voor om, in de mate dat het voor de Raad niet duidelijk zou zijn of het instandhoudingsbesluit 2009 dient te worden beschouwd als een plan of een programma in de zin van artikel 6, lid 1 en lid 2, van de SAE-richtlijn, daarover aan

het Hof van Justitie een prejudiciële vraag te stellen.

6. In haar laatste memorie vraagt de verzoekende partij om ook een gelijkaardige vraag te stellen in verband met de bestreden beslissing zelf en, in geval van een bevestigend antwoord, de vraag of de ontwerpen voor de voormelde besluiten overeenkomstig artikel 6, lid 1 en lid 2, van de SEA-richtlijn beschikbaar dienden te worden gesteld aan het publiek “zodat het publiek de gelegenheid had om tijdig, daadwerkelijk en binnen een passend tijdschema [...] vóór de vaststelling, of vóór de onderwerping aan de wetgevingsprocedure van het plan of programma, hun mening te geven over het ontwerp-plan of -programma en het bijbehorende milieuraapport”.

Zij wijst daarbij op de prejudiciële vragen die de Raad van State bij arrest nr. 241.368 van 2 mei 2018 aan het Europees Hof van Justitie heeft gesteld in een beroep tot nietigverklaring van het besluit van de Waalse regering van 1 december 2006 tot vaststelling van de IHD voor het Natura 2000-netwerk.

7 Nadat de verzoekende partij ter terechtzitting van de Raad van State heeft gewezen op het inmiddels tussengekomen arrest van 12 juni 2019 van het Hof van Justitie van de EU in zaak C-321/18, dat volgens hen zou besluiten dat IHD voor het gehele Natura 2000-netwerk in Wallonië geen plan of programma zijn in de zin van de SAE-richtlijn, doch dat dit wel het geval is voor de afzonderlijke gebieden, doordat voorwaarden worden vastgelegd voor de toekenning van vergunningen voor projecten, heeft de Raad bij arrest nr. 245.757 van 15 oktober 2019 het debat heropend en aan de verwerende en de tussenkomende partij een termijn van dertig dagen verleend na de kennisgeving van het arrest om een aanvullende memorie in te dienen, en aan de verzoekende partij een termijn van dertig dagen na de kennisgeving van de aanvullende memorie of bericht van de griffie om een repliek in te dienen.

8. In de aanvullende memorie stelt de verwerende partij dat het arrest van het Hof van Justitie handelt over een besluit dat uitvoering geeft aan

artikel 25, § 1, van de wet van 12 juli 1973 op het natuurbehoud, waarbij gewestelijke IHD worden vastgesteld die slechts een indicatieve waarde hebben. Deze IHD vormen volgens haar niet het kader voor de toekenning van toekomstige vergunningen, zodat zij niet onder de SEA-richtlijn vallen.

De verwerende partij acht het middel ongegrond omdat het genoemde arrest van het Hof van Justitie niet naar analogie kan worden toegepast op onderhavige zaak. De rechtsgrond voor de vaststelling van de IHD voor het Waalse gewest is artikel 25bis van de wet van 12 juli 1973 op het natuurbehoud. Overeenkomstig de Waalse wetgeving, hebben de IHD die toepasselijk zijn op de schaal van de Natura 2000-gebieden, een reglementaire waarde. Dit is volgens de verwerende partij niet het geval in de Vlaamse regelgeving. Het instandhoudingsbesluit 2009 zegt niets over de reglementaire waarde van de IHD. Artikel 36ter, § 1, tweede lid, van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu (hierna: natuurbehouddecreet) stelt enkel dat de IHD bindend zijn bij het vaststellen van de instandhoudingsmaatregelen en bij het uitvoeren van de passende beoordeling. De IHD zijn slechts indicatief voor de overheden, doch niet bindend of reglementair van aard voor de burgers. Dit blijkt tevens uit de door de Raad van State, afdeling wetgeving, gegeven adviezen volgens dewelke “de instandhoudingsdoelstellingen [...] geen regels zijn die van toepassing zijn op alle burgers of op een hele categorie van burgers” en integendeel enkel gelden voor de administratieve overheden, en bovendien “dermate algemeen en vaag geformuleerd [zijn] dat iedere direct-normatieve kracht eraan moet worden onzegd”. Aangezien het bestreden besluit geen reglementaire tekst is, kan het genoemd arrest van het Hof van Justitie al geen analoge toepassing kennen. Zij besluit wat dit betreft dat een tekst die geen bindend kader schept, alleszins buiten de toepassing van artikel 6, lid 1 en lid 2, van de SEA-richtlijn valt. Alleen al om die reden is volgens haar het vierde middel ongegrond.

Met verwijzing naar de conclusie van 24 januari 2019 van de advocaat-generaal in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot voornoemd arrest van 12 juni 2019 van het Hof van Justitie in zaak C-321/18, stelt de verwerende

partij voorts, zeer kort samengevat, dat de bestreden beslissing, die niet kadervormend is voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor projecten, niet onder artikel 3, lid 2, a), noch onder artikel 3, lid 4, van de SEA-richtlijn valt. De IHD, zoals die vastgesteld zijn in het aangevochten besluit voor SBZ-V De Kuifeend en Blokkersdijk, zijn geen criteria en modaliteiten zoals bedoeld in de betreffende rechtspraak van het Hof van Justitie.

De verwerende partij verwijst tevens naar het arrest van het Hof van Justitie C-290/15 (“d’Oultremont”) van 27 oktober 2016, waaruit zij afleidt “dat er sprake moet zijn van [technische] normen of andere concrete verplichtingen van reglementaire aard waaronder toekomstige projecten kunnen worden vergund [of moeten worden geweigerd]”, opdat sprake zou zijn van “plannen en programma’s” in de zin van artikel 3, lid 2, a), en lid 4, van de SEA-richtlijn, hetgeen te dezen niet het geval is.

Daarnaast verwijst de verwerende partij tevens naar het arrest van het Hof van Justitie van 12 juni 2019 in zaak C-43/18. Of in die zaak het besluit tot aanwijzing van een Natura 2000-gebied onder de verplichting tot uitvoering van een milieubeoordeling krachtens de voormelde bepalingen van de SEA-richtlijn valt, hing finaal ook af van de vraag of dat besluit het kader vormt voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor projecten die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben. Hierin werd opnieuw gewezen naar de definitie van het begrip “plannen en programma’s” dat betrekking heeft op elke handeling die, door vaststelling van regels en procedures, een heel pakket van criteria en modaliteiten vaststelt voor de goedkeuring en de uitvoering van één of meerdere projecten die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben. Dat het besluit mogelijk kadervormend was voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor projecten met aanzienlijke milieueffecten, hing in die zaak niet af van de eveneens in het besluit omschreven IHD en beschermingsdoelstellingen, maar wel van het feit dat het ter implementatie van die doelstellingen tevens een hele reeks concrete, algemeen geldende verbodsbepalingen bevat. Te dezen bevat de bestreden beslissing volgens de verwerende partij helemaal geen dergelijke

bepalingen.

9. De tussenkomende partij stelt in haar aanvullende memorie wat de grond van het middel betreft dat de heropening van het debat enkel slaat op de vermeende schending van artikel 6, lid 1 en lid 2, van de SEA-richtlijn. Met betrekking tot het arrest van het Hof van Justitie C-321/18 meent de tussenkomende partij dat door de verzoekende partij ten onrechte wordt betoogd dat onherroepelijk is komen vast te staan dat de bestreden beslissing een plan of programma uitmaakt in de zin van deze richtlijn, waarvoor een milieueffectenbeoordeling verplicht zou zijn. Uit de *ratio legis* van de Waalse regelgeving, blijkt dat de IHD op de schaal van Natura 2000-gebieden in Wallonië een reglementaire waarde hebben, wat in Vlaanderen niet het geval is, getuige de adviezen van de afdeling wetgeving van de Raad van State. In het kader van de vogelrichtlijnen werden SBZ ingesteld. De aanwijzing van deze SBZ vormt slechts een besluit dat op zich geen concrete noch algemene bescherming voorziet. Vervolgens dienen de nodige beschermings- en instandhoudingsmaatregelen te worden genomen, zoals dit ook gebeurde in het bestreden besluit. Een dergelijk besluit tot aanduiding formuleert echter geen “rechtsregelen” en brengt ook geen rechtsgevolgen met zich mee. Het bestreden besluit voert aldus op zich geen enkele verbods- of gebodsbepaling in. Het is geen reglementair besluit in de zin van artikel 3 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Bij gebrek aan reglementaire waarde, kan de bestreden beslissing geen plan of programma zijn in de zin van de richtlijn waarvoor een milieueffectenbeoordeling verplicht is. Voorts wordt in het arrest van het Hof van Justitie afgetoetst of maatregelen inzake de bescherming en het beheer van Natura 2000-gebieden in ieder geval zijn uitgesloten van een strategische milieubeoordeling in de zin van de SEA-richtlijn en, zo nee, of zij voldoen aan de overige voorwaarden voor een strategische milieubeoordeling in de zin van artikel 3 van die richtlijn, in het bijzonder of zij een kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor projecten. Om uit te maken of een “voorgeschreven” plan of programma effectief door een milieueffectenbeoordeling dient te worden voorafgegaan moet voorts worden uitgemaakt of het plan of programma voldoet aan de vereisten van

artikel 2, a), van de SEA-richtlijn in de mate het om een plan gaat bedoeld in artikel 3 van die richtlijn. Artikel 3, lid 1, van de SEA-richtlijn bepaalt immers dat een milieueffectenbeoordeling dient te worden uitgevoerd voor de in de leden 2, 3 en 4 bedoelde plannen en programma's die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben. Binnen dit kader vormt het feit dat een plan of programma het kader vormt voor het toekennen van toekomstige vergunningen voor projecten een belangrijke voorwaarde om een plan of programma te doen voorafgaan door een milieueffectenbeoordeling. Dit wil zeggen dat het dient te gaan om een plan of programma, dat door vaststelling van regels en procedures, een heel pakket van criteria en modaliteiten vaststelt voor de goedkeuring en de uitvoering van één of meerdere projecten die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben. De IHD voor een Europees te beschermen gebied moeten logischerwijze kaderen binnen de gewestelijke IHD. Deze worden in het instandhoudingsbesluit 2009 gedefinieerd. De IHD worden beschreven voor soorten broedvogels en voor soorten doortrekkende en overwinterende watervogels. Er wordt ingezet op verhoging van de bescherming en behoud. Daarbij wordt een toelichting gegeven met daarin steeds louter de actuele aantallen, de doelaantallen en de motivering waarom het doel een stijging of een behoud van de actuele aantallen inhoudt. Kwaliteitseisen aan de leefgebieden worden beschreven als "te verhogen" of "te behouden" en van een korte toelichting voorzien. Er wordt geen nieuw kader in het leven geroepen, wel integendeel, het bestaande kader wordt louter onderbouwd. De vaststelling van de IHD gebeurde immers al voordien via de verplichte passende beoordeling van elk project, waarbij wordt verwezen naar artikel 36ter, § 3, en volgende van het natuurbehouddecreet. Dit is ook zo gestipuleerd in artikel 11, § 4, van het instandhoudingsbesluit 2009. De IHD worden aldus niet rechtstreeks toegepast op de vergunningsaanvragen voor toekomstige projecten, maar er gebeurt een loutere inschatting van de eventuele aanzienlijke effecten op het milieu door middel van een passende beoordeling, hetgeen bovendien thans reeds op die manier gebeurde vóór het bestreden besluit. Tot slot houdt het bestreden besluit volgens de tussenkomen partij geen criteria en modaliteiten in zoals bedoeld in de betreffende rechtspraak van het Hof van Justitie, zoals dit kan worden afgeleid uit het arrest van het Hof van Justitie van 26 oktober 2016 in zaak

C-290/15 (d'Oultremont). Het moet dus in essentie gaan om (technische) normen en andere algemeen geldende, concrete verplichtingen waaronder toekomstige projecten kunnen worden vergund. Dit is niet het geval met de in de voorliggende zaak betrokken IHD die geen reglementaire, concrete normen en verplichtingen bevatten waaronder projecten kunnen worden vergund. De betrokken IHD zitten op een doelstellingenniveau wat maakt dat via een passende beoordeling moet worden ingeschat of een plan of project dreigt afbreuk te doen aan het realiseren van die doelstelling. Dit is volgens de tussenkomende partij iets geheel anders dan de concrete, technische normen en andere verplichtingen die rechtstreeks op projecten van toepassing zijn en die het Hof van Justitie voor ogen had in de betreffende rechtspraak.

10. In haar aanvullende memorie stelt de verzoekende partij, in antwoord op kritiek van de verwerende en de tussenkomende partij dat de verwijzing in het middel naar artikel 3, lid 2 en lid 4, van de SEA-richtlijn een ongeoorloofde uitbreiding van het middel vormt, dat het niet om een nieuwe invulling gaat aangezien er reeds in het verzoekschrift op werd gewezen dat de bestreden beslissing voorafgaandelijk diende te worden onderworpen aan een milieubeoordeling die publiek beschikbaar diende te worden gesteld, hetgeen een verplichting is die rechtstreeks voortvloeit uit artikel 6, lid 1 en lid 2, van de SEA-richtlijn. Volgens hen “impliceert” het aanvoeren van de schending van artikel 6, lid 1 en lid 2, van de SEA-richtlijn dat de bestreden beslissing een plan of programma is, conform artikel 3, lid 2, onderworpen aan een milieubeoordeling. Indien wordt aanvaard dat de bestreden beslissing een plan of programma is waarop artikel 6, lid 1 en lid 2, van de SEA-richtlijn van toepassing is, staat hiermee volgens de verzoekende partij “*ipso facto*” vast dat zij onder toepassing valt van artikel 3, lid 2 of lid 4, van de SEA-richtlijn. Het middel wordt dus volgens hen niet uitgebreid.

Zo de Raad zou oordelen dat de verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van 12 juni 2019 in zaak C-321/18 wel een uitbreiding of een nieuwe invulling zou vormen, dan zou dit volgens hen vallen “onder de

uitzondering van het laattijdig indienen van een middel”. Aangezien zij pas na het indienen van het verzoekschrift van het nieuwe stuk kennis hadden en er op het eerst mogelijke voorziene moment in de procedureregeling naar hebben verwezen, voldoet volgens hen “de eventuele uitbreiding of nieuwe invulling van [het] middel aan alle voorwaarden om een vermeende laattijdigheid te dekken”.

De verzoekende partij betoogt wat de grond van het middel betreft dat de verwerende en de tussenkomende partij de redenering van de Hof van Justitie in “het arrest Terre Wallonne” vereenvoudigen door deze redenering als volgt beperkend te interpreteren: ofwel gaat het om individuele IHD die niet MER-plichtig zijn, ofwel om reglementaire IHD die wel MER-plichtig zijn. Vervolgens baseren de verwerende en de tussenkomende partij hun argumentatie op het al dan niet reglementair karakter van de bestreden beslissing. Als de Raad zou oordelen dat de bestreden beslissing effectief geen reglementaire waarde heeft, dienen immers de gevolgen die de verwerende en de tussenkomende partij daaraan koppelen, in vraag te worden gesteld.

Het gebrek aan reglementaire waarde staat volgens de verzoekende partij te dezen het toepassen van de rechtspraak van het Hof van Justitie niet in de weg. De conclusie van het Hof is namelijk niet enkel gebaseerd op een onderscheid tussen het reglementair en individueel karakter van de Waalse IHD, maar is gestoeld op verscheidene overwegingen: het bestaan van IHD op verschillende niveaus, de link aan één specifiek gebied en de juridische waarde van deze doelstellingen. Het systeem in Vlaanderen is op dezelfde wijze opgebouwd als het Waalse. De bestreden beslissing bevindt zich op het laagste niveau, met name het specifiek gebied “De Kuifeend en Blokkersdijk - deel De Kuifeend”. De bestreden beslissing heeft daarenboven geen louter individueel karakter. Artikel 11, § 1, van het instandhoudingsbesluit 2009 stipuleert dat de IHD voor de administratieve overheden in bepaalde gevallen bindend zijn, zodat, zelfs zonder reglementair karakter, deze wel bindende bepalingen bevatten voor de administratie bij het nemen van beslissingen. Aldus moet volgens de verzoekende partij worden besloten dat het arrest “Terre Wallonne” wel degelijk toepasselijk is

in het voorliggend beroep.

Wat betreft de argumentatie van de verwerende en de tussenkomende partij dat het bestreden besluit geen kader kan vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen, wijst de verzoekende partij erop dat de definitie van plannen en programma's zoals deze door het Hof van Justitie wordt gegeven, een "heel pakket of criteria en modaliteiten" behelst, die op een kwalitatieve wijze moeten worden begrepen, en die dienen te worden getoetst, rekening houdend met de doelstelling van de richtlijn, namelijk het onderwerpen aan een milieubeoordeling van plannen en programma's die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben. Vervolgens dient er te worden nagegaan of het bestreden besluit een "groot pakket van criteria en modaliteiten vormt" zoals bedoeld wordt in de SEA-richtlijn. Als een vergunningsplichtige activiteit wordt aangevraagd die een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een SBZ kan veroorzaken, dient deze aanvraag onderworpen te worden aan een passende beoordeling. De criteria om dit te analyseren zijn de IHD. De overheid dient enkel na te gaan of de doelstellingen in het gedrang worden gebracht. Als de activiteit deze kenmerken aantast, moet zij worden geweigerd. Derhalve vormen deze IHD de enige criteria die door de overheid worden gehanteerd om de vergunning te verlenen of te weigeren. Het feit dat deze niet rechtstreeks worden toegepast, maar enkel door middel van een passende beoordeling, neemt niet weg dat deze een kader vormen. Zelfs als dergelijke passende beoordeling al plaatsvond voor de vaststelling van de IHD, neemt dit niet weg dat deze een groot pakket van criteria en modaliteiten vormen voor het verlenen van vergunningen. Aangezien het opstellen van IHD een tijdrovend proces is en om derhalve te voorkomen dat de SBZ gedurende een lange periode geen enkele bescherming zou genieten, kan zelfs vóór de vaststelling van deze doelstellingen toch een passende beoordeling worden uitgevoerd. Deze tijdelijke situatie kan niet als gevolg hebben dat het groot pakket van criteria en modaliteiten van deze IHD geen kader meer zouden kunnen vormen. Het feit dat het bestreden besluit "doelstellingen" omvat, neemt volgens de verzoekende partij niet weg dat deze een kader zullen vormen voor het verlenen van vergunningen. Het Hof van Justitie maakt hierbij in zijn rechtspraak geen

enkele vorm van voorbehoud. In tegenstelling tot de verwerende partij leidt de verzoekende partij uit het arrest van het Hof van Justitie van 12 juni 2019 in zaak C-43/18 af dat het Hof zich in zijn analyse niet beperkt tot de aanwezigheid of afwezigheid van verbodsbepalingen, maar dat er tevens moet worden nagegaan of de bestreden beslissing geen wijzigingen van het plan of programma inhoudt. Te dezen werd de oorspronkelijke oppervlakte van het gebied en/of de vogelsoorten bij de opname in de communautaire lijst gewijzigd. Het besluit van de Vlaamse Executieve van 17 oktober 1988 tot aanwijzing van SBZ in de zin van artikel 4 van richtlijn 79/409/E.E.G. van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand wijst “De Kuifeend en Blokkersdijk” aan als één SBZ. De aangemelde oppervlakte van de SBZ Kuifeend-Blokkersdijk bedraagt 192 ha. Evenwel werden de IHD van Blokkersdijk in 2014 vastgesteld en die van De Kuifeend thans in 2017 bij wege van de bestreden beslissing, zonder op enigerlei wijze rekening te houden met Blokkersdijk. Derhalve werd de oorspronkelijke omvang van 192 ha van het gebied in twee verdeeld, enerzijds in het gebied “Blokkersdijk” van 90 ha en anderzijds in het gebied “De Kuifeend” van 102 ha. Artikel 8 van het instandhoudingsbesluit 2009 schrijft immers voor dat de IHD in principe voor een SBZ in zijn geheel bepaald moet worden. Het is weliswaar mogelijk om deze voor een deelgebied vast te leggen maar dit kan niet geheel onafhankelijk van het overige deel van de SBZ. De wetgever was van oordeel dat splitsingen van SBZ problematisch konden zijn bij de vaststelling van IHD voor de bescherming van de aangemelde habitats en vogelsoorten. Dit kan echter aanzienlijke milieueffecten hebben zoals aangenomen in artikel 3.3 van de SEA-richtlijn.

In ondergeschikte orde betoogt de verzoekende partij, indien zou worden geoordeeld dat de bestreden beslissing geen MER-plichtig plan of programma is, dat het bestreden besluit minstens aan artikel 3, lid 7, van de SEA-richtlijn moet worden onderworpen. Het bestreden besluit werd genomen door de Vlaamse regering op basis van artikel 9, § 1, van het instandhoudingsbesluit 2009 en valt onder de toepassing van de SEA-richtlijn. Het Hof van Justitie oordeelde op dezelfde wijze (*a contrario*) inzake Waalse IHD in

het arrest *Terre Wallonne*. Daarenboven moeten de lidstaten, zelfs als het niet verplicht zou zijn om de bestreden beslissing te onderwerpen aan een milieueffectenbeoordeling, de redenen uiteenzetten waarom een plan of programma niet onderworpen moet worden aan een milieueffectrapportage. Te dezen werd het voorontwerp van de IHD evenwel op geen enkele wijze onderworpen aan publieke inspraak. Het advies van de Minaraad in het kader van de huidige bestreden beslissing verwijst louter naar de “gemaakte afspraken in de verschillende overleggroepen”, waar de diverse partijen die deel uitmaken van de Minaraad wellicht ook in vertegenwoordigd zijn. Het advies bevat geen of nauwelijks inhoudelijke argumenten; er is geen sprake van afdoende inspraak vanuit het publiek. Evenmin werden de redenen gegeven waarom dit plan of programma niet onderworpen werd aan een milieueffectrapportage.

Ten slotte verzoekt de verzoekende partij om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie met betrekking tot het instandhoudingsbesluit 2009, het bestreden besluit, de toepassing van artikel 6, lid 1 en lid 2, op deze besluiten, en met betrekking tot de vraag of de overheid de redenen dient uiteen te zetten die aangeven waarom de beslissing niet moet worden onderworpen aan een milieueffectenbeoordeling (*cfr.* artikel 3.7 van de plan-MER-richtlijn) en/of de beslissing dient te worden onderworpen aan publieke inspraak, bij dit alles rekening houdend met het doel van de plan-MER-richtlijn dat een hoog milieubeschermingsniveau vooropstelt, gelet op het gegeven dat huidige beslissing wel een plan en programma is conform artikel 2, a), van de plan-MER-richtlijn.

Wat de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraagstelling betreft, argumenteert de verzoekende partij dat de heropening van het debat het mogelijk maakt de wapengelijkheid en de rechten van verdediging te waarborgen.

Zij wijst voorts op artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en de verplichting voor de rechter om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie. Te dezen kan volgens hen niet worden ontkend dat de vragen, die de kern van het geschil betreffen, pertinent zijn.

Zo er in het verleden reeds prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie werden gesteld over de IHD, dan hadden die geen betrekking op de regelgeving van het Vlaamse Gewest of op de inspraakmogelijkheden van het publiek en waren zij niet dienstig om de redelijke twijfel weg te nemen over de interpretatie van de richtlijn.

Beoordeling

11. In de mate dat de verzoekende partij haar middel uitbreidt naar een eventuele schending van artikel 3 van de SEA-richtlijn, gelet op het invoeren van de rechtspraak van het Hof van Justitie in zaak C-321/18, gaat het in het licht van de voor de Raad van State geldende procedureregeling om een niet toelaatbare uitbreiding van het middel. Het Hof van Justitie heeft immers in dit arrest geen uitspraak gedaan over het aangevoerde, geschonden geachte artikel 6 van de richtlijn maar over artikel 3 van de richtlijn, dat voordien niet in het middel voor de Raad van State werd aangevoerd.

De verzoekende partij geeft door deze uitbreiding een andere invulling dan oorspronkelijk het geval was in het verzoekschrift.

In het tussenarrest van de Raad van State nummer 245.757 van 15 oktober 2019 waarbij het debat werd heropend, is bij de beoordeling van het eerste middel gebleken dat de bestreden beslissing geen reglementair karakter heeft. De huidige bestreden beslissing dient te worden gezien als een invulling van een reeds bestaand beoordelingskader. Mocht de verzoekende partij een vergunningsaanvraag indienen dan nog zou die aanvraag worden getoetst in het kader van een passende beoordeling, gelet op de nabije ligging van de SBZ waarvoor de huidige bestreden beslissing IHD vaststelt, maar waarvan het bestaan niet het voorwerp uitmaakt van het huidige beroep. De IHD betreffen louter feitelijke vaststellingen waaruit doelstellingen worden afgeleid die geen reglementair karakter hebben. Uit de bestreden beslissing zelf kan bovendien worden afgeleid dat er sprake is geweest van een consultatie van de betrokken doelgroepen en dat bij de voorbereiding ervan het advies werd ingewonnen van de

Milieu- en Natuurraad Vlaanderen, de SERV en de Strategische Adviesraad voor Landbouw en Visserij. Aldus blijkt ‘het publiek’, in de zin van artikel 6, lid 4, van de SEA-richtlijn te zijn geraadpleegd om zijn mening, in de zin van artikel 6, lid 2, van deze richtlijn, te laten kennen. Gelet op het niet-reglementair karakter van de bestreden beslissing, die betrekking heeft op algemene doelstellingen in de vorm van een inspanningsverbintenis, kan een beperkte raadpleging, in de zin van doelgroepen, worden gerechtvaardigd. De verzoekende partij toont alleszins niet aan dat haar eventuele inspraak zou hebben bijgedragen tot een betere realisatie van de doelstellingen zoals verwoord in de op de SBZ van toepassing zijnde richtlijnen of andere regelgeving, mede gelet op het niet betwiste bestaan van de betrokken SBZ.

In tegenstelling tot de situaties in de door de verzoekende partij vermelde arresten van het Hof van Justitie, werden door de huidige bestreden beslissing geen technische normen vastgesteld die dwingende bepalingen opleggen bij de beoordeling van een vergunningsaanvraag. De analogie met deze arresten is dan ook niet aanwezig, enerzijds wegens andere geschonden geachte bepalingen, en anderzijds wegens het verschillende karakter van de ter discussie staande normen.

De verzoekende partij licht bovendien niet toe hoe deze richtlijn zich concreet verhoudt tot de bestreden beslissing, hetgeen niet evident is daar deze richtlijn gericht is op plannen en programma’s die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben. De huidige bestreden beslissing heeft het tegenovergestelde doel, namelijk de bescherming van natuurwaarden in een SBZ.

Uit de redactie van het vierde middel in het verzoekschrift blijkt dat slechts zijdelings wordt verwezen naar de artikelen 2, a) en 4 tot en met 9 van de SEA-richtlijn, zonder dat de schending van deze bepalingen op zich wordt aangekaart. Ook in de memorie van wederantwoord werd niet dieper ingegaan op deze bepalingen. Wel wordt in de memorie van wederantwoord, in ondergeschikte orde, gevraagd één prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie met

betrekking tot de geschonden geachte bepalingen van de richtlijn. In de aanvullende memorie van 6 september 2019 wordt deze prejudiciële vraag vervolgens uitgebreid met twee bijkomende vragen om in de aanvullende memorie van 2 januari 2020 te worden uitgebreid tot vijf prejudiciële vragen.

Een prejudiciële vraag moet op het eerst nuttige moment worden gesuggereerd, met name in het verzoekschrift. Zoals uit het bovenstaande blijkt, werd in het verzoekschrift geen prejudiciële vraag geformuleerd. Nog daargelaten het feit dat het debat werd heropend om de mogelijkheid te geven aan de verwerende en de tussenkomenende partij om schriftelijk stelling in te nemen over het vierde middel en de ontwikkelingen die zich na het indienen van de memorie van antwoord hebben voorgedaan, dienen de nieuwe prejudiciële vragen die worden geformuleerd in de laatst ingediende aanvullende memorie als laattijdig te worden beschouwd. Hoe dan ook hebben de voorgestelde prejudiciële vragen ofwel betrekking op bepalingen die reeds in het verzoekschrift geschonden geacht worden, zodat toen reeds een prejudiciële vraag hierover kon worden geformuleerd, ofwel hebben zij betrekking op bepalingen die niet worden geschonden geacht in het initieel geformuleerde middel en zijn ze dus niet relevant.

Gelet op het duidelijke doel en werkingsgebied van de SEA-richtlijn, zoals dit blijkt uit haar artikelen 1 en 3, kan niet worden ingezien welke andere inzichten een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie zou kunnen opleveren. De voorgestelde prejudiciële vragen dienen niet te worden gesteld.

In zoverre het middel ontvankelijk zou zijn, kan het niet tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing leiden.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken op vijftientwintig juni tweeduizend twintig, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	kamervoorzitter,
Pierre Lefranc,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bart Tettelin,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bart Tettelin

Eric Brewaeys