

MEMORIE VAN ANTWOORD

AAN DE EERSTE VOORZITTER,
EN DE DAMES EN HEREN STAATSRADEN,
BIJ DE RAAD VAN STATE

VOOR:

1. DE PROVINCIE NOORD-BRABANT, publiekrechtelijke rechtspersoon naar Nederlands recht, met kantoren te 5216 TV 'S-Hertogenbosch (Nederland), Brabantlaan 1,
2. DE LEIDEND AMBTENAAR VAN DE OMGEVINGSDIENST MIDDEN- EN WEST-BRABANT, Afdeling industriële omgeving, met kantoren te 5038CB Tilburg (Nederland), Spoorlaan 181,

"Eerste verwerende partijen" – "Noord-Brabant"

Met als raadslieden

[namen]

TEGEN:

NV INEOS OLEFINS BELGIUM, met zetel te 2040 Antwerpen, Scheldelaan 482, ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0716.953.031,

"Verzoekende partij" - "Ineos"

¹ E-mailadressen: [redacted] Telefoonnummer :
+32 3 [redacted].

Met als raadslieden

[namen]

MEDE INZAKE:

DE VLAAMSE REGERING, vertegenwoordigd door de Vlaamse minister van Justitie en Handhaving, Omgeving, Energie en Toerisme, met kantoren te 1210 Brussel, Koning Albert II-laan 7,

“Tweede verwerende partij” – “Vlaamse Regering”

hebbende als raadsman

[namen]

VOOR DE RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

G/A 239.853/VII-42.173

Gelet op het cassatieberoep van 18 augustus 2023 vanwege de verzoekende partij strekkende tot cassatie van arrest nr. RvVb-A-2223-1097 van de Raad voor Vergunningsbetwistingen van 20 juli 2023 in de zaak 2122-RvVb-0906-A, waarbij het verzoek tot vernietiging van eerste verwerende partijen gericht tegen de beslissing van tweede verwerende partij van 7 juni 2022, waarbij aan verzoekende partij een omgevingsvergunning wordt verleend voor de bouw en exploitatie van een ethaankraker (ECR) met bijhorende ondersteunende faciliteiten (projectnaam “Project One”) (omgevingsvergunningsnummer: 2021104744), gegrond wordt verklaard, en waarbij de Raad voor Vergunningsbetwistingen tweede verwerende partij beveelt om een nieuwe beslissing te nemen over het bestuurlijk beroep van eerste verwerende partij binnen een termijn van zes maanden te rekenen vanaf de dag na de betekening van dit arrest en waarbij de kosten van het beroep ten laste van tweede verwerende partij gelegd worden;
(Stukken 1 en 2)

Gelet op de beschikking betreffende de toelaatbaarheid in cassatie nr. 15.598 van 22 september 2023 in de zaak G/A. 239.853/VII-42.173, waarin Uw Raad het cassatieberoep van 18 augustus 2023 toelaatbaar heeft bevonden;
(Stuk 3)

Gelet op het schrijven van 2 oktober 2023 vanwege Uw Raad, waarmee de beschikking betreffende de toelaatbaarheid aan eerste verwerende partijen werd medegedeeld;
(Stuk 4)

Eerste verwerende partijen hebben hierbij de eer om een memorie in te dienen in het kader van de vordering tot nietigverklaring die door verzoekende partij werd ingesteld tegen arrest nr. RvVb-A-2223-1097 van de Raad voor Vergunningsbetwistingen van 20 juli 2023 in de zaak 2122-RvVb-0906-A.

Onder voorbehoud van alle rechten en zonder enige nadelige erkenning merken eerste verwerende partijen het volgende op.

INHOUD

A.	Voorwerp van het cassatieberoep	6
B.	De memorie van antwoord is ontvankelijk	7
I.	Tijdigheid van de memorie van antwoord van eerste verwerende partijen	7
II.	Belang van eerste verwerende partijen	7
C.	Feitelijke en procedurele voorgaanden.....	10
I.	Feitelijke en planologische situering van de aanvraag.....	10
II.	De procedurele voorgaanden en het ongunstig advies van Noord-Brabant	12
1.	Het verloop van de vergunningsprocedure.....	12
2.	Procedure in graad van beroep	14
3.	Vernietigingsprocedure voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen.....	15
4.	Cassatieberoep voor de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak	16
D.	M.b.t. de ONgegrondheid van de vordering tot nietigerklaring	16
I.	Voorafgaand: wettelijk kader – tussentijds toetsingskader – ontwerp-PAS – Europese Natuurherstelwet	16
1.	Wettelijk kader.....	16
2.	De stikstofarresten en het tussentijds toetsingskader uit de ministeriële instructie	20
2.1.	Omzendbrief van 6 september 2017 grotendeels buiten toepassing in navolging van eerste stikstofarrest van 25 februari 2021	20
2.2.	De <i>de minimis</i> -drempel uit Ministeriële instructie niet langer aangewezen in navolging van tweede stikstofarrest van 27 oktober 2022.....	22
2.3.	Verwijzing naar Duitse drempelwaarden niet voldoende in navolging van derde stikstofarrest van 15 december 2022	25
2.4.	Het Bestreden Arrest is een vierde stikstofarrest.....	26
3.	Het ontwerp-PAS en ontwerp-plan-MER, het voorstel van decreet ‘ <i>over de programmatische aanpak stikstof</i> ’ en het advies van de Raad van State, afdeling Wetgeving.....	26
4.	Europese natuurherstelwet zal het Natura 2000-beleid aanvullen	29
II.	Eerste middel.....	30
1.	Samenvatting van het eerste middel in het cassatieberoep van verzoekende partij	30
2.	Standpunt van eerste verwerende partijen	32
2.1.	samenvatting van het standpunt van eerste verwerende partijen.....	32
2.2.	Uiteenzetting van het standpunt van eerste verwerende partijen.....	34
2.2.a.	Eerste middelenonderdeel.....	34
2.2.b.	Tweede middelenonderdeel.....	51
III.	Tweede middel.....	53
1.	Samenvatting van het tweede middel in het cassatieberoep van verzoekende partij.....	53
2.	Standpunt van eerste verwerende partijen	54
2.1.	Samenvatting van het standpunt van eerste verwerende partijen	54
2.2.	Uiteenzetting van het standpunt van eerste verwerende partijen.....	56

2.2.a.	De Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft de PAS-gebiedsanalyse juist gelezen	56
2.2.b.	De Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft de wetenschappelijke onderbouwing van de passende beoordeling juist gelezen	62
2.2.b.i.	De beweerde drie centrale wetenschappelijke argumenten van de passende beoordeling	62
2.2.b.ii.	De wetenschappelijke onderbouwing van de de minimis-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar	67
2.2.b.iii.	De Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft de Vernietigde beslissing juist gelezen	69
IV.	Derde middel	75
1.	Samenvatting van het derde middel in het cassatieberoep van verzoekende partij	75
2.	Standpunt van eerste verwerende partijen	76
2.1.	Samenvatting van het standpunt van eerste verwerende partijen	76
2.2.	Uiteenzetting van het standpunt van eerste verwerende partijen	77
2.2.a.	Wat betreft de PAS-gebiedsanalyse	77
2.2.b.	Wat betreft de wetenschappelijke onderbouwing van de passende beoordeling	79
2.2.c.	Wat betreft het verzoek tot het toepassen van de bestuurlijke lus	79
2.2.d.	Wat de motivering van de Vernietigde beslissing betreft	83
2.2.e.	Wat de rol van de Programmatische Aanpak Stikstof betreft	83
V.	Vierde middel	85
1.	Samenvatting van het vierde middel in het cassatieberoep van verzoekende partij	85
2.	Standpunt van eerste verwerende partijen	86
2.1.	Samenvatting van het standpunt van eerste verwerende partijen	86
2.2.	Uiteenzetting van het standpunt van eerste verwerende partijen	87
2.2.a.	In hoofdorde: de kamer werd regelmatig samengesteld	87
2.2.b.	In ondergeschikte orde: de aanbeveling tot concrete, objectieve en transparante criteria is niet-bindend	92
E.	Beschikkend gedeelte	93

A. VOORWERP VAN HET CASSATIEBEROEP

1. Het cassatieberoep van 18 augustus 2023 vanwege de verzoekende partij strekt tot cassatie van arrest nr. RvVb-A-2223-1097 van de Raad voor Vergunningsbetwistingen van 20 juli 2023 in de zaak 2122-RvVb-0906-A, waarbij het verzoek tot vernietiging van eerste verwerende partijen gericht tegen de beslissing van tweede verwerende partij van 7 juni 2022, waarbij aan verzoekende partij een omgevingsvergunning wordt verleend voor de bouw en exploitatie van een ethaankraker (ECR) met bijhorende ondersteunende faciliteiten (projectnaam "Project One") (omgevingsvergunningsnummer: 2021104744) (hierna: "*Vernietigde beslissing*"), gegrond wordt verklaard, en waarbij de Raad voor Vergunningsbetwistingen tweede verwerende partij beveelt om een nieuwe beslissing te nemen over het bestuurlijk beroep van eerste verwerende partij binnen een termijn van zes maanden te rekenen vanaf de dag na de betekening van dit arrest en waarbij de kosten van het beroep ten laste van tweede verwerende partij gelegd worden (hierna: "*Bestreden Arrest*").

(Stukken 1 en 2)

Verzoekende partij levert in vier cassatiemiddelen kritiek op volgende motieven van het Bestreden Arrest:

- De PAS-gebiedsanalyse "Brabantse Wal" (128) van 15 december 2017 toont aan dat stikstof nu en in de toekomst (jaar 2030) een probleem vormt voor het halen van de instandhoudingsdoelstellingen van de habitattypes H2310, H2330, H3160 en H4030;
- De Vernietigde Beslissing maakt geen enkele inhoudelijke beoordeling van de passende beoordeling en neemt hoogstens op niet-afdoende wijze de bevindingen van de passende beoordeling over door slechts op één plek te verwijzen naar de conclusies van de passende beoordeling;
- De passende beoordeling maakt onvoldoende inzichtelijk dat de berekende depositietoenames de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied "Brabantse Wal" niet aantasten door bij de beoordeling van de gevolgen van de bijkomende depositie in dit al overbelast gebied geen aandacht te besteden aan de specifieke milieukenmerken en instandhoudingsdoelstellingen ervan;
- Noord-Brabant bekritiseert de passende beoordeling niet uitvoerig en halen deze niet onderuit met tegenstudies, maar hun kritiek luidt voldoende precies dat de passende beoordeling niet getuigt van een concrete en ecologische benadering door louter en alleen af te toetsen aan een algemene drempelwaarde van niet-meetbaarheid;
- Het is onduidelijk hoe de passende beoordeling zich onderscheidt van een loutere voortoets door aan te nemen dat het behalen van de instandhoudingsdoelstellingen van de betreffende habitattypen en leefgebieden van soorten mogelijk is, louter omdat de depositie onder een Duitse drempelwaarde (Abschneidekriterium) van 300 gram blijft;

- De passende beoordeling hanteert als fundamenteel uitgangspunt een drempelwaarde die in Vlaanderen geen juridische verankering kent als onderdeel van een globale programmatische aanpak stikstof.
- Het hanteren van net die absolute drempelwaarde van 0,3 kg N/ha/jaar wordt in Vlaanderen wetenschappelijk ernstig in vraag gesteld, en met name in een advies van het Instituut voor Natuur- en Bosonderzoek van 11 maart 2022, getiteld *'Advies over de toepassing van de Duitse drempelwaarde van 0,3 kg N/ha/jaar in Vlaanderen'*.

2. Per beschikking betreffende de toelaatbaarheid in cassatie nr. 15.598 van 22 september 2023 in de zaak G/A. 239.853/VII-42.173, heeft Uw Raad het cassatieberoep van 18 augustus 2023 toelaatbaar bevonden.

(Stuk 3)

B. DE MEMORIE VAN ANTWOORD IS ONTVANKELIJK

I. TIJDIGHEID VAN DE MEMORIE VAN ANTWOORD VAN EERSTE VERWERENDE PARTIJEN

3. De beschikking betreffende de toelaatbaarheid in cassatie nr. 15.598 van 22 september 2023 in de zaak G/A. 239.853/VII-42.173 werd aan eerste verwerende partijen ter kennis gebracht per briefwisseling van Uw Raad van 2 oktober 2023, waarin eerste verwerende partijen werden uitgenodigd om een memorie van antwoord in te dienen.

(Stukken 3 en 4)

Eerste verwerende partijen hebben op 5 oktober 2023 kennisgenomen van voormelde mededeling.

4. Aldus wordt de memorie van antwoord van 31 oktober 2023 tijdig, binnen een termijn van 30 dagen, ingediend.

II. BELANG VAN EERSTE VERWERENDE PARTIJEN

5. Eerste verwerende partijen in huidige cassatieprocedure waren in de vernietigingsprocedure voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen de verzoekende partijen. In haar verzoekschrift tot vernietiging heeft Noord-Brabant haar belang uitvoerig uiteengezet voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen.

(Stuk 1)

De Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft het belang van Noord-Brabant in het kader van de vernietigingsprocedure vervolgens aanvaard.

(Stuk 1)

Noord-Brabant herneemt hieronder de desbetreffende motivatie waarop haar belang is gebaseerd.

6. De door het Bestreden Arrest Vernietigde beslissing vergunt een project dat stikstofuitstoot zal veroorzaken op het door Noord-Brabant beschermde Natura 2000 – gebied

“Brabantse Wal”: een betekenisvolle aantasting is niet uit te sluiten. Dit gegeven werd in de Vernietigde beslissing niet, of alleszins manifest onvoldoende in de beoordeling betrokken.

7. De aanvraag omvat de bouw en exploitatie van een ethaankraker (ECR) met bijhorende ondersteunende infrastructuur. De maximale stikstofdepositie op de “Brabantse Wal” van de exploitatiefase bedraagt 7 - 10 mol /ha/jr op het Vogelrichtlijngebied en 3 – 7 mol op het Habitatrictlijngebied. Een significante negatieve impact van de stikstofdepositie op dit overbelaste Natura 2000-gebied is hierbij zeer waarschijnlijk.

8. De Gedeputeerde Staten van de provincie Noord-Brabant zijn het aangewezen bevoegd gezag wanneer het gaat om het bewaken en vrijwaren van de kwaliteit van Natura 2000-gebied “Brabantse Wal”. De Vernietigde beslissing raakt bijgevolg aan het belang van Noord-Brabant, namelijk de vrijwaring, instandhouding en bescherming van de “Brabantse Wal” als Natura 2000-gebied.²

Via de Gedeputeerde Staten, nl. het bestuursorgaan van de publiekrechtelijke rechtspersoon provincie Noord-Brabant die echter geen aparte rechtspersoonlijkheid heeft, ziet de provincie Noord-Brabant erop toe dat instandhoudingsmaatregelen als bedoeld in (onder meer) artikel 6, eerste lid, van de Habitatrictlijn worden getroffen die nodig zijn voor Natura 2000-gebieden die zich op haar grondgebied bevinden, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen voor de onderscheiden gebieden. Ook dragen de Gedeputeerde Staten er zorg voor dat in hun provincie passende maatregelen als bedoeld in artikel 6, tweede lid, van de Habitatrictlijn worden getroffen die nodig zijn voor Natura 2000-gebieden, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen voor de onderscheiden gebieden.³

De Vernietigde beslissing raakt dan ook het belang van de provincie Noord-Brabant, nu het project bijkomende stikstofdepositie veroorzaakt op het door haar beschermde Natura 2000-gebied waarin er zich habitattypes en soorten bevinden die zeer gevoelig zijn voor verzuring en vermessing. De provincie Noord-Brabant vreest dan ook dat de instandhoudingsdoelstellingen voor het betrokken Natura 2000-gebied in gevaar komen en mogelijke schade aan de natuur niet uit te sluiten valt.

In dit verband wijst de provincie Noord-Brabant erop dat het belangenvereiste niet overdreven restrictief of formalistisch mag worden ingevuld, nu dergelijke invulling onverenigbaar zou zijn met artikel 9.2 van het Aarhusverdrag.⁴

Overigens is het belang van de provincie Noord-Brabant in gelijkaardige Vlaamse procedures reeds meermaals aanvaard door de Vlaamse Regering en de Raad voor Vergunningsbetwistingen.⁵

² Zie de Wet van 16 december 2015, houdende regels ter bescherming van de natuur (“Wnb”), in het bijzonder Hoofdstuk 1.

³ Conform artikel 1.12 van de Nederlandse Wet natuurbescherming, zijnde de Wet van 16 december 2015, houdende regels ter bescherming van de natuur (“Wnb”).

⁴ GwH 30 september 2010, nr. 109/2010.

⁵ Zie bv. arrest RvVb van 5 november 2019 (1718-RvVb-0775-A) (Stuk 5) arrest RvVb van 11 augustus 2020 (1920-RvVb-0363-SA) (Stuk 6), waarin de provincie Noord-Brabant en de leidend ambtenaar van de dienst OMWB optraden als

9. In eerste administratieve aanleg heeft de provincie Antwerpen een adviesvraag aan OMWB gesteld en het is deze dienst die (ongunstig) advies heeft uitgebracht.
(Stukken 7 en 8)

In dit onderbouwd ongunstig advies, ingediend op 14 oktober 2021, deelt Noord-Brabant mee niet akkoord te kunnen gaan met het aangevraagde en de gemaakte passende beoordeling gelet op de aanzienlijke stikstofdepositie op het Natura 2000 gebied "Brabantse Wal". Zij verwijzen hiervoor naar de PAS-gebiedsanalyse "Brabantse Wal" van 15 december 2017.
(Stukken 8 en 9)

Uit dit ongunstig advies blijkt dat bij de aanvraag geen correcte passende beoordeling is gevoegd zoals verplicht door de Europese Vogel -en Habitatrictlijn. Zowel de project-MER (met inbegrip van de inbegrepen passende beoordeling) als de Vernietigde beslissing zijn daarom onvolkomen, foutief en dus onwettig. Hoewel Noord-Brabant de vergunningverlenende overheid heeft gewezen op foute aannames en foute conclusies in de project-MER waardoor de werkelijke impact op het betrokken Natura 2000-gebied verkeerd werd beoordeeld, hebben de deputatie van de provincie Antwerpen en de Vlaamse Regering alsnog de vergunning verleend. Uit onder meer het advies van de ANB, het verslag van de GOVC-zitting en de Vernietigde beslissing van 7 juni 2022 blijkt duidelijk dat men het advies van 14 oktober 2021 en het administratief beroep van 14 januari 2021 van Noord-Brabant niet ernstig in overweging heeft genomen en zonder meer naast zich heeft neergelegd.
(Stukken 2, 8, 9, 10, 11, 18 en 35)

Nochtans had vergunningverlener tot het besluit moeten komen dat, omwille van de significante negatieve effecten op de "Brabantse Wal", er geen vergunning kan worden afgeleverd. De Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft in dit verband op heldere wijze bevestigd dat slechts een vergunning kan worden verleend op voorwaarde dat er in de passende beoordeling het onmiskenbaar wetenschappelijk bewijs wordt geleverd dat de instandhoudingsdoelstellingen niet in gevaar komen ingevolge de toename aan stikstofdepositie.
(Stuk 12)

Zulke garantie ligt niet voor. Het is de bevoegde instanties altijd te doen geweest om een correcte naleving van de milieuregelgeving en dus eisten zij een afdoende en concrete passende beoordeling. Het is absoluut geen verzet tegen een project op zich, wel een ageren vanuit een noodzaak om de Europese wetgeving toe te passen en af te dwingen en de kwetsbare natuurgebieden te beschermen zoals het hoort.

10. Als bevoegde instanties die moeten waken over het provinciaal belang beschikken en als eerste verwerende partijen in huidige cassatieprocedure beschikt Noord-Brabant over het belang om huidige memorie van antwoord in te dienen.

11. Voor de goede orde wijst Noord-Brabant erop dat ook Uw Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak reeds eerder het belang van Noord-Brabant om tussen te komen in een

verzoekende partijen en de bevoegdheid en hoedanigheid van deze partijen om op ontvankelijke wijze beroep in te stellen werd bevestigd.

ingestelde cassatieprocedure in het kader waarvan zij eveneens verwerende partij was (met name in de zaak met rolnummer A.231.834/VII-40.925) heeft aanvaard, en met een arrest van 23 september 2021 met nummer 251.596 over de cassatieprocedure heeft geoordeeld.
(Stuk 13)

Het staat vast dat Noord-Brabant in huidige cassatieprocedure kan tussenkomen.

C. FEITELIJKE EN PROCEDURELE VOORGAANDEN

I. FEITELIJKE EN PLANOLOGISCHE SITUERING VAN DE AANVRAAG

12. De aanvraag heeft betrekking op een ethaankraker (hierna: “ECR”) met bijhorende installaties en voorbereidende werken. Het project is gekend onder de naam “Project One” en ligt in de haven van Antwerpen gelegen tussen de Scheldelaan en het Kanaaldok. De ECR zal ethaan omzetten in ethyleen, een basisgrondstof in de chemische industrie voor de productie van hoogwaardige producten. Het project is grootschalig (opp. ca 90.3 ha) en beoogt 1.450.000 ton ethyleen te produceren, alsook enkele honderdduizenden tonnen bijproduct.
(Stuk 2)

13. De aanvraag omvat zowel voorbereidende (grond/nivellerings-)werkzaamheden als stedenbouwkundige handelingen en de exploitatie van ingedeelde inrichtingen en activiteiten(IIOA) (meerdere rubrieken).

Onderstaande luchtfoto's geven de schaal van het project weer. Het projectgebied ligt binnen de blauwe randen.

- Voor wat de stedenbouwkundige handelingen betreft:

Stuk 2



- Voor wat de ingedeelde inrichting betreft:

Stuk 2



14. Wat betreft het onderdeel van de aanvraag met betrekking tot de exploitatie van IIOA kan men vaststellen dat het gaat om een nieuwe inrichting. Er is een aanlegfase voorzien vanaf augustus 2022 tot maart 2026, waarna de exploitatiefase zal volgen.

15. De aanvraag betreft een project van bijlage I en II van het MER-besluit (voor de van toepassing zijnde MER-categorieën zie hoofdstuk 1.3.1 van de project-MER). Om te voldoen aan de m.e.r.-plicht, heeft nv Arcadis Belgium op 16 juli 2021 een project-MER opgemaakt. (Stuk 10)

In de project-MER wordt een passende beoordeling opgenomen onder de hoofdstukken 11.2.4 en 11.10. Het studiegebied van de passende beoordeling heeft een straal van 20 kilometer rond het projectgebied. De passende beoordeling wordt bij de aanvraag ook gevoegd als: "Document E6ter- passende beoordeling". (Stuk 10)

Uit de project-MER van 16 juli 2021 zou volgens de aanvrager blijken dat, gelet op de afstand tussen het project en de Nederlandse grens, de effecten van alle disciplines op het Nederlandse grondgebied als verwaarloosbaar kunnen worden beschouwd. In laatste aanleg en voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft Noord-Brabant aangetoond dat de passende beoordeling niet op voldoende wetenschappelijke zekerheid is gebaseerd waardoor deze stelling alleszins foutief en onbewezen is. De Raad is Noord-Brabant hierin gevolgd waarna hij de Vernietigde Beslissing heeft vernietigd. (Stukken 1, 10, 11, 14 en 15)

16. Het project ligt planologisch binnen de grenzen van het gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan (GRUP) {Gewestplan nr. 14 Antwerpen, kaartblad 15/3}. Afbakening Zeehavengebied Antwerpen en meer bepaald binnen het gebied voor zeehavens en watergebonden bedrijven binnen de bestemmingscategorie 'Bedrijvigheid'.

17. De aanlegfase werd midden juli 2022 gestart. In navolging van het Bestreden Arrest werden de werkzaamheden in de zomer van 2023 stilgelegd.

II. DE PROCEDURELE VOORGAANDEN EN HET ONGUNSTIG ADVIES VAN NOORD-BRABANT

1. Het verloop van de vergunningsprocedure

18. Op 20 juli diende nv Ineos Olefins Belgium de aanvraag in. Op 18 augustus 2021 werd de aanvraag ontvankelijk en volledig verklaard.

19. Op 2 september 2021 werd overeenkomstig artikel 23 OVD het openbaar onderzoek georganiseerd. 426 schriftelijke bezwaarschriften, 1 petitielijst en 189 digitale bezwaarschriften werden ingediend. Ook over de gevreesde stikstofneerslag, zowel op Vlaamse als op Nederlandse natuurgebieden (bv. op de "Brabantse Wal"), werden bezwaren geformuleerd.

Desondanks verleende het CBS van de stad Antwerpen een gunstig advies.

20. Verschillende adviesinstanties werden gevraagd advies uit te brengen. Gezien de mogelijke grensoverschrijdende hinder, heeft het Team Mer op 27 augustus 2021 een kennisgeving van de aanvraag bezorgd aan de Nederlandse autoriteiten, nl. “de OMWB” en de “Regionale Uitvoeringsdienst (RUD) Zeeland”.

(Stuk 7)

Gelet op de aanzienlijke stikstofdeposities op de respectievelijke Natura 2000-gebieden, brengen de leidend ambtenaar van de OMWB en de RUD Zeeland (experten ter zake voor SBZ's “Brabantse Wal” respectievelijk “Westerschelde & Saeftinghe” en “Oosterschelde”) een ongunstig advies uit op 14 oktober 2021 respectievelijk 4 oktober 2021.

(Stukken 8 en 16)

De leidend ambtenaar van de OMWB adviseert om niet tot vergunningsverlening over te gaan, aangezien er voor een groot aantal habitattypen en leefgebieden sprake is van een voor stikstof overbelaste situatie in de “Brabantse Wal” en er in de passende beoordeling niet voldoende wetenschappelijke zekerheid voorligt om te besluiten dat de zogezegde “kleine” depositietoename geen betekenisvolle effecten zal genereren. Hoewel de depositie van “Project One” naar eigen zeggen “klein” is (quod non), houdt dit immers een stijging in van de huidige depositie die voor bepaalde habitattypes en soorten reeds de KDW overstijgt. Dit is de essentie voor Noord-Brabant: een reeds overbelast gebied kan geen bijkomende depositie verdragen, hoe klein of groot ook. Project One kan de instandhoudingsdoelstellingen van de “Brabantse Wal” zonder enige twijfel in het gedrang brengen en de aanvrager moet in dit geval de gebeurlijke significante effecten met wetenschappelijke zekerheid uitsluiten. De verwerende partij en IOB ontkennen niet dat er depositie is, maar proberen dit dan te minimaliseren aan de hand van tal van argumenten.

(Stuk 8)

Uit de PAS gebiedsanalyse “Brabantse Wal” blijkt immers dat de huidige depositie de KDW van in het gebied aanwezige habitatype of die van stikstofgevoelige leefgebieden van vogelsoorten op een groot deel van de “Brabantse Wal” overschrijdt. Elke, zelfs minimale, toename en al zeker een zeer aanzienlijke toename van 10mol/ha/jr kan in die situatie wel degelijk een ontwrichtend effect hebben.

(Stuk 9)

21. Ook RUD Zeeland, het centrale milieuloket van Zeeland en de provincie Zeeland waarschuwen in opdracht van 13 Zeeuwse gemeentes, in een ongunstig advies van 4 oktober 2021 de provincie Antwerpen voor de mogelijke nadelige effecten van de exploitatie op de Europees beschermde gebieden die over de Nederlandse grens gelegen zijn. Zij wijst in het bijzonder op de overbelaste habitats in de Natura 2000-gebieden “Oosterschelde” en “Westerschelde & Saeftinghe”. Ook RUD Zeeland gaat derhalve niet akkoord met de bevindingen van het onderzoek in de project-MER. RUD Zeeland adviseert dat er minstens een verdere passende beoordeling is vereist, gelet op de verwachte aanzienlijke stikstofdeposities.

(Stuk 16)

22. ANB, Team Mer, Stad Antwerpen en GOP waren – onterecht – van oordeel dat de impact van de stikstofdeposities geen betekenisvolle aantasting impliceert van de natuurlijke kenmerken

van de verschillende Natura 2000-gebieden. Op 3 november 2021 keurde het Team Mer de project-MER goed middels haar goedkeuringsverslag.

23. Op 9 november 2021 leverde de aanvrager als reactie op de uitgebrachte adviezen twee aanvullende nota's aan, waarin zij naar eigen zeggen "repliceerde" op de vragen die tijdens de adviesronde zijn gesteld, respectievelijk de adviezen en de voorgestelde voorwaarden daarin.
(Stuk 17)

24. Op 16 november bracht de Provinciale Omgevingsvergunningscommissie een voorwaardelijk gunstig advies uit.

25. Op 16 december 2021 verleende de deputatie van de provincie Antwerpen de omgevingsvergunning voor de ECR. Uit het overwegend gedeelte blijkt dat de deputatie bij het nemen van de Vernietigde beslissing het advies van de POVC integraal volgt en het ongunstig advies van Noord-Brabant zonder afdoende motivering naast zich neerlegt.

2. Procedure in graad van beroep

26. Op 14 januari 2022 diende Noord-Brabant beroep in bij de Vlaamse Regering tegen de beslissing van de deputatie van de provincie Antwerpen van 16 december 2021, over de vergunningsaanvraag van nv Ineos Olefins Belgium.⁶
(Stuk 11)

27. Op 7 februari 2022 werd het beroep volledig en ontvankelijk verklaard.
(Stuk 2)

28. Tijdens de maanden februari tot en met april 2022 brachten verscheidene adviesinstanties opnieuw advies uit. De adviesinstanties verwezen echter grotendeels naar hun adviezen zoals uitgebracht in eerste aanleg. Team Mer bracht geen nieuw advies uit.
(Stuk 2)

29. Op 19 april 2022 dienden de aanvragers een verweernota in navolging van de verscheidene administratieve beroepen in.

30. Op 22 april 2022 vond de GOVC-zitting plaats. Noord-Brabant werd op deze zitting vertegenwoordigd en hun bezorgdheden werden mondeling uiteengezet. Ook de aanvragers, de beroepende milieuverenigingen en de provincie Zeeland en leidend ambtenaar van RUD Zeeland werden ter zitting gehoord.

31. Op 20 mei 2022 heeft de Gewestelijke Omgevingsvergunningscommissie deels voorwaardelijk gunstig geadviseerd.
(Stuk 18)

32. Op 7 juni 2022 heeft de Vlaamse Regering de beroepen van Noord-Brabant vervolgens ongegrond verklaard. De Vlaamse Regering sluit zich nagenoeg volledig aan bij het advies van de

⁶

Gewestelijke Omgevingscommissie.
(Stuk 2)

33. De Vlaamse Regering heeft vervolgens de omgevingsvergunning aan Ineos Olefins Belgium verleend voor:

- onbepaalde duur wat de stedenbouwkundige handelingen en de inrichtingen en activiteiten horende bij de exploitatiefase betreft;
- een termijn van 5 jaar vanaf de start van de werken voor wat de inrichtingen en activiteiten en de stedenbouwkundige handelingen horende bij de aanlegfase betreft.

Dit is de **Vernietigde beslissing.**
(Stuk 2)

3. Vernietigingsprocedure voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen

34. Bij gebrek aan een afdoende passende beoordeling met voldoende wetenschappelijke zekerheid, kon Noord-Brabant zich niet hierbij neerleggen.

35. Op 19 juli 2022 heeft Noord-Brabant een verzoekschrift tot vernietiging bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen ingediend.
(Stuk 14)

36. Op 3 november 2022 heeft Ineos een schriftelijke uiteenzetting neergelegd.
(Stuk 19)

37. Op 4 november 2022 heeft de Vlaamse Regering een antwoordnota neergelegd.
(Stuk 20)

38. Per schrijven van 16 november 2022 heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen aan Noord-Brabant de schriftelijke uiteenzetting en de antwoordnota overgemaakt en Noord-Brabant verzocht om een wederantwoordnota in te dienen.

39. Op 15 december 2022 heeft Noord-Brabant een wederantwoordnota ingediend.
(Stuk 15)

40. De kamervoorzitter van de achttiende kamer van de Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft de vordering tot vernietiging op de openbare zitting van 28 maart 2023 behandeld.

41. Per arrest van 20 juli 2023 met nummer RvVb-A-2223-1097 in de zaak met rolnummer 2122-RvVb-0906-A, heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen de Vernietigde beslissing vernietigd.

Dit is het **Bestreden Arrest.**
(Stuk 1)

4. Cassatieberoep voor de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak

42. Op 18 augustus 2023 heeft Ineos bij Uw Raad cassatie ingesteld, strekkende tot cassatie van arrest nr. RvVb-A-2223-1097 van de Raad voor Vergunningsbetwistingen van 20 juli 2023 in de zaak 2122-RvVb-0906-A, waarbij het verzoek tot vernietiging van eerste verwerende partijen gericht tegen de beslissing van tweede verwerende partij van 7 juni 2022, waarbij aan verzoekende partij een omgevingsvergunning wordt verleend voor de bouw en exploitatie van een ethaankraker (ECR) met bijhorende ondersteunende faciliteiten (projectnaam "Project One") (omgevingsvergunningsnummer: 2021104744), gegrond wordt verklaard, en waarbij de Raad voor Vergunningsbetwistingen tweede verwerende partij beveelt om een nieuwe beslissing te nemen over het bestuurlijk beroep van eerste verwerende partij binnen een termijn van zes maanden te rekenen vanaf de dag na de betekening van dit arrest en waarbij de kosten van het beroep ten laste van tweede verwerende partij gelegd worden.
(Stukken 1 en 2))

43. Per beschikking betreffende de toelaatbaarheid in cassatie nr. 15.598 van 22 september 2023 in de zaak G/A. 239.853/VII-42.173 heeft Uw Raad het cassatieberoep van 18 augustus 2023 toelaatbaar bevonden.
(Stuk 3)

44. Per schrijven van 2 oktober 2023 heeft Uw Raad de beschikking betreffende de toelaatbaarheid aan eerste verwerende partijen medegedeeld.
(Stuk 4)

45. Op 31 oktober 2023 legt Noord-Brabant huidige memorie van antwoord neer.

D. M. B. T. DE ONGEGRONDHEID VAN DE VORDERING TOT NIETIGERKLARING

I. VOORAFGAAND: WETTELIJK KADER – TUSSENTIJDEN TOETSINGSKADER – ONTWERP-PAS – EUROPESE NATUURHERSTELWET

1. Wettelijk kader

46. Artikel 6, derde lid van de Habitatrichtlijn bepaalt dat een passende beoordeling moet worden opgemaakt voor een project, indien dit project significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied, zoals een habitatrichtlijngebied. Artikel 6.3 Habitatrichtlijn luidt als volgt (eigen onderlijning)

"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 een gebied, wordt een passende beoordeling gemaakt van de gevolgen voor het gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied.

Gelet op de conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied en onder voorbehoud van het bepaalde in lid 4, geven de bevoegde nationale instanties slechts toestemming voor dat plan of project nadat zij de zekerheid hebben verkregen dat het de

natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten en nadat zij in voorkomend geval inspraakmogelijkheden hebben geboden.”

Slechts indien met wetenschappelijke zekerheid wordt aangetoond dat er geen sprake is van een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van het betrokken Natura 2000-gebied kan een gebeurlijke vergunning worden verleend.⁷

Het beschermingsregime van artikel 6 van de Habitatrichtlijn strekt zich bovendien niet alleen uit tot potentieel schadelijke factoren binnen een Natura 2000-gebied maar ook buiten het Natura 2000-gebied. Dit laatste wordt ook wel aangeduid als de externe werking van Natura 2000. De essentie is dat zowel het Vlaamse als het Nederlandse recht dezelfde doelstellingen hebben, omdat deze de implementatie vormen van de Europese Habitatrichtlijn.

Artikel 6.3 van de Habitatrichtlijn is in Vlaanderen omgezet door artikel 36ter van het Natuurdecreet.⁸ Artikel 36ter § 3 van het Natuurdecreet verplicht de initiatiefnemer van een project, zijnde de vergunningsaanvrager, om een passende beoordeling op te maken, indien niet uitgesloten kan worden dat de realisatie van zijn vergunning tot een betekenisvolle aantasting zou kunnen leiden van een speciale beschermingszone. Artikel 36ter, §3, eerste lid Natuurdecreet luidt als volgt (eigen onderlijning):

“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.”

Hieruit volgt dat dat wanneer het risico op een betekenisvolle aantasting niet bij voorbaat kan worden uitgesloten, een passende beoordeling moet worden opgemaakt.⁹

47. De Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, onderstreept in diens vaste rechtspraak dat de opmaak van een passende beoordeling de zaak is van de vergunningsaanvrager.¹⁰ Bovendien is het niet voldoende dat “een” passende beoordeling wordt opgemaakt. Het betreft geen loutere vormvereiste:¹¹ het is vereist dat deze kwalitatief én correct

⁷ Het Europese Hof van Justitie waakt streng over de toepassing van deze bepaling. In het arrest C-127/02 van 7 september 2004 (“Kokkelvisserij-arrest”) onderstreept het Hof dat in een passende beoordeling op basis van de beste wetenschappelijke kennis ter zake, alle aspecten van het plan of project of in combinatie met andere plannen of projecten, moeten worden geïnventariseerd die de instandhoudingsdoelstellingen van Natura 2000-gebied kunnen impacteren. Dit betekent dat alle mogelijke effecten van de vergunde activiteit in een passende beoordeling moeten worden bekeken, ten einde te kunnen beoordelen of verzekerd kan worden dat de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebied niet worden aangetast door die activiteit.

⁸ Decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu

⁹ Zie ook: RvWb 3 maart 2020, nr. RvWb-A-1920-0604.

¹⁰ RvS, nr. 210.070 van 23 december 2010, Koolen.

¹¹ RvS, nr. 230.935 van 23 april 2015, Beveren.

is en met andere woorden betrekking heeft op alle speciale beschermingszones die relevant zijn en mogelijk beïnvloed worden. Voor zulke gebieden moet aan de hand van een specifiek inhoudelijk en wetenschappelijk onderbouwd ecologisch onderzoek met zekerheid aangetoond worden dat er geen betekenisvolle effecten kunnen optreden.¹² Zonder zulke beoordeling, is het onmogelijk om een positieve vergunningsbeslissing te nemen.

Het is voor de verplichtingen inzake de passende beoordeling volstrekt irrelevant of het aangevraagde project en een speciale beschermingszone al dan niet binnen dezelfde landsgrenzen gesitueerd zijn. Ook de mogelijke impact op een speciale beschermingszone over de grens moet worden onderzocht. Zowel de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak als de Raad voor Vergunningsbetwistingen bevestigen dit.¹³

De afdeling Bestuursrechtspraak van de Nederlandse Raad van State heeft in dit verband meermaals geoordeeld dat indien een plan of activiteit leidt tot zelfs een minimale toename van de stikstofdepositie in een overbelast gebied, voor die activiteit in ieder geval een passende beoordeling moet worden gemaakt, met verwijzing naar de instandhoudingsdoelstellingen van de betrokken speciale beschermingszone. In zulke gevallen kan immers niet worden uitgesloten dat een significant negatief gevolg zou optreden voor een Natura 2000-gebied (of een betekenisvolle aantasting van de natuurkenmerken ervan).¹⁴

Deze redenering sluit aan bij rechtspraak van de Belgische Raad van State en de Raad voor Vergunningsbetwistingen.

Zo heeft de Raad van State, Afdeling Bestuursrechtspraak bevestigd dat wanneer de habitattypen en soorten in de betrokken SBZ's zich niet in een goede staat van in standhouding bevinden, elke ingreep, hoe gering ook, die een achteruitgang van de huidige toestand betekent, betekenisvol is.¹⁵

Dit impliceert volgens de vigerende rechtsleer¹⁶ dat wanneer een SBZ reeds overbelast is gelet op de overschrijding van de KDW, elke bijkomende stikstofdepositie waardoor de natuurwaarden achteruitgaan, een betekenisvolle aantasting zou kunnen veroorzaken. Indien men in dergelijk geval alsnog een project wil vergunnen, zal de aanvrager op basis van wetenschappelijke gegevens moeten kunnen aantonen dat het gaat om zo'n beperkte uitstoot dat geen causaal verband

¹² RvS, nr. 252.314 van 3 december 2021, VZW Natuurpunt.

¹³ RvS, nr. 239.291 van 5 oktober 2017, Provincie Noord-Brabant (Stuk 21); arrest RvVb van 5 november 2019 (1718-RvVb-0775-A) (Stuk 5).

¹⁴ ABRvS 15 juli 2015, 201406756/1/R2, 201406445/1/R2 en 201406726/1/R2; ABRvS 27 augustus 2014, 201310592/1/R3; ABRvS 23 april 2014, 201304503/1/R1

¹⁵ RvS, nr. 236.837, 20 december 2016, Orléans, e.a.

¹⁶ Zie Strubbe M., "Stikstof en vergunningverlening in het Vlaamse Gewest: aandachtspunten uit de rechtspraak", in: TOO 2021, nr. 2 april-mei-juni 2021, p. 145-146; De Smedt P., Strubbe M. en Verbeke R., "De VEN-toets: terug van nooit weggeweest", in: T.M.R. 2023, afl. 3, 221-239.

mogelijk is tussen het project en de mogelijke verslechtering. Bovendien moet er bij dergelijke beperkte deposities ook nog steeds rekening worden gehouden met de cumulatieve milieudruk.¹⁷

48. De Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft bovenstaande principes helder bevestigd in het vernietigingsarrest van 5 november 2019. De Raad vat de draagwijdte en noodzaak van een passende beoordeling zoals bedoeld in artikel 36ter Natuurdecreet als volgt samen: (eigen nadruk)

(Stuk 5)

Deze plicht geldt aldus niet enkel voor percelen die gelegen zijn in een speciale beschermingszone maar voor alle activiteiten en handelingen die een betekenisvolle negatieve impact kunnen hebben op een nabij gelegen speciale beschermingszone.

3.2.

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"* (HvJ 7 september 2004, C-127/02; HvJ 7 november 2018, aevoeade zaken C-293/17 en C-294/17, randnr. 109).

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 onderzoek veronderstelt naar de eventuele significante effecten als opmaat voor de te nemen vergunningsbeslissing. Besluitend kan gesteld worden dat de verwerende partij alleen kan voorbijgaan aan de opmaak van een passende beoordeling, wanneer er objectieve gegevens zijn die uitsluiten dat het project significante, minstens betekenisvolle gevolgen heeft voor de beschermingsgebieden in de nabijheid.

3.3.

Bovendien volgt uit het zorgvuldigheidsbeginsel dat een vergunningverlenend bestuursorgaan, zoals de verwerende partij, haar verplichtingen voortspruitende uit de haar opgelegde natuurplechten op een zorgvuldige wijze moet voorbereiden en dus dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. Uit de

In voormeld vernietigingsarrest van 5 november 2019 stelt de Raad voor Vergunningsbetwistingen dat een vergunningverlenende instantie alleen kan voorbijgaan aan de opmaak van een passende beoordeling mits, op grond van objectieve gegevens, de significante gevolgen van het project voor het natuurgebied absoluut kunnen worden uitgesloten. Indien er ook maar enige twijfel bestaat, moet een gedegen passende beoordeling bij de aanvraag

¹⁷ Zie Strubbe M., "Stikstof en vergunningverlening in het Vlaamse Gewest: aandachtspunten uit de rechtspraak", in: TOO 2021, nr. 2 april-mei-juni 2021, p. 145-146.

toegevoegd worden. Die passende beoordeling moet logischerwijze worden opgemaakt op grond van de correcte, meest relevante wetenschappelijke gegevens.

49. De regelgeving en bijhorende rechtspraak zijn duidelijk: Elke significante impact op de belangrijkste natuurgebieden, zijnde de speciale beschermingszones, moet worden uitgesloten en hierover moet zekerheid bestaan.

2. De stikstofarresten en het tussentijds toetsingskader uit de ministeriële instructie

2.1. OMZENDBRIEF VAN 6 SEPTEMBER 2017 GROTENDEELS BUITEN TOEPASSING IN NAVOLGING VAN EERSTE STIKSTOFARREST VAN 25 FEBRUARI 2021

50. Voor het passend beoordelen van de milieueffecten van stikstofuitstoot op speciale beschermingszones aangewezen in toepassing van de Habitatrictlijn (92/43/EEG), werd de voorbije jaren gebruik gemaakt van voorlopige significantiekaders in de context van de Programmatische Aanpak Stikstof (PAS), zoals opgenomen in de Omzendbrief OMG/2017/01 van 6 september 2017. Op algemene wijze (aan de hand van de Impactscoretool) werd bepaald welke hoeveelheid stikstofuitstoot geen significant effect zou hebben op Habitatrictlijngebieden of SBZ's.

51. Ingevolge het zogenaamde (eerste) "stikstofarrest" van de Raad voor Vergunningsbetwistingen van 25 februari 2021 met nummer RvVb-A_2021-0697 kan een groot deel van de Omzendbrief/OMG/2017/01 van 6 september 2017 niet verder worden toegepast. (Stuk 12)

Het stikstofarrest maakt duidelijk dat de drempelwaarden in het voorlopige PAS-significantiekader, zoals opgenomen in de Omzendbrief OMG/2017/01, niet verder kunnen worden toegepast. De Raad oordeelde dat een loutere verwijzing naar het voorlopige PAS-significantiekader en de daarin opgenomen drempelwaarden, waarbij een bijdrage van de door het project veroorzaakte depositie aan de kritische depositiewaarde of KDW van minder dan 5%, voor zowel de depositie van NH₃ en NO_x, wordt aanzien als niet significant, niet volstaat. Een gedegen en zorgvuldig onderzoek naar de invloed van een project geval per geval op de natuurwaarden van de SBZ is steeds vereist.

52. Als gevolg van dit stikstofarrest van 25 februari 2021 is de verdere toepassing van voorlopige significantiekaders, vervat de Omzendbrief/OMG/2017/01 van 6 september 2017 niet meer aangewezen. In afwachting van de opmaak en goedkeuring van een definitieve stikstofaanpak werd op 2 mei 2021 een ministeriële instructie (KZD-13620) uitgevaardigd inzake de beoordeling van de stikstofuitstoot van vergunningsaanvragen betreffende projecten of activiteiten met mogelijk betekenisvolle effecten op habitatrictlijngebieden.

Deze ministeriële instructie biedt de adviserende overheden een reeks richtlijnen die kunnen worden aangewend bij de voorbereiding van vergunningsbeslissingen en adviezen. De richtsnoeren voor het toepassen van de ministeriële instructie zijn sinds 10 mei 2021 consulteerbaar op de website van Natura-2000. In de ministeriële instructie worden nieuwe, strengere minimumdrempels voorzien voor het uitvoeren van de voortoets. Hierbij wordt een

onderscheid gemaakt tussen NO_x (stikstofoxiden, voornamelijk afkomstig van transport en industrie) en NH₃ (ammoniak, voornamelijk afkomstig van veeteelt).

Voor NO_x voorziet de ministeriële instructie in een nieuwe minimumdrempel van één procent van de kritische depositiewaarde (in plaats van de eerdere vijf procent), met een maximale absolute bijdrage van 0,3 N ha⁻¹j⁻¹. Onder deze drempel is er volgens de ministeriële instructie geen sprake van een causaal verband, nu de concrete effecten van dergelijke kleine deposities niet waarneembaar zijn.

Ondanks deze drempelwaarde, geeft de ministeriële instructie aan dat een beoordeling nog steeds in concreto moet worden beoordeeld. Bovendien moet bij het onderzoek naar het mogelijk risico op betekenisvolle aantasting nog steeds rekening worden gehouden met de cumulatieve effecten:¹⁸

Daarbij moet wel de kanttekening worden gemaakt dat in het kader van de voortoets het risico dient te worden bekeken "afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten". Immers, er moet vermeden worden dat vele kleine projecten samen één grote impact hebben.

53. Ondanks de verstrenging van de drempelwaarden, was het onzeker of de ministeriële instructie wel voldoende tegemoetkomt aan de overwegingen in het stikstofarrest van de Raad voor Vergunningsbetwistingen en aldus in lijn is met artikel 6 van de Habitatrictlijn en artikel 36ter Natuurdecreet. In de rechtsleer¹⁹ werden er alvast zeer terecht belangrijke vraagtekens geplaatst bij de – opnieuw- automatische toepassing van de kwantitatieve drempelwaarden vervat in de ministeriële instructie. Zo kan men zich de vraag stellen of deze drempels in de ministeriële instructie wel afdoende wetenschappelijk zijn onderbouwd:²⁰ (eigen nadruk)

Het is nog maar de vraag of deze instructie een oplossing biedt voor de voorliggende problematiek en het nieuwe toetsingskader de rechterlijke toetsing zal doorstaan. Hoewel de instructie uitgaat van strenge drempelwaarden voor NO_x, een – *de facto* – nuldepositie voor NH₃ en een grondige onderbouwing bevat, rijst de vraag of zij wel steunt op een voldoende objectieve, wetenschappelijke ondersteuning en elke kans op een betekenisvolle aantasting kan uitsluiten.

¹⁸ Ministeriële instructie, p. 14-20.

¹⁹ Vooreerst kan men zich de vraag stellen of ook de verschillende benadering voor industrie en landbouw wel wettig is.

²⁰ Strubbe M., "Stikstof en vergunningverlening in het Vlaamse Gewest: aandachtspunten uit de rechtspraak", in: TOO 2021, nr. 2 april -mei – juni 2021, p. 147

2.2. DE *DE MINIMIS*-DREMPEL UIT MINISTERIËLE INSTRUCTIE NIET LANGER AANGEWZEN IN NAVOLGING VAN TWEDE STIKSTOFARREST VAN 27 OKTOBER 2022

54. Na het neerleggen van het verzoekschrift van 19 juli 2022 door Noord-Brabant, heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen met een arrest van 27 oktober 2022 met nummer RvVb-A-2223-0165 een tweede stikstofarrest geveld.
(Stuk 22)

De Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft met name geoordeeld dat voor de passende beoordeling niet louter naar de ministeriële instructie en het daarin opgenomen significantiekader kan worden verwezen, maar de impact op het Habitatrictlijngebied *in concreto* moet worden onderzocht. Daar schort het schoentje want deze instructie is in de Vernietigde beslissing quasi-automatisch toegepast, wat des te meer de onwettigheid van de Vernietigde beslissing aantoont.

55. Dit arrest is uiterst relevant, nu de concrete feiten van de zaak inderdaad zeer vergelijkbaar zijn met die van huidige zaak:

- In de desbetreffende zaak hebben verzoekende partijen verwezen naar het stikstofarrest van 25 februari 2021 en de actuele staat van instandhouding van de betrokken beschermde (bos)habitats weergegeven. Aan de hand van een S-IHD-rapport hebben verzoekende partijen de kwetsbaarheid voor verzuring door atmosferische deposities en veranderingen in landgebruik buiten het SBZ aangetoond, wat voor enkele habitattypen een reële bedreiging voor het voortbestaan ervan uitmaakt.

Uit de gevoegde PAS-gebiedsanalyse bleek verder de ernstige impact van de atmosferische deposities en de overschrijding van de kritische depositiewaarde van nagenoeg alle habitats in het SBZ en de omliggende deelgebieden. De gebiedsanalyse wees op de noodzaak tot herstel van de oppervlaktewaterkwaliteit in het licht van het remediëren van de stikstofdeposities en de stikstofdepositie een ernstig knelpunt vormt voor het bereiken of minstens behouden van een gunstige staat van instandhouding.

Ook in de vernietigingsprocedure voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft Noord-Brabant aan de hand van een PAS-gebiedsanalyse aangetoond dat in de SBZ “Brabantse Wal” sprake is van overbelaste habitats met een overschreden KDW, en van verschillende habitattypen die zich in een ongunstige staat van instandhouding bevinden (zie later).

- Uit de Vernietigde beslissing blijkt dat de verwerende partij haar passende beoordeling steunt op de ministeriële instructie van 2 mei 2021 en de hiermee samenhangende richtsnoeren. Op basis hiervan wordt de impact van het project als niet-significant beschouwd.

Verzoekende partijen hebben verder toegelicht dat de ministeriële instructie van 2 mei 2021 in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie, objectieve, wetenschappelijke ondersteuning mist, gezien de drempelwaarden en richtlijnen van deze instructie niet onderworpen zijn aan een passende beoordeling, plan-MER of een

andere wetenschappelijke studie. De weinige onderbouwing betreft een verwijzing naar de dalende trend op het vlak van deposities van NOx en de feitelijke toestand op vandaag. Deze onderbouwing verhindert evenwel niet dat de drempelwaarden moeten worden onderworpen aan een passende beoordeling zoals het Hof van Justitie verwacht.

Ook in de vernietigingsprocedure voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft Noord-Brabant gesteld dat de *de minimis*-drempelwaarde uit de ministeriële instructie wetenschappelijk onvoldoende is onderbouwd en dat een verwijzing naar de dalende trend op het vlak van deposities van NOx evenmin volstaat (zie later). Een concrete passende beoordeling was dus te meer aan de orde en daar knelde het schoentje.

- Volgens de verzoekende partijen sluiten de drempelwaarden een betekenisvolle aantasting ook niet uit. Ze zien niet in hoe deze drempelwaarden elke redelijke wetenschappelijke twijfel over een mogelijke betekenisvolle aantasting kunnen wegnemen, zeker nu in dit geval het toepassen ervan leidt tot het overschrijden van de KDW's waardoor de realisatie van de instandhoudingsdoelstellingen onmogelijk wordt gemaakt. Ook de drempelwaarden werken een 'dood-door-duizend-snedes' in de hand.

Ook in de vernietigingsprocedure voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft Noord-Brabant opgeworpen dat de drempelwaarde en de Vernietigde beslissing die daarop steunt, niet elke redelijke wetenschappelijke twijfel over een mogelijke betekenisvolle aantasting kan wegnemen, zeker nu in casu sprake is van het overschrijden van de KDW's en de ongunstige staat van instandhouding van de betrokken habitattypes (zie later).

56. Concreet heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen het volgende overwogen (eigen benadrukking):

Stuk 22

“Bestaat de waarschijnlijkheid of het risico dat de aanvraag significante gevolgen kan hebben voor de speciale beschermingszone, dan is de opmaak van een passende beoordeling verplicht. Dat risico bestaat in het bijzonder “wanneer op grond van objectieve gegevens niet kan worden uitgesloten dat het (...) project significante gevolgen heeft voor het gebied” (HvJ 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:482).

Bij ontstentenis van een passende beoordeling in de aanvraag staat het aan de vergunningverlenende overheid om te onderzoeken of het risico op significante gevolgen voor het gebied op grond van objectieve gegevens uitgesloten kan worden. De significantie van de gevolgen van een project voor een gebied moet in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied worden beoordeeld. De overheid mag de vergunning maar afgeven als ze de zekerheid heeft dat de uitvoering van de activiteit geen betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van de speciale beschermingszone kan veroorzaken.”

[...]

“Een passende beoordeling moet alle nodige gegevens bevatten om de overheden die over het project moeten adviseren en beslissen, toe te laten dit met volle kennis van zaken te doen. Het Hof van Justitie van de Europese Unie stelde in dit verband dat de passende beoordeling moet leiden tot volledige, precieze en definitieve constatering en conclusies die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van de geplande werkzaamheden voor de betrokken speciale beschermingszone wegnemen, alsook dat deze constatering en conclusies onontbeerlijk zijn om de bevoegde autoriteiten in staat te stellen de nodige zekerheid te verkrijgen om een vergunning voor die werkzaamheden toe te kennen (HvJ, 20 september 2007, C-304/05, ECLI:EU:C:2007:532).

Een passende beoordeling staat in functie van de instandhoudingsdoelstellingen van een speciale beschermingszone. De ‘aangepaste’ passende beoordeling, die overigens geen weergave van de instandhoudingsdoelstellingen of staat van instandhouding van de betrokken habitats bevat, gaat niet op concrete wijze na wat de invloed van het aangevraagde project hierop is. In de passende beoordeling wordt aangegeven dat “in de huidige staat” de kritische depositiewaarde van het meest nabije element (9160), waar de meest significante bijdrage van 2,4% zal zijn, niet wordt overschreden, wat wel het geval zou zijn geweest in het verleden. Met betrekking tot de overige habitats en zoekzones wordt ook enkel de kritische last, de vermestende depositie en de procentuele bijdrage weergegeven. In de passende beoordeling worden de gevraagde werken niet concreet onderzocht en afgewogen aan de hand van de natuurlijke kenmerken van het specifieke gebied waarin of waar nabij de werken worden uitgevoerd en aan de hand van de (instandhoudings)doelstellingen die voor dat gebied vooropgesteld zijn. Een dergelijk onderzoek blijkt ook niet uit de algemene verwijzing naar de dalende trend inzake NOx-emissies en de stelling dat de hoogste overschrijdingen van de KDW binnen de habitatrictlijngebieden in belangrijke mate zijn toe te schrijven aan de ammoniakemissies, waarbij erop wordt gewezen dat de impact van Nox op de instandhoudingsdoelstellingen anders moet worden geïnterpreteerd dan NH3. Eenzelfde telling geldt voor de loutere verwijzing naar het gegeven dat de motor van de WKK-installatie is voorzien van een DENOX-installatie.

Uit de passende beoordeling blijkt dan ook niet dat met zekerheid kan worden besloten dat de aangevraagde werken geen betekenisvolle aantasting aan de natuurlijke kenmerken van de speciale beschermingszone zullen veroorzaken.

[...]

Zoals reeds aangegeven, kan de vergunningverlenende overheid het project pas goedkeuren, indien zij op basis van de conclusies van de beoordeling van de gevolgen hiervan voor de betrokken speciale beschermingszone de zekerheid heeft verkregen dat er geen betekenisvolle aantasting voor de natuurlijke kenmerken van het gebied zal plaatsvinden.

[...]

In tegenstelling tot wat de verwerende en tussenkomende partij uiteenzetten, onderwerpt de verwerende partij de aanvraag in de bestreden beslissing niet aan een onderzoek op basis van de concrete gegevens van de zaak. De verwerende partij steunt haar beoordeling op het voldoen aan de ministeriële instructie van 2 mei 2021 en stelt dat de conclusies van de passende beoordeling kunnen worden bijgetreden. De ministeriële instructie voorziet immers dat, wanneer zoals in dit geval het aandeel voorziene depositie ten opzichte van de kritische depositiewaarde van de getroffen gevoelige habitats ligt tussen 1% en 5%, een gunstige passende beoordeling mogelijk is met als voorwaarde dat de gangbare emissiereducerende maatregelen worden toegepast (best beschikbare technieken en een beoordeling van de kosteneffectiviteit).

Het volstaat evenwel niet voor de verwerende partij om louter te verwijzen naar de ministeriële instructie van 2 mei 2021 en te toetsen aan de hierin opgenomen voorwaarde met betrekking tot het toepassen van de gangbare emissiereducerende maatregelen. Er moet nog steeds sprake zijn van een toereikende passende beoordeling. Door te wijzen op het gegeven dat de best beschikbare technieken worden toegepast en dat de beoordeling van de kosteneffectiviteit aanvaardbaar is, geeft de verwerende partij immers nog niet aan op grond van welke objectieve gegevens ieder significant gevolg voor de natuurlijke kenmerken van de SBZ kan worden uitgesloten. De ministeriële instructie geeft overigens zelf aan dat de instructie de adviserende overheden een reeks richtlijnen biedt die kunnen worden aangewend bij de voorbereiding van vergunningsbeslissingen en adviezen en dat deze richtlijnen “niet steeds mechanisch kunnen worden toegepast”. De bestreden beslissing bevat geen concreet onderzoek dat rekening houdt met de natuurlijke kenmerken van de betrokken speciale beschermingszone.

Het besluit is dan ook dat uit de in de bestreden beslissing opgenomen motivering en de passende beoordeling niet (afdoende) blijkt dat het project geen betekenisvolle gevolgen kan hebben voor de natuurlijke kenmerken van het habitatrichtlijngebied ‘Valleien van de Dijle, Laan en Ijse met aangrenzende bos- en moerasgebieden’.”

Dit heeft als gevolg dat de *de minimis*-drempel voor NO_x uit de ministeriële instructie (en het ontwerp-PAS, zie onder) inderdaad niet automatisch kan worden toegepast en NO_x-emissies net als NH₃-emissies *in concreto* naar effecten op Habitatrichtlijngebied moet worden onderzocht. De interpretatie van verwerende partij die van een mechanische toepassing van de minimumdrempel uit de ministeriële instructie lijkt uit te gaan, kan bijgevolg niet worden gevolgd. (zie later)

2.3. VERWIJZING NAAR DUITSE DREMPELWAARDEN NIET VOLDOENDE IN NAVOLGING VAN DERDE STIKSTOFARREST VAN 15 DECEMBER 2022

57. In een derde stikstofarrest van 15 december 2022 met nummer RvVb-A-2223-0346 in de zaak met rolnummer 2021-RvVb-0623-SA, heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen opnieuw klaar en duidelijk geoordeeld dat minimumdrempels niet automatisch mogen worden toegepast, maar de effecten *in concreto* moeten worden beoordeeld. (Stuk 23)

58. Concreet oordeelde de Raad voor Vergunningsbetwistingen als volgt:

“Een dergelijke algemene verwijzing naar een (Duitse internrechtelijke) drempelwaarde die de rechterlijke toets van het Bundesverwaltungsgericht heeft doorstaan, kan niet beschouwd worden als een concreet objectief wetenschappelijk onderzoek naar de effecten op de betrokken speciale beschermingszone. Niet alleen roept de verwerende partij met een dergelijke motivering eigenhandig een drempelwaarde in het leven die vreemd is aan het in het Vlaamse Gewest bestaande juridische toetsingskader, ze maakt in de bestreden beslissing evenmin voldoende inzichtelijk op basis van welke zekere en objectieve wetenschappelijke vaststellingen die drempelwaarde elk risico op een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van de speciale beschermingszone zonder meer uitsluit.”

[...]

“Voorgaande overweging neemt niet weg dat de zuivere verwijzing naar de aannames en standpunten in een Duits arrest daartoe in alle redelijkheid niet volstaat. Hoe de concrete situatie zich in die zaak laat vergelijken met de instandhoudingsdoelstellingen van de speciale beschermingszone in kwestie blijft onbesproken. De overweging in de bestreden beslissing dat het habitattypes met een relatief hoge kritische depositiewaarde betreffen die dus “minder gevoelig zijn voor te hoge stikstofdeposities”, mist evenzeer pertinentie en is derhalve niet afdoende.”

Met andere woorden: volgens de Raad voor Vergunningsbetwistingen kan een zuivere verwijzing naar de Duitse ondergrens van 0,3 kg N/ha/j en Duitse rechtspraak niet volstaan als een concreet objectief wetenschappelijke onderzoek. Een individuele beoordeling *in concreto* dringt zich op.

2.4. HET BESTREDEN ARREST IS EEN VIERDE STIKSTOFARREST

59. Het voorliggend Bestreden Arrest in huidige cassatieprocedure kan gelden als een vierde stikstofarrest.

(Stuk 1)

60. In het Bestreden Arrest heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen met name de omgevingsvergunning voor “Project One” vernietigd bij gebreke aan individuele beoordeling *in concreto*.

3. Het ontwerp-PAS en ontwerp-plan-MER, het voorstel van decreet ‘*over de programmatische aanpak stikstof*’ en het advies van de Raad van State, afdeling Wetgeving

61. Op 23 februari heeft de Vlaamse Regering de “Conceptnota PAS” gepubliceerd, waarin enkele belangrijke knopen aangaande het stikstofbeleid werden doorgehakt. Op vlak van industrie en energie spreekt de conceptnota opnieuw van een drempelwaarde van 1% impactscore, in lijn met de Ministeriële instructie van 2 mei 2021. Deze conceptnota is geen dwingende wetgeving.

Op 19 april 2022 werd vervolgens het langverwachte ontwerp-PAS en het bijhorende ontwerp-plan-MER gepubliceerd op de website van het Departement Omgeving.²¹ Het openbaar onderzoek liep van 19 april 2022 t.e.m. 17 juni 2022. Er werden bijna 19.000 bezwaarschriften ingediend.²²

Ook de Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant hebben op 12 juli 2022 een schrijven gericht aan de Vlaamse minister aangaande het Vlaamse ontwerp-PAS en ontwerp-plan-MER. In hun hoedanigheid van verantwoordelijke voor het natuurbeleid van de Brabantse Natura 2000-gebieden en vanuit hun rol als bevoegd gezag inzake vergunningverlening op basis van de Nederlandse Wet natuurbescherming, hebben zij enkele vragen en opmerkingen bij de ontwerpen geformuleerd. De vragen en opmerkingen gaan in het bijzonder over de natuurtoets, de passende beoordeling, de cumulatieve milieudruk en grensoverschrijdende effecten, waarbij zij hoofdzakelijk meer duidelijkheid over de concrete impact op het Nederlands grondgebied en de Brabantse Natura 2000-gebieden vragen.

(Stuk 24)

62. Op 10 maart 2023 werd het *'Besluit tot vaststelling van een programmatische aanpak stikstof'* goedgekeurd door de Vlaamse Regering, waarmee het PAS definitief werd vastgesteld: de 1%-drempelwaarde voor industrie werd behouden en een nieuwe drempel voor landbouw (met name 0,025% van de KDW) werd geïntroduceerd.

Het Besluit werd op 4 april 2023 op het Belgisch Staatsblad gepubliceerd, waarmee de vaststellingsprocedure volledig werd doorlopen. Het definitieve PAS heeft hiermee nog geen reglementaire strekking en verdere verankering in regelgeving is vereist om tegenstelbaar te zijn aan derden.

Op 17 juli 2023 werd een nieuwe Ministeriële instructie uitgevaardigd die de nieuwe 0,025%-drempel voor landbouw toepasbaar maakte. Mede als gevolg van het Ineos-arrest van 20 juli 2023 werd de Ministeriële instructie van 17 juli 2023 evenwel weer ingetrokken, waardoor de Ministeriële instructie van 2 mei 2021 (met enkel een 1%-drempelwaarde voor industrie) opnieuw toepasselijk werd.²³

63. In navolging van het Ineos-arrest van 20 juli 2023, werd op 27 juli 2023 een voorstel van decreet *'over de programmatische aanpak stikstof'* ingediend in het Vlaams Parlement.

Dit decreetsvoorstel werd ter advies voorgelegd aan de Raad van State, afdeling Wetgeving. Het advies van 2 oktober 2023 was bijzonder ongunstig.

(Stuk 25)

Relevant voor huidige cassatieprocedure is dat de Raad van State, afdeling Wetgeving zich ernstige vragen stelt bij de verenigbaarheid van het decreetsvoorstel met de Habitatrichtlijn, in

²¹ <https://omgeving.vlaanderen.be/openbaar-onderzoek-pas>

²² <https://www.landbouwleven.be/14367/article/2022-07-19/bijna-19000-bezwaarschriften-voor-ontwerp-pas>.

²³ <https://omgeving.vlaanderen.be/nl/intrekking-ministeriele-instructie-voor-de-beoordeling-van-stikstofuitstoot-bij-vergunningsaanvragen>.

het bijzonder met de verplichting tot het opstellen van een passende beoordeling indien een plan of project significante gevolgen op een speciale beschermingszone kan hebben (art. 6, lid 3 Habitatrictlijn). De Raad benadrukt dat een passende beoordeling een concrete, individuele beoordeling inhoudt, die geen leemten vertoont en een volledige, nauwkeurige en definitieve constatering en conclusies bevat die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van de plannen of projecten voor van het betrokken beschermde gebied wegnemen. De Raad benadrukt bovendien dat hierbij geen rekening mag worden gehouden met (toekomstige voordelen van) maatregelen waarvan de positieve effecten niet voldoende vaststaan en hierop niet mag worden vooruitgelopen.

Een programmatische aanpak op basis van een eerder uitgevoerde passende beoordeling is dan maar mogelijk, wanneer na een grondige en volledige toetsing van de wetenschappelijke deugdelijkheid van die beoordeling kan worden gegarandeerd dat er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel bestaat dat geen van de plannen of projecten schadelijke gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied. Ook kunnen bepaalde categorieën van projecten maar van de vergunningsplicht, en daarmee de individuele passende beoordeling, worden vrijgesteld, nadat op grond van objectieve omstandigheden met zekerheid kan worden uitgesloten dat die projecten afzonderlijk of in combinatie met andere projecten significante gevolgen kunnen hebben voor die gebieden.

De Raad wijst onder meer op het gebrek aan wetenschappelijke deugdelijkheid van de voorgestelde maatregelen, en het feit dat elke redelijke twijfel over de gevolgen van de programmatische aanpak kan worden weggenomen. Hierbij zijn de impactscore en de drempelwaarden in het bijzonder problematisch.

Het decreetsvoorstel bepaalt met name dat geen passende beoordeling moet worden opgesteld, indien de impactscore kleiner dan of gelijk aan 1% (voor stationaire bronnen van NO_x en mobiliteitsgerelateerde projecten die NO_x veroorzaken) dan wel 0,025% (voor veehouderijen of mestverwerkingsinstallaties) is. Volgens artikel 3, §1, eerste lid Voorstel is de impactscore van een project de procentuele verhouding van de grootste waarde van de totale stikstofdepositie van een project tegenover de kritische depositiewaarde van de al dan niet actueel aanwezige Europees te beschermen habitats in de toetszone van het project. Aangezien een positieve impactscore aldus betekent dat per definitie de KDW (de grens waarboven het risico op significante effecten bestaat) al is overschreden of zal worden overschreden, moet uit het feit dat een project een positieve impactscore heeft onvermijdelijk worden afgeleid dat dit betekenisvolle gevolgen kan hebben voor een speciale beschermingszone en dat er bijgevolg een passende beoordeling moet worden opgesteld om gebeurlijke significante effecten met wetenschappelijke zekerheid uit te sluiten. De Raad meent dat in die gevallen niet a priori door de decreetgever kan worden uitgesloten dat het project geen significante gevolgen kan hebben en dat een passende beoordeling zich bijgevolg opdringt.

De Vlaamse Regering heeft inmiddels een jurist van het departement Omgeving de opdracht gegeven om de opmerkingen van de Raad te inventariseren en te overleggen met drie externe juristen die mogelijke oplossingen moeten uitwerken.

64. Bij het schrijven van huidige memorie van antwoord ligt bijgevolg alsnog geen definitief stikstofdecreet voor, waardoor de ministeriële instructie, met alle bijhorende vraagtekens inclusief, voorlopig nog van toepassing blijft.

De vergunningverlenende bestuursinstanties verlenen hierdoor hangende vergunningsaanvragen overeenkomstig de ministeriële instructie, als huidig vigerende regelgeving. Gelet op de stikstofarresten vanwege de Raad voor Vergunningsbetwistingen, lijkt het evenwel niet langer aangewezen om de 1%-drempelwaarde voor industrie “mechanisch” toe te passen.

4. Europese natuurherstelwet zal het Natura 2000-beleid aanvullen

65. In de Europese biodiversiteitsstrategie als onderdeel van de Europese Green Deal, werd in 2020 het voorstel van een bindende Europese natuurherstelwet aangekondigd. De noodzaak tot realisatie van een bindende natuurherstelwet wordt verantwoord vanuit het gegeven dat ondanks de Europese natuurdoelstellingen die er reeds zijn, de lidstaten er niet in slagen om het verlies aan biodiversiteit en de degradatie van ecosystemen te gaan.²⁴

In oktober 2020 heeft het Europees Milieuagentschap (EEA) in haar ‘State of Nature in the EU’²⁵ met name gerapporteerd dat uit de evaluatie van de inspanningen en doelstellingen onder de Vogel- en Habitatrichtlijn van 2013-2018 blijkt dat lidstaten er niet in slagen het toenemende biodiversiteitsverlies om te keren.²⁶ In Nederland schreef het Planbureau voor de Leefomgeving in zijn ‘Monitor van de Nationale Omgevingsvisie 2022’²⁷ voorts dat *“circa 90 procent van de habitattypen van de Habitatrichtlijn een matige tot zeer ongunstige staat van instandhouding [heeft]. Van de habitatrichtlijnsoorten heeft driekwart een matige tot zeer ongunstige staat van instandhouding. In de periode 1999-2018 zijn de milieucondities voor landnatuur gemiddeld genomen verder verslechterd.”*

66. In dit kader heeft de Europese Commissie op 22 juni 2022 een voorstel gelanceerd dat bindende doelstellingen voor natuurherstel bevat, waaraan elke lidstaat zich dient te houden voor habitats en soorten vanuit het Natura 2000-beleid binnen de habitatgebieden.²⁸ Nieuw is dat ook voor habitattypen en herstelde leefgebieden buiten de reeds beschermde Natura 2000-gebieden een inspanningsverbintenis voor de lidstaten zal gelden om een aanzienlijke achteruitgang te voorkomen, wat wil zeggen dat de staat van instandhouding ervan evenmin achteruit zal mogen gaan.²⁹

Het wetsvoorstel van de Europese Commissie voorziet hiertoe in een juridisch kader met bindende doelstellingen voor natuurherstel. De nieuwe wet zal een aanvulling op de Vogelrichtlijn, Habitatrichtlijn en andere bestaande EU-milieuwetgeving vormen.

²⁴ <https://www.boerenbond.be/natuurherstelwet>

²⁵ <https://www.eea.europa.eu/publications/state-of-nature-in-the-eu-2020>

²⁶ [De Europese natuurherstelwet | Natuurpunt](#)

²⁷ <https://www.pbl.nl/publicaties/monitor-nationale-omgevingsvisie-2022>

²⁸ https://environment.ec.europa.eu/topics/nature-and-biodiversity/nature-restoration-law_en

²⁹ <https://www.natuurmonumenten.nl/nieuws/natuurmonumenten-voor-de-europese-natuurherstelwet>

Op 20 juli 2023 heeft de Raad van de Europese Unie een akkoord over een compromistekst van de natuurherstelwet gevonden die als basis voor onderhandelingen met het Europees Parlement zal dienen.³⁰

De Raad kwam overeen dat de lidstaten herstelmaatregelen moeten nemen die tegen 2030 ten minste 30% van de habitats in terrestrische, kust-, zoetwater- en mariene ecosystemen die niet in goede staat verkeren, weer in eer herstellen. Dit zou gelden voor ten minste 30% van de totale oppervlakte van de habitattypes die niet in goede staat worden geacht, in plaats van 30% van de oppervlakte van elke afzonderlijke habitatgroep, zoals oorspronkelijk voorgesteld door de Commissie.³¹

De lidstaten zouden wel in 2040 ten minste 60% en in 2050 ten minste 90% van de oppervlakte van elke aangetaste habitatgroep moeten hebben aangepakt.

Voor gebieden met habitats die onder de herstelmaatregelen vallen, waren de lidstaten het erover eens dat ze ervoor zouden zorgen dat deze niet significant achteruitgaan. In gebieden die al in goede staat verkeren of waar nog geen herstelmaatregelen zijn uitgevoerd, met name buiten het Natura 2000-netwerk van beschermde gebieden, zouden de lidstaten ernaar streven de nodige maatregelen te nemen om aanzienlijke achteruitgang te voorkomen. Dit zou zich vertalen in een resultaatsverplichting voor de eerste groep en een inspanningsverplichting voor de tweede.³²

Het resultaat van de onderhandelingen over de definitieve tekst zal nog formeel door de Raad en het Parlement moeten worden aangenomen, maar het voorstel is reeds uiterst relevant in dit dossier nu de vigerende Habitatrichtlijn verder zal worden versterkt, doch nu reeds door het voorliggende project wordt geschonden.

II. EERSTE MIDDEL

1. Samenvatting van het eerste middel in het cassatieberoep van verzoekende partij

67. In haar cassatieberoep van 18 augustus 2023 vat verzoekende partij het eerste middel zelf samen als volgt:

“Het eerste middel wordt genomen uit een schending van artikel 105, §1, 1° van het Decreet van 15 april 2014 betreffende de omgevingsvergunning (hierna: “het OVD”) juncto artikel 4.8.2 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (hierna: de “VCRO”) en hoofdstuk 2 van afdeling 4, minstens artikel 34 en 35 van het Decreet van 4 april 2014 betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges (hierna: het “DBRC-decreet”), artikel 6, lid 3 van de Richtlijn 92/43 van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (hierna: de “Habitatrichtlijn”), artikel 36ter, §3 en §4 van het

³⁰ [Raad akkoord over natuurherstelwet - Consilium \(europa.eu\)](#)

³¹ [Raad akkoord over natuurherstelwet - Consilium \(europa.eu\)](#)

³² [Raad akkoord over natuurherstelwet - Consilium \(europa.eu\)](#)

Decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu (hierna: het "Natuurdecreet"), artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: het "EVRM"), artikel 47, lid 1 en 2 juncto artikel 48, lid 2 van het Handvest van 18 december 2000 van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het "EU-Handvest Grondrechten"), artikel 774 en artikel 1138, 2° juncto artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek, het recht van verdediging en het beschikkingsbeginsel als algemene rechtsbeginselen,

Doordat, eerste onderdeel, het Bestreden Arrest een eigen inhoudelijk onderzoek verricht naar de wetenschappelijke kwaliteit van de passende beoordeling,

En doordat, eerste onderdeel, het Bestreden Arrest stelt dat eerste verwerende partijen voldoende concreet aangetoond zouden hebben dat de passende beoordeling in kwestie gebruik zou gemaakt hebben van een "algemene drempel van niet-meetbaarheid",

En doordat, eerste onderdeel, het Bestreden Arrest beweert dat de passende beoordeling "niet met voldoende ecologische onderbouwing de vraag [benadert] of er in het Natura 2000-gebied sprake is van zodanige omstandigheden dat een verwaarloosbare toename aan stikstofdepositie alsnog zou kunnen leiden tot in ecologische zin aantoonbare significante gevolgen voor de kwaliteit van de verschillende habitattypen en/of leefgebieden",

En doordat, eerste onderdeel, het Bestreden Arrest beweert dat de in de passende beoordeling gehanteerde, wetenschappelijk onderbouwde de minimis-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar als abstracte drempel zou gehanteerd zijn, waardoor de passende beoordeling zich niet zou onderscheiden van een loutere voortoets,

En doordat, eerste onderdeel, het Bestreden Arrest besluit dat de passende beoordeling niet toereikend is omdat deze "zich in essentie een drempelwaarde toe[eigent] die in Vlaanderen geen juridische verankering kent als onderdeel van een globale programmatische aanpak stikstof",

En doordat, eerste onderdeel, het Bestreden Arrest zich daartoe baseert op een advies van het Instituut voor Natuur- en Bosonderzoek van 11 maart 2022, getiteld "Advies over de toepassing van de Duitse drempelwaarde van 0,3 kg N/ha/jaar in Vlaanderen" (het "INBO-advies"), dat nooit door één van de partijen in het debat bijgebracht geweest is,

Terwijl, eerste onderdeel, de passende beoordeling een uitgebreide wetenschappelijke onderbouwing heeft die door eerste verwerende partijen inhoudelijk niet betwist werd en waartegen eerste verwerende partijen geen enkele concrete kritiek formuleerden,

En terwijl, eerste onderdeel, artikel 6, lid 3 van de Habitatrictlijn en artikel 36ter, §3 en §4 van het Natuurdecreet aan de vergunningverlenende overheid opdragen om op basis van de conclusies van de passende beoordeling te beoordelen of zij over de vereiste redelijke wetenschappelijke zekerheid beschikt dat het aangevraagde project geen

betekenisvolle aantasting zal vormen van de natuurlijke kenmerken van de betrokken speciale beschermingszones,

En terwijl, eerste onderdeel, uit artikel 105, §1 OVD juncto artikel 4.8.2 VCRO, artikel 34 en 35 DBRC-decreet blijkt dat de bevoegdheid van de Raad voor Vergunningsbetwistingen om als administratief rechtscollege uitspraak te doen over betwistingen betreffende uitdrukkelijke of stilzwijgende beslissingen betreffende omgevingsvergunningsaanvragen, genomen in laatste administratieve aanleg, beperkt is tot een wettigheidstoezicht,

En terwijl, eerste onderdeel, de Raad voor Vergunningsbetwistingen in het kader van het hem opgedragen wettigheidstoezicht slechts over een marginale toetsingsbevoegdheid beschikt die niet toelaat om technische analyses van erkende deskundigen over te doen,

Doordat, tweede onderdeel, het Bestreden Arrest het INBO-advies gebruikt om te beweren dat “het hanteren van net die absolute drempelwaarde van 0,3 kg N/ha/J in Vlaanderen wetenschappelijk ernstig in vraag wordt gesteld”,

Terwijl, tweede onderdeel, het INBO-advies geen onderdeel uitmaakte van het debat,

En terwijl, tweede onderdeel, verzoekende partij geen enkele mogelijkheid kreeg om enig standpunt in te nemen over de inhoud van het INBO-advies,

En terwijl, tweede onderdeel, artikel 6.1 van het EVRM, artikel 47, lid 1 en 2 en artikel 48, lid 2 van het EU-Handvest Grondrechten het recht van verdediging als algemeen rechtsbeginsel waarborgen, dat onder meer impliceert dat partijen kennis moeten kunnen nemen van alle aan de rechter voorgelegde stukken en dat zij er op nuttige wijze standpunt over moeten kunnen innemen, zeker indien dergelijke stukken niet het voorwerp van het debat hebben uitgemaakt,

En terwijl, tweede onderdeel, artikel 774 en 1138, 2° juncto artikel 2 Ger.W. het beschikkingsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel waarborgen en de rechter verbieden om zich ultra petita uit te spreken en zodoende een uitspraak te doen over grieven die niet door de partijen geformuleerd werden,

Zodat het Bestreden Arrest de in het middel aangehaalde bepalingen schendt.”

2. Standpunt van eerste verwerende partijen

2.1. SAMENVATTING VAN HET STANDPUNT VAN EERSTE VERWERENDE PARTIJEN

68. Noord-Brabant heeft van in den beginne de deugdelijkheid van de (wetenschappelijke onderbouwing van de) passende beoordeling en het gebrek aan wetenschappelijke zekerheid dat er geen significante effecten zullen optreden op de Speciale Beschermingszone “Brabantse Wal” bekritiseerd.

De voorliggende passende beoordeling is met name ontoereikend, nu automatische toepassing is gemaakt van minimumdrempels, en derhalve geen individuele beoordeling *in concreto* naar de effecten op SBZ “Brabantse Wal” werd gemaakt en abstractie werd gemaakt van de instandhoudingsdoelstellingen en natuurlijke kenmerken van SBZ “Brabantse Wal”.

69. Als vergunningverlenende overheid in laatste aanleg, heeft de Vlaamse Regering automatisch toepassing gemaakt van de 1%-drempelwaarde uit de Ministeriële instructie van 2 mei 2021. Dit is op zich problematisch en dus onwettig, zonder meer.

In lijn met haar eigen ondertussen vaststaande rechtspraak en de rechtspraak van het Hof van Justitie, heeft de essentie van de terechte kritiek van de Raad voor Vergunningsbetwistingen betrekking op het gebrek aan een toereikende passende beoordeling, met name een individuele beoordeling *in concreto*: een mechanische toepassing van de 1%-drempelwaarde, noch het hanteren van een ondergrens van 0,3 kg N/ha/j maakt volgens de Raad voor Vergunningsbetwistingen een individuele beoordeling *in concreto* uit. Bij gebreke aan een individuele beoordeling *in concreto* heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen de Vernietigde beslissing vervolgens terecht vernietigd.

De Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft de Vernietigde beslissing en de passende beoordeling louter aan de vigerende regelgeving en rechtspraak getoetst en heeft geenszins een eigen inhoudelijke analyse toegevoegd.

70. In zoverre de verzoekende partij argumenteert dat de passende beoordeling geen mechanische toepassing van de 1%-drempelwaarde uit de ministeriële instructie maakt, maar wel van de wetenschappelijk onderbouwde de minimis-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar, gaat dit regelrecht in tegen de Ministeriële instructie die *de minimis*-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar absolute bijdrage als een *maximum* vooropstelt.

Overigens heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen reeds eerder – evenzeer terechtgeoordeeld dat een verwijzing naar de Duitse minimumdrempels en Duitse rechtspraak niet kan volstaan als een individuele beoordeling *in concreto*. De *de minimis*-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar wordt overigens wetenschappelijke betwist en er blijft bijgevolg twijfel en wetenschappelijke onzekerheid heersen.

71. De verwijzing naar het INBO-advies betreft louter een motivering ten overvloede en het Bestreden Arrest is niet op dit advies gesteund, nu de Raad voor Vergunningsbetwistingen al geconcludeerd dat er geen individuele beoordeling *in concreto* was uitgevoerd, gelet op de automatische toepassing van de 1%-drempelwaarde en de ondergrens van 0,3 kg N/ha/jaar.

Verzoekende partij kan evenwel bezwaarlijk beweren dat zij geen kennis van het INBO-advies zou hebben gehad en zich niet eraan diende te verwachten dat de rechter dit advies in zijn oordeel zou betrekken. Dit geldt des te sterker gelet op haar gespecialiseerde hoedanigheid in de

chemiesector. Bovendien is het INBO-advies publiek raadpleegbaar, waardoor eenieder er toegang tot heeft en dit tot de algemene kennis hoort.

2.2. UITEENZETTING VAN HET STANDPUNT VAN EERSTE VERWERENDE PARTIJEN

2.2.a. Eerste middelenonderdeel

72. Het verbaast Noord-Brabant dat verzoekende partij in haar cassatieberoep van 18 augustus 2023 opnieuw³³ beweert dat zij de wetenschappelijke onderbouwing van de passende beoordeling nooit zou hebben betwist.

De rode draad doorheen de beroepsprocedure voor het Vlaamse Gewest én de vernietigingsprocedure voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen betreft *precies* het gebrek aan wetenschappelijke zekerheid dat er geen significante effecten zullen optreden op de Speciale Beschermingszone (hierna: "SBZ") "Brabantse Wal".
(Stukken 8, 11, 14 en 15)

Het voornaamste punt van kritiek van Noord-Brabant luidt met name dat de voorliggende passende beoordeling ontoereikend is, nu automatische toepassing is gemaakt van de 1%-drempelwaarde uit de Ministeriële instructie van 2 mei 2021 (KZD-13620) en derhalve geen individuele beoordeling *in concreto* naar de effecten op de Brabantse Wal werd gemaakt.

73. Conform haar stelplicht heeft Noord-Brabant de foutieve beweringen van verzoekende partij in de vernietigingsprocedure voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen wetenschappelijk weerlegd.
(Stukken 14 en 15)

Aan de hand van wetenschappelijk onderbouwde conclusies³⁴, actuele Aerius-berekeningen en concrete tabellen en kaarten, heeft Noord-Brabant met name de concrete overbelaste habitats weergegeven, welke habitattypes zich in een ongunstige staat van instandhouding bevinden en waarvoor de reeds overschreden kritische depositiewaarde (hierna: "KDW") een barrière voor het behalen van de bepaalde instandhoudingsdoelstellingen vormt.
(Stukken 9, 14, 15, 26, 27, 28, 29, 30 en 31)

Zo heeft Noord-Brabant onder meer uiteengezet dat het volgens de wetenschappelijke documenten gaat om volgende stikstofgevoelige habitattypes en stikstofgevoelige leefgebieden:

- Stikstofgevoelige habitattypes

³³ Tijdens de vernietigingsprocedure voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft Noord-Brabant dit verwijt uit de schriftelijke uiteenzetting van Ineos reeds uitvoerig weerlegd in haar wederantwoordnota (zie stukken 14, 15 en 19).

³⁴ Met name uit de PAS-gebiedsanalyse "Brabantse Wal" (128), de natuurrapportage "Toestand van de natuur in Brabant 2021", de wetenschappelijke literatuur rond het leefgebied van de zwarte specht, het rapport "Balans van de Leefomgeving 2016 van het PBL", de resultaten quick scan natuurdoelanalyses van 4 mei 2022, de Brochure "Droogte ingrijpend voor natuur in hoog Nederland 2021, de Natuurdoelanalyse "Brabantse Wal" van 27 februari 2021 (Stukken 9, 26, 27, 28, 29, 30 en 31)

- H2310 Stuifzandheiden met struikhei
 - H2330 Zandverstuivingen
 - H3130 Zwakgebufferde vennen
 - H3160 Zure vennen
 - H4010A Vochtige heiden
 - H4030 Droge heide
- Stikstofgevoelige leefgebieden
- H1166 Kamsalamander
 - H1831 Drijvende waterweegbree
 - A004 Dodaars
 - A008 Geoorde fuut
 - A072 Wespendif
 - A224 Nachtzwaluw
 - A236 Zwarte specht
 - A246 Boomleeuwerik

Verder heeft zij aan de hand van een tabel de kenmerken van voormelde stikstofgevoelige habitattypen en leefgebieden van Habitat- en Vogelrichtlijnsoorten weergegeven (eigen nadruk):

Stuk 9, p. 5

Habitatype	Instandhoudingsdoelstelling		Huidige situatie		Huidige Trend		Ecologisch oordeel
	Oppervlakte	Kwaliteit	Oppervlakte (ha)	Kwaliteit	Oppervlakte	Kwaliteit	
H2310 Stufzandheiden met struikhei	+	+	58,96 + 1,99 zoekgebied	Goed	+	+/-	1a
H2330 Zandverstuivingen	+	+	10,25	Nog niet optimaal	+	+/-	1b
H3130 Zwakgebufferde vennen	+	+	13,42 + 1,32 zoekgebied	Nog niet optimaal	-	-	1b
H3160 Zure vennen	0	+	7,31 + 1,45 zoekgebied	matig	0	-	1b
H4010A Vochtige heide	+	+	19,11 + 1,99 zoekgebied	Goed tot vergrast	+/-	+	1a
H4030 Droge heiden	+	+	18,04 + 1,03 zoekgebied	Goed	0	+/-	1a
Leefgebied Habitat- en Vogelrichtlijnsoorten	Instandhoudingsdoelstelling			Huidige situatie	Huidige Trend		Ecologisch oordeel
	Oppervlakte	Kwaliteit	Populatie	Oppervlakte/Kwaliteit	Oppervlakte/kwaliteit	Populatie	
H1166 Kamsalamander	+	+	+	Nog niet optimaal	0	0	1a
H1831 Drijvende waterweegbree	+	+	+	Nog niet optimaal	0/+	0	1b
A004 Dodaars	0	+	40 broedparen	Matig	0/-	0/-	1a
A008 Geoorde fuut	0	+	40 broedparen	Matig	0/-	0/-	1a
A072 Wespandief	0	0	13 broedparen	Onbekend	Onbekend	Onbekend	
A224 Nachtzwaluw	0	0	80 broedparen	Gunstig	+	0	1a
A236 Zwarte specht	0	0	40 broedparen	Ongunstig	0/-	-?	1b
A246 Boomleeuwerik	0	0	100 broedparen	Gunstig	0/-	0	1a

Verklaring van codes: 0 betekent neutraal of stabiel, + betekent toenemend of uitbreidend, - betekent afnemend, +/- betekent zowel locaties met vooruitgang als met achteruitgang.

Voor een uitgebreidere uiteenzetting verwijst Noord-Brabant op dit punt naar haar wederantwoordnota in de vernietigingsprocedure voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen. Het komt erop neer dat aangetoond wordt dat (1) er sprake is van een grote gevoeligheid en overbelaste situatie, (2) een aangetoonde overschrijding van de KDW, en (3) er geen wetenschappelijke zekerheid is geboden door de aanvrager, aan de hand van een concrete passende beoordeling, rekening houdend met de situatie ter plekke in de Brabantse Wal, de instandhoudingsdoelstellingen ervan. Men komt niet verder dan een mechanische toetsing van onwettige drempelwaarden.

(Stuk 15)

74. De Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft in het Bestreden Arrest de uiteenzetting van Noord-Brabant erkend en samengevat. Dit is een feitelijke weging, die in cassatie in principe niet wordt getoetst, zeker niet in een geval zoals dit waarin de kennelijke onredelijkheid van de beoordeling door de Raad voor Vergunningsbetwistingen allerminst wordt aangetoond door de verzoekende partij.

(Stuk 1)

In het bijzonder heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen onder meer samengevat dat uit de PAS-gebiedsanalyse (128) en de natuurrapportage "Toestand van de natuur in Brabant 2021" blijkt dat de kritische depositiewaarde van de beschermde habitattypes en stikstofgevoelige

leefgebieden al overschreden is, een causaal verband mogelijk is tussen de stikstofdepositie en de dalende trend in de aanwezigheid van de beschermde vogelsoorten, elke bijkomende stikstofdepositie de instandhoudingsdoelstellingen bemoeilijkt, en de passende beoordeling de depositie slechts benadert aan de hand van algemene procentuele bijdragen en niet individueel ingaat op de verschillende vogelsoorten en de depositietoename op de oppervlakten leefgebied en de instandhoudingsdoelstellingen.

(Stuk 1)

75. Uit voorgaande blijkt duidelijk dat Noord-Brabant aan haar stelplicht heeft voldaan. Dit volstaat reeds om het cassatiemiddel te verwerpen.

In (uiterst) ondergeschikte orde en in zoverre verzoekende partij beweert dat Noord-Brabant niet aan haar stelplicht zou hebben voldaan, wijst Noord-Brabant erop dat de milieuregelgeving van openbare orde is en dat de passende beoordeling alleszins in strijd met artikel 6 Habitatrictlijn *juncto*. 36ter Natuurbehoudsdecreet ontoereikend is nu deze geen beoordeling *in concreto* bevat en geen rekening heeft gehouden met de reeds overbelaste situatie van en instandhoudingsdoelstellingen voor SBZ “Brabantse Wal”.

76. Noord-Brabant heeft verder uiteengezet dat daar waar in het Natura 2000-gebied stikstofgevoelige habitattypen voorkomen, de huidige emissies van stikstof tot een overschrijding van kritische depositiewaarden leiden.

(Stukken 14 en 15)

De term kritische depositiewaarde doelt op de grens waarboven het risico bestaat dat de kwaliteit van het betreffende habitatype significant wordt aangetast door de verzurende en/of vermestende invloed van atmosferische stikstofdepositie. Van een overbelaste situatie is sprake indien de achtergronddepositie (dit is de bestaande depositie) hoger is dan de zogenoemde kritische depositiewaarde van de aanwezige stikstofgevoelige habitattypen.

Wanneer een speciale beschermingszone reeds overbelast is gelet op de overschrijding van de KDW, moet volgens de vigerende rechtsleer³⁵ elke bijkomende stikstofdepositie waardoor de natuurwaarden achteruitgaan en bijgevolg een betekenisvolle aantasting kan veroorzaken, met wetenschappelijke zekerheid worden uitgesloten.

In het kader van het voorstel van decreet *‘over de programmatische aanpak stikstof’* heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving in een advies van 2 oktober 2023 (nr. 47.348/1/V) verduidelijkt dat een positieve impactscore (in het voorstel gedefinieerd als *“de procentuele verhouding van de grootste waarde van de totale stikstofdepositie van een project tegenover de kritische depositiewaarde van de al dan niet actueel aanwezige Europees te beschermen habitats in de toetszone van het project”*) per definitie betekent dat de KDW al is overschreden of zal worden overschreden en dat uit het feit dat een project een positieve impactscore heeft onvermijdelijk wordt afgeleid dat dit betekenisvolle gevolgen kan hebben voor een speciale beschermingszone en dat er bijgevolg een passende beoordeling moet worden opgesteld om

³⁵ Zie Strubbe M., “ Stikstof en vergunningverlening in het Vlaamse Gewest: aandachtspunten uit de rechtspraak”, in TOO 2021, nr. 2 april -mei – juni 2021, p. 145-146

gebeurlijke significante effecten met wetenschappelijke zekerheid uit te sluiten.
(Stuk 25)

De Raad van State, afdeling Wetgeving benadrukt daarnaast zeer terecht dat een passende beoordeling een concrete, individuele beoordeling inhoudt, die geen leemten vertoont en een volledige, nauwkeurige en definitieve constatering en conclusies bevat die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van de plannen of projecten voor van het betrokken beschermde gebied wegnemen.
(Stuk 25)

77. In drie eerdere stikstofarresten van 25 februari 2021, 27 oktober 2022 en 15 december 2022 (zie eerder voor een uitgebreidere uiteenzetting hiervan) heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen consequent geoordeeld dat een automatische toepassing van minimumdrempels en een zuivere verwijzing naar de (Duitse) ondergrens van 0,3 kg N/ha/j en Duitse rechtspraak niet volstaan als een concreet objectief wetenschappelijke onderzoek, maar dat telkenmale een individuele beoordeling *in concreto* noodzakelijk is.
(Stukken 12, 22 en 23)

Deze (inmiddels toch wel vaststaande) rechtspraak van de Raad voor Vergunningsbetwistingen is ook in lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie.³⁶

Voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft Noord-Brabant uitvoerig uiteengezet dat *in casu* in strijd met haar rechtspraak geen individuele beoordeling *in concreto* werd uitgevoerd, maar wel een automatische toepassing van minimumdrempels en de (Duitse) ondergrens van 0,3 kg N/ha/j werd gemaakt.
(Stukken 14 en 15)

78. In haar antwoordnota van 4 november 2022 heeft het Vlaamse Gewest, de vergunningverlenende overheid in laatste administratieve aanleg, hierover het volgende doen gelden:
(Stuk 20)

- De gevoerde analyses tonen aan dat de impactscore op Europese habitats binnen de SBZ in zowel de aanlegfase als de exploitatiefase lager ligt dan 1% van de KDW, wat – zelfs bij louter mechanische toepassing van de ministeriële instructie en de erin opgenomen de minimis drempel – tot de conclusie leidt dat geen passende beoordeling aangaande de stikstofdepositie vereist is.

³⁶ Het Europese Hof van Justitie waakt streng over de toepassing van deze bepaling. In het arrest C-127/02 van 7 september 2004 (“Kokkelvisserij-arrest”) onderstreept het Hof dat in een passende beoordeling op basis van de beste wetenschappelijke kennis ter zake, alle aspecten van het plan of project of in combinatie met andere plannen of projecten, moeten worden geïnventariseerd die de instandhoudingsdoelstellingen van Natura 2000-gebied kunnen impacteren. Dit betekent dat alle mogelijke effecten van de vergunde activiteit in een passende beoordeling moeten worden bekeken, ten einde te kunnen beoordelen of verzekerd kan worden dat de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebied niet worden aangetast door die activiteit.

- In casu heeft de aanvrager er toch voor geopteerd om een passende beoordeling op te maken, maar het is volgens het Vlaamse Gewest *“niet kennelijk onredelijk dat de verwerende partij naar de drempel in haar eigen ministeriële instructie verwijst om de conclusie dat er geen significante effecten zullen zijn, mee te staven”*.³⁷
- De 1%-minimumdrempel wordt gerechtvaardigd door de vaststelling dat de overschrijdingen van de KDW van de natuurlijke habitattypes in de habitatrictlijngebieden die daarvoor zijn aangewezen, in hoofdzaak het gevolg zijn van deposities van ammoniak, de vaststelling dat de NOx-emissies in Vlaanderen jaarlijks systematisch en structureel afnemen (dalende trend die wordt versterkt door bestaand Vlaams beleid, waaronder het Luchtbeleidsplan 2030, Europees beleid (waaronder prestatienormen verbrandingsmotoren) en maatschappelijke evoluties), en het sterk verschillende depositiegedrag van NOx en NH3. Het ontwerp-PAS van 19 april 2022 onderbouwt de 1% minimumdrempel en de passende beoordeling daarbij zou het risico van een betekenisvolle impact op SBZ's ingevolge activiteiten onder de drempelwaarde uitsluiten.
- De Vernietigde beslissing heeft zich voorgaande wetenschappelijke onderbouwing eigen gemaakt. In dit verband verwijst het Vlaamse Gewest zélf naar volgende passage uit de Vernietigde beslissing aangaande de 1%-minimumdrempel.

Stuk 20, p. 31-32:

³⁷ Antwoordnota van 4 november 2022 vanwege verwerende partij, p. 73.

53. De bestreden beslissing verwijst hiernaar en maakt zich deze wetenschappelijke onderbouwing eigen (zie **STUK Fout! Verwijzingsbron niet gevonden..1.**, p. 104 onderaan – *eigen nadruk toegevoegd*):

“In de ministeriële instructie wordt voor NOx-emissies een de minimis-drempel van 1% als maximale bijdrage van de KDW van het gevoeligste habitattype in de omgeving gehanteerd (met een maximale absolute bijdrage van 0.3 kg N/ha/jaar). Voor de verdere onderbouwing van de de minimis-drempel wordt uitdrukkelijk verwezen naar de ministeriële instructie van 2 mei 2021. Deze onderbouwing moet hier als integraal overgenomen worden beschouwd.

De waarde van 1% voor de de minimis-drempel is mede te onderbouwen vanuit de vaststelling dat een structurele afname plaatsvond van de NOx-emissies tijdens de periode 2014-2019/2020 (zie ook tabel 4.1, p 57 van het ontwerp-PAS (<https://omgeving.vlaanderen.be/opebaar-onderzoek-pas>)). Tevens wordt nog gewezen op de beperkte, bestaande bijdrage van stationaire NOx bronnen tot de totale stikstofdepositie in Vlaanderen, binnen en buiten SBZ-H (zie hoofdstuk 2; sector industrie = 0.39 kg N ha⁻¹ in 2015, sector energie = 0.07 kg N ha⁻¹ van het Ontwerp-PAS (<https://omgeving.vlaanderen.be/openbaar-onderzoek-pas>)).

De cumulatieve impact van de gezamenlijke emissie van de m.b.t. N-uitstoot van vergunningsplichtige puntbronnen uit de sectoren industrie, energie en handel en diensten die zich onder de 1%-drempel bevinden, bedraagt gemiddeld over alle SBZ-H in Vlaanderen 0.10% van de KDW. In geen enkele Vlaamse SBZ-H bedraagt de cumulatieve impactscore van alle bronnen onder de 1%-drempel meer dan 5% van de KDW (maximale cumulatieve impactscore in 2015 = 3.5%, in 2019 = 4.2%, zie <https://omgeving.vlaanderen.be/openbaar-onderzoek-pas>)).”

- Het Vlaamse Gewest benadrukt vervolgens dat (i) de Vernietigde beslissing tot de conclusie is gekomen dat de berekende procentuele bijdrage ten opzichte van de KDW voor alle habitattypes onder 1% van de KDW blijft en dat wetenschappelijk is vastgesteld dat er geen betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van de betrokken speciale beschermingszones kan optreden,³⁸ (ii) het buiten kijf staat dat (bijkomende) emissiebronnen van stikstof met een impact onder deze drempel in de Vlaamse vergunningverlening niet leidt tot een (bijkomende) betekenisvolle aantasting van Europees te beschermen habitats in de daartoe aangewezen SBZ's en het realiseren van een gunstige staat van instandhouding van die habitats niet hypothekeert,⁷⁴ en (iii) het niet kennelijk onredelijk is dat *“de verwerende partij naar de drempel in haar eigen ministeriële instructie verwijst om de conclusie dat er geen significante effecten zullen zijn, mee te staven”*.⁷⁵

Hieruit blijkt duidelijk dat het Vlaamse Gewest, als vergunningverlenende overheid in laatste administratieve aanleg, blijft vasthouden aan de 1%-minimumdrempel uit haar Ministeriële instructie, stellende dat bijkomende stikstofbijdrages onder deze drempel niet tot een

³⁸ Antwoordnota van 4 november 2022 vanwege verwerende partij, p. 71.

betekenisvolle aantasting van SBZ's leiden. Sterker nog, zij bevestigt uitdrukkelijk dat zij naar deze drempel verwijst om de conclusie te staven dat er geen significante effecten zullen zijn.

In zoverre het Vlaamse Gewest naar de adviezen van ANB, AGOP en Team Mer verwees die de passende beoordeling gunstig adviseren en de Vernietigde beslissing die op basis daarvan de passende beoordeling zou "valideren", benadrukt Noord-Brabant dat zij allen eveneens naar de 1%-drempelwaarde verwijzen om tot de deugdelijkheid van de passende beoordeling te besluiten (zie ook tweede middel).

Op dit kritieke punt stelt het Bestreden Arrest dat de Vlaamse Regering de conclusie over de stikstofimpact uit de passende beoordeling inderdaad is bijgetreden en deze zich eigen heeft gemaakt, waarvan de analyses aantonen dat de impactscore lager is dan 1% van de KDW.

Stuk 1, p. 13

2.1

De verwerende partij antwoordt dat het aanvraagdossier een passende beoordeling omvat die uitvoerig ingaat op de stikstofeffecten van het project en de instandhoudingsdoelstellingen. De conclusie over de stikstofimpact wordt in de bestreden beslissing bijgetreden en eigen gemaakt. De analyses in die beoordeling tonen aan dat de impactscore lager is dan 1% van de kritische depositiewaarde. Zelfs bij een mechanische toepassing van de ministeriële instructie leidt dit tot de conclusie dat er geen passende beoordeling vereist is.

En stuk 1, p. 14

bestuursrechtspraak van de Nederlandse Raad van State en het Hof van Justitie. De bestreden beslissing hanteert de gegevens van de passende beoordeling en treedt de 1% drempel bij, die zowel in de ministeriële instructie als het ontwerp D-PAS een grondige wetenschappelijke onderbouwing krijgt.

Wat in het bijzonder de 1%-drempelwaarde betreft, heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen de argumentatie van het Vlaamse Gewest als volgt samengevat:

Stuk 1, p. 14

De verwerende partij argumenteert tot slot dat zowel de passende beoordeling als de bestreden beslissing en de ministeriële instructie wetenschappelijk onderbouwd zijn. Zo verwijst de bestreden beslissing naar het ontwerp van het PAS-kader en de instructie en neemt die integraal over. De verwijzing in de bestreden beslissing naar de *de minimis*-drempel van 1% van de kritische depositiewaarde is niet manifest onzorgvuldig. De vergelijking die de

Uit voorgaande volgt klaar en duidelijk dat het Vlaamse Gewest, als vergunningverlenende overheid in laatste aanleg, automatisch toepassing heeft gemaakt van de 1%-drempelwaarde.

In zijn vernietigingsarrest van 20 juli 2023 heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen hierover het volgende geoordeeld (eigen nadruk):

Stuk 1, 25-26

In de bestreden beslissing wijdt de verwerende partij een afzonderlijke titel aan de gevolgen van het project op de stikstofdepositie in natura-2000 gebieden. Ze overweegt:

"Stikstofdepositie

...

In de ministeriële instructie wordt voor NO_x-emissies een de minimis-drempel van 1% als maximale bijdrage van de KDW van het gevoeligste habitatype in de omgeving gehanteerd (met een maximale absolute bijdrage van 0,3 kg N/ha/jaar). Voor de verdere onderbouwing van de de minimis-drempel wordt uitdrukkelijk verwezen naar de ministeriële instructie van 2 mei 2021. Deze onderbouwing moet hier als integraal overgenomen worden beschouwd.

De waarde van 1% voor de *de minimisdrempel* is mede te onderbouwen vanuit de vaststelling dat een structurele afname plaatsvond van NO_x-emissies tijdens de periode 2014-2019/2020 (zie ook tabel 4.1, p. 57 van het ontwerp-PAS (<https://omgeving.vlaanderen.be/openbaar-onderzoek-pas>)). Tevens wordt nog gewezen op de beperkte, bestaande bijdrage van stationaire NO_x bronnen tot de totale stikstofdepositie in Vlaanderen, binnen en buiten SBZ-H (zie Hoofdstuk 2; sector industrie = 0,39 kg N ha⁻¹ in 2015, sector energie = 0,07 kg N ha⁻¹ van het ontwerp-PAS (<https://omgeving.vlaanderen.be/openbaar-onderzoek-pas>)).

De cumulatieve impact van de gezamenlijke emissie van de m.b.t. N-uitstoot van vergunningsplichtige puntbronnen uit de sectoren industrie, energie en handel en diensten die zich onder de 1%-drempel bevinden, bedraagt gemiddeld over alle SBZ-H in Vlaanderen 0,10% van de KDW. In geen enkele Vlaamse SBZ-H bedraagt de cumulatieve impactscore van alle bronnen onder de 1%-drempel meer dan 5% van de KDW (maximale cumulatieve impactscore in 2015 = 3,5%; in 2019 = 4,2%; zie <https://omgeving.vlaanderen.be/openbaar-onderzoek-pas>)).

...

De berekende procentuele bijdrage van Project One ten opzichte van de kritische depositiewaarde (KDW) ligt voor alle habitatypes onder 1% en voor een groot deel zelfs onder 0,33%. **Overeenkomstig de hoger aangehaalde argumentatie zal doordat de deposities niet hoger zullen zijn dan 1% van de KDW van de betrokken habitats er geen significant effect optreden. Er ligt derhalve een voldoende wetenschappelijke zekerheid voor dat er geen significante effecten zullen optreden en een aantasting van de natuurlijke kenmerken dus is uitgesloten.** Deze conclusie geldt zowel voor de deposities ingevolge de NO_x-emissies als ingevolge de NH₃-emissies. De toepassing van de SCR zorgt weliswaar voor bijkomende ammoniakuitstoot, maar zorgt voor een fors verminderde NO_x-uitstoot. Bovendien wordt de NO_x-uitstoot in die mate gereduceerd dat de bijkomende deposities ingevolge de ammoniakuitstoot samen met de resterende deposities van de NO_x-emissies kleiner zijn dan de NO_x-emissies, gerekend indien geen SCR zou worden toegepast. De toepassing van de SCR zorgt er aldus voor dat de deposities kleiner dan 1% nog verder kunnen worden verlaagd.

Er kan bijgevolg besloten worden dat het project niet zal resulteren in een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van de habitatrictlijngebieden in Nederland en dus het bereiken van de instandhoudingsdoelstellingen van de aangemelde en tot doel gestelde habitats en soorten die erin leven. Ook ten aanzien van de Bijlage IV soorten (soorten van communautair belang die strikt moeten worden beschermd) wordt geen betekenisvolle aantasting verwacht.

Uit het bovenstaande blijkt dat, mochten de Nederlandse habitatrictlijngebieden op Vlaams grondgebied gelegen zijn, volgens het Vlaamse toetsingskader voor de beoordeling van de stikstofuitstoot op habitatrictlijngebieden, de impact niet reikt tot de Nederlandse grens en er bijgevolg wordt voldaan aan het Vlaamse beoordelingskader.

...

Met een dergelijke beoordeling onderwerpt de verwerende partij de aanvraag niet aan een onderzoek op basis van de concrete gegevens van de zaak. Hoewel het aanvraagdossier een passende beoordeling bevat, is enige inhoudelijke beoordeling daarvan niet in de beslissing terug te vinden. Zoals de verzoekende partijen aanstippen, grijpt de verwerende partij voor haar beoordeling in tegendeel doorslaggevend terug naar de vaststelling dat de gemodelleerde depositie van het project voldoet aan de ministeriële instructie van 2 mei 2021.

De bestreden beslissing maakt daarmee niet inzichtelijk aan de hand van welke zekere en objectieve wetenschappelijke vaststellingen de verwerende partij haar besluit staaft dat ieder betekenisvol effect voor de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied Brabantse Wal uit te sluiten is. Aan de vaststelling dat de bijkomende deposities zich bevinden onder de drempelwaarde van 1% van de kritische depositiewaarde, verbindt de verwerende partij routinematig en achteloos het besluit dat er geen significante effecten zullen optreden, zodat een aantasting van de natuurlijke kenmerken uitgesloten is.

In het kader van het door artikel 36ter Natuurdecreet verplicht gestelde onderzoek naar de effecten voor beschermde natuur, kan de verwerende partij niet volstaan met een mathematische verwijzing naar de ministeriële instructie van 2 mei 2021. Die instructie geeft zelf aan dat het de adviserende overheden een reeks richtlijnen biedt die kunnen worden aangewend bij de voorbereiding van vergunningsbeslissingen en adviezen. Daarbij wordt wel aangestipt dat die richtlijnen "niet steeds mechanisch kunnen worden toegepast". Ook de instructie dringt dus aan op een voldoende individuele benadering van de betekenisvolle effecten. De bestreden beslissing bevat op dit punt echter geen concreet onderzoek dat rekening houdt met de natuurlijke kenmerken en de instandhoudingsdoelstellingen van de Brabantse Wal.

De Raad voor Vergunningsbetwistingen oordeelde verder dat de Vernietigde beslissing evenmin afdoende is in de mate dat zij al gelezen zou kunnen worden als het overnemen en bijtreden van de passende beoordeling. De enige verwijzing naar de passende beoordeling luidt dat onder punt 11.10.4.4 van de project-MER wordt geconcludeerd dat "*er geen meetbare of detecteerbare*

bijkomende depositiebijdrage van het voorliggende project op Natura 2000-gebieden in Nederland voorkomt".

(Stuk 1, p. 26)

In lijn met haar eigen (ondertussen vaststaande) rechtspraak en de rechtspraak van het Hof van Justitie, heeft de essentie van de – terechte – kritiek van de Raad voor Vergunningsbetwistingen betrekking op het gebrek aan een toereikende passende beoordeling, met name een individueel beoordeling *in concreto*: een mechanische toepassing van de 1%-drempelwaarde, noch het hanteren van een ondergrens van 0,3 kg N/ha/j (zie ook hieronder) maakt volgens de Raad voor Vergunningsbetwistingen een individuele beoordeling *in concreto* uit. Bij gebreke aan een individuele beoordeling *in concreto* heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen de Vernietigde beslissing vervolgens – terecht – vernietigd.

(Stuk 1)

Het is met andere woorden klaar en duidelijk dat de Raad voor Vergunningsbetwistingen de Vernietigde beslissing en de passende beoordeling louter aan de vigerende regelgeving en rechtspraak heeft getoetst, met name of de drempelwaarden niet louter automatisch werden toegepast en een individuele beoordeling *in concreto* is uitgevoerd met het oog op een passende beoordeling die 'passend' is in de zin van artikel 36ter, §3 Natuurdecreet.

Het valt bijgevolg niet in te zien hoe de Raad voor Vergunningsbetwistingen hier een eigen inhoudelijke analyse zou hebben toegevoegd.

79. In haar cassatieberoep van 18 augustus 2023 tracht verzoekende partij hieraan, net zoals in de vernietigingsprocedure voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen, een mouw te passen.

Regelrecht tegen de vernietigde omgevingsvergunning van 7 juni 2022 en de antwoordnota van 4 november 2023 vanwege het Vlaamse Gewest in, probeert zij met name Uw Raad ervan te overtuigen dat de passende beoordeling geen mechanische toepassing van de 1%-drempelwaarde uit de ministeriële instructie maakt, maar wel van de wetenschappelijk onderbouwde de minimis-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar waaronder geen meetbare, in situ aantoonbare effecten op habitats ingevolge stikstofdepositie aangetoond zouden kunnen worden.

Hierbij zou een onderscheid moeten gemaakt worden tussen de gemodelleerde stikstofdeposities en de minimis-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar, om vervolgens te besluiten dat er geen betekenisvolle aantasting zal plaatsvinden nu de bijdrages onder de ondergrens blijven.

In lijn hiermee stelt de Ministeriële instructie van 2 mei 2021 inderdaad dat in Duitsland een vergelijkbare drempel wordt gehanteerd als in de voormalige *'online voortoets'*, dat als hulpmiddel in de Omzendbrief OMG/2017/01 was opgenomen. In Duitsland wordt met name als eerste stap bekeken of de depositie die een activiteit op alle in de omgeving daarvan gelegen Natura 2000-gebieden heeft beneden 0,3 kg N ha⁻¹ j⁻¹ blijft. Blijft de depositie onder deze drempel, dan worden de effecten niet verder bekeken.

In toepassing van het voorzorgsbeginsel wordt evenwel vooropgesteld om de *de minimis*-drempel in de voortoets, in afwachting van een definitief PAS-kader, tijdelijk aan te passen naar maximaal

1% van de bijdrage van de KDW van het gevoeligste habitatype in de omgeving (bijvoorbeeld: 1% van een KDW van $6 \text{ kg N ha}^{-1} \text{ j}^{-1}$ bedraagt $0,06 \text{ kg N ha}^{-1} \text{ j}^{-1}$, met een maximale absolute bijdrage van $0,3 \text{ kg N ha}^{-1} \text{ j}^{-1}$. Om deze absolute ondergrens te verantwoorden, verwijst de Ministeriële instructie bovendien naar dezelfde Duitse rechtspraak en onderzoek die verzoekende partij ook als beweerde wetenschappelijke basis bijbrengt.

80. Vooreerst benadrukt Noord-Brabant dat de Raad voor Vergunningsbetwistingen in haar derde stikstofarrest van 15 december 2022 (zie eerder) reeds heeft geoordeeld dat een verwijzing naar de Duitse minimumdrempels en Duitse rechtspraak niet kan volstaan als een individuele beoordeling *in concreto*.

(Stuk 23)

In zoverre verzoekende partij aldus de deugdelijkheid van de passende beoordeling tracht te verdedigen door te verwijzen naar de *de minimis*-drempel van $0,3 \text{ kg N/ha/jaar}$, kan haar argumentatie niet overtuigen bij gebreke aan concrete beoordeling van de effecten op SBZ "Brabantse Wal" die met haar natuurlijke kenmerken en instandhoudingsdoelstellingen rekening houdt.

81. In haar wederantwoordnota van december 2022 heeft Noord-Brabant voorts benadrukt dat de *de minimis*-drempel van $0,3 \text{ kg N ha}^{-1} \text{ j}^{-1}$ absolute bijdrage een *maximum* betreft. De *de minimis*-drempel betreft in werkelijkheid 1% van de bijdrage van de KDW van het gevoeligste habitatype in de omgeving. De ministeriële instructie geeft zelf het voorbeeld van 1% van een KDW van $6 \text{ kg N ha}^{-1} \text{ j}^{-1}$, dat neerkomt op een *de minimis*-drempel van $0,06 \text{ kg N ha}^{-1} \text{ j}^{-1}$, dat uiteraard een kleinere waarde dan $0,3 \text{ kg N ha}^{-1} \text{ j}^{-1}$ betreft.

(Stuk 15)

In zoverre verzoekende partij dus verwijst naar een *de minimis*-drempel van $0,3 \text{ kg N ha}^{-1} \text{ j}^{-1}$ waaronder geen meetbare, aantoonbare effecten zouden kunnen worden aangetoond, gaat zij bovendien regelrecht in tegen de momenteel vigerende Ministeriële instructie die deze absolute bijdrage als een *maximum* vooropstelt.

Voor de goede orde en volledigheidshalve benadrukt Noord-Brabant dat een gebeurlijke toetsing aan een maximumdrempel evenmin zou volstaan, nu de essentie van de rechtspraak van de Raad voor Vergunningsbetwistingen (voorliggend Bestreden Arrest inclusief) de noodzaak van een individuele beoordeling *in concreto* betreft.

82. Ten overvloede, wijst Noord-Brabant erop dat de *de minimis*-drempel van $0,3 \text{ kg N ha}^{-1} \text{ j}^{-1}$ wetenschappelijke betwist wordt.

In zijn advies (INBO.A.4341) heeft het Instituut voor Natuur en Bosonderzoek (INBO) aangegeven dat de relaties tussen de omvang van de stikstofdepositie en de soortenrijkdom en samenstelling van de habitatwaardige vegetatie, met name niet toelaten om een ondergrens aan te duiden van bijkomende stikstofdepositie die zich gedurende vele jaren zal voordoen, waaronder ecologische effecten uitgesloten kunnen worden (zie www.vlaanderen.be/inbo/publicaties).

(Stuk 32)

83. In zoverre verzoekende partij (opnieuw) beweert dat Noord-Brabant nooit kritiek op de wetenschappelijke onderbouwing van de passende beoordeling zou hebben geuit, volstaat het tot slot om naar de wederantwoordnota vanwege Noord-Brabant te verwijzen.
(Stuk 15)

84. Op dit punt heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen het standpunt van verzoekende partij (in de vernietigingsprocedure de tussenkomenende partij) als volgt samengevat:

Stuk 1, p. 16

De klemtoon van een passende beoordeling ligt volgens de tussenkomenende partij op het wegnemen van elke 'redelijke' wetenschappelijke twijfel en dus niet 'elke twijfel'. De passende beoordeling kon de wetenschappelijk onderbouwde en door het Bundesverwaltungsgericht aanvaarde minimumdrempel van 0,3 kg N/ha/J hanteren. Een dergelijke benadering strookt met de vereisten van het Hof van Justitie. De verzoekende partijen mogen het niet eens zijn met de passende beoordeling, maar tonen daarmee nog niet aan dat de passende beoordeling een foute wetenschappelijke onderbouwing kent. De verzoekende partijen betrekken de drempelwaarde van 0,3 kg/N/ha/J niet in hun argumentatie en aanvaarden bijgevolg de wetenschappelijke onderbouwing ervan.

De Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft vervolgens onderzocht of het voorgenomen project aan een beoordeling die '*passend*' is in de zin van artikel 36ter, §3 Natuurdecreet en voldoet aan de vereisten die het Hof van Justitie vooropstelt.

In haar beoordeling neemt de Raad voor Vergunningsbetwistingen volgende passages over uit de voorliggende passende beoordeling (eigen nadruk):

Stuk 1, p. 29-30

Onder punt 11.4.2.9 sluit de beoordeling daarbij aan:

" ...

Kritische depositiewaarde (KDW) en aantoonbaarheid effecten:

De berekende procentuele bijdrage van Project One ten opzichte van de kritische depositiewaarde ligt voor alle habitattypes onder 1% en voor een groot deel zelfs onder 0,33%.

Er zijn meerdere, onafhankelijke wetenschappelijke bronnen die een drempelwaarde van 0,3 kg N/ha.j aangeven als ondergrens voor een meetbaar effect op het habitat als gevolg van bijkomende stikstofdepositie.

De maximaal verwachte bijdrage van Project One aan de stikstofdepositie op de habitattypes in het studiegebied bedraagt 0,2 kg N/ha.j, en ligt bijgevolg een factor 2 lager dan de drempelwaarde waarboven een meetbaar effect zou mogelijk zijn.

Bijgevolg kan er op basis van de bovenstaande wetenschappelijke referenties, in geen enkel habitatype in het studiegebied een meetbaar effect van de bijdrage in stikstofdepositie van Project One aangetoond worden.

..."

Vervolgens luidt de beoordeling onder punt 11.10.4.2:

“ ...

Met betrekking tot de detecteerbaarheid van actuele deposities in situ wordt opgemerkt (zie ook § 11.4.2.3 en § 11.4.1.5):

- De actuele deposities ten gevolge van het project zijn zodanig laag dat deze in de praktijk op het terrein niet kunnen worden gedetecteerd. De metingen van actuele vermestende deposities in situ door VMM hebben een meetfout van 5-10% (VMM 2015). Bijvoorbeeld, ter hoogte van de Brabantse wal is de actuele depositie gemiddeld 24,8 kg N/ha.j. Rekening houdend met een meetfout tot 10%, betekent dit een depositie in de range van 22,3 tot 27,28 kg/ha.j en een foutmarge van 2,48 kg N/ha.j. Een eventueel bijkomende depositie van max 0,12 kg/ha.j of minder ten gevolge van het project zal bijgevolg in situ niet detecteerbaar zijn en is niet significant.
- Actuele deposities vertonen jaarlijkse variaties, o.a. door schommelingen in de neerslag en verschillen in natte depositie (CLO 2019). Deze schommelingen zijn groter dan de deposities ten gevolge van het project.
- Dit blijkt ook uit Duits onderzoek waarbij vastgesteld werd dat deposities van minder dan 0,3 kg N/ha.j niet meer aantoonbaar zijn. Deposities van lager dan 0,3 kg N/ha.j zijn wetenschappelijk niet relevant en betekenisvol omdat er geen toekenningsrelatie is tussen dergelijke kleine deposities en een eventueel schadelijk gevolg (Redeker, Sellner & Dahs 2014, BAST rapport). Om te kunnen spreken van significante effecten dient een effect meetbaar en aantoonbaar te zijn. Alle habitatrictlijngebieden in Nederland zijn gelegen buiten de contour van 0, 1 kg N/ha.j en bijgevolg ver buiten de contour van 0,3 kg N/ha.j, waarboven effecten nog kunnen aangetoond worden.

En stuk 1, p. 32

De passende beoordeling besluit onder punt 11.10.4.4:

“ ...

Op basis van de berekende stikstofdeposities met het AERIUS-model kan besloten worden dat de bijkomende stikstofdeposities afkomstig van emissies tijdens de aanleg- en exploitatiefase, ter hoogte van de Nederlandse Natura 2000-gebieden Brabantse Wal, Westerschelde en Saeftinghe en Oosterschelde laag zijn ten opzichte van de Kritische Depositiewaarden van de habitats in deze gebieden. Dit zal op het terrein niet merkbaar, noch meetbaar zijn. Depositiewaarden beneden 0,3 kg N/ha.j zijn immers niet meetbaar of detecteerbaar.

Aanlegfase

Tijdens de aanlegfase zijn de depositiewaarden beneden 0,3 kg N/ha.j en bijgevolg niet meetbaar of detecteerbaar.

- Brabantse Wal: max. bijkomende stikstofdepositie: hoogste bijkomende N depositie minder dan 0,014 kg N/ha.j
- Westerschelde en Saeftinghe: hoogste percentage bijkomende N depositie minder dan 0,014 kg N/ha.j

Exploitatiefase

Tijdens de exploitatiefase zijn de depositiewaarden beneden 0,3 kg N/ha.j en bijgevolg niet meetbaar of detecteerbaar. Er zijn geen wetenschappelijk aantoonbare gevolgen.

- Brabantse Wal: max. bijkomende stikstofdepositie: hoogste bijkomende N depositie minder dan 0,12 kg N/ha.j
- Westerschelde en Saeftinghe: hoogste bijkomende N depositie 0,02 kg N/ha.j

Er kan bijgevolg besloten worden dat de stikstofdeposities niet zullen leiden tot een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van beide Habitatrichtlijngebieden en dus het bereiken van de instandhoudingsdoelstellingen van de aangemelde en tot doel gestelde habitats en soorten die erin leven. Ook ten aanzien van de Bijlage IV soorten wordt geen betekenisvolle aantasting verwacht.

Hierover oordeelt de Raad voor Vergunningsbetwistingen vervolgens het volgende (eigen nadruk):

Stuk 1, p. 32-33 – Bestreden Arrest

5.2

De passende beoordeling moet inzichtelijk maken wat de gevolgen zijn van de berekende en gemodelleerde depositietoenames, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen

voor onder meer het Natura 2000-gebied Brabantse Wal. Op basis van de beoordeling moet inzichtelijk zijn dat de berekende depositietoenames de natuurlijke kenmerken van dit gebied niet aantasten. Dat inzicht biedt de passende beoordeling naar het oordeel van de Raad niet.

De passende beoordeling vat aan met algemene beschouwingen over de depositie in Vlaanderen en Nederland, de bestaande referentiesituatie. Onder titel "11.10.3 Criteria aanwijzing" wordt een overzicht gegeven van de aanwezige natuurwaarden in en de instandhoudingsdoelstellingen van de Brabantse Wal.

Juist is dus de vaststelling dat de passende beoordeling een opsomming geeft van de aanwezige natuurwaarden in de Brabantse Wal en de vooropgestelde instandhoudingsdoelstellingen. Bij die opsomming blijft het echter. Zoals de verzoekende partijen opmerken, krijgen de specifieke milieukenmerken en instandhoudingsdoelstellingen, bij de beoordeling wat dan de gevolgen zijn van de bijkomende depositie in het al overbelaste gebied, geen aandacht meer. In tegendeel luidt het oordeel veel meer dan eens dat de deposities minder bedragen dan 0,3 kg N/ha/J. Daaraan wordt dan de conclusie gekoppeld dat dergelijke deposities "niet meetbaar of detecteerbaar" zijn, ze niet leiden tot "meetbare verschillen in concurrentiepositie" of niet leiden tot "meetbare of observeerbare veranderingen" of "meetbare en aantoonbare effecten". Uit dat besluit volgt dan de algemene gevolgtrekking dat voor alle habitattypes en soorten de instandhoudingsdoelstellingen niet in het gedrang komen.

Ook het eindbesluit in de passende beoordeling steunt onbetwistbaar op de vaststelling dat de gemodelleerde deposities zich op alle habitats bevinden onder de drempelwaarde van 0,3 kg N/ha/J, zodat een betekenisvolle aantasting uitgesloten is.]

En stuk 1, p. 34 – Bestreden Arrest (eigen nadruk)

Door cijfermatig en voor heel het Natura 2000-gebied in zijn algemeenheid te toetsen aan een minimumdrempel van aantoonbare effecten, houdt de passende beoordeling niet voldoende rekening met de instandhoudingsdoelen, het aanwezige areaal en de kwaliteit van de natuurwaarden, de specifieke milieukeurmerken en de reeds bestaande milieudrukken in het gebied. De passende beoordeling benadert niet met voldoende ecologische onderbouwing de vraag of er in het Natura 2000-gebied sprake is van zodanige omstandigheden dat een verwaarloosbare toename aan stikstofdepositie alsnog zou kunnen leiden tot in ecologische zin aantoonbare significante gevolgen voor de kwaliteit van de verschillende habitattypen en/of leefgebieden.

5.4

Het behalen van de instandhoudingsdoelstellingen van de betreffende habitattypen en leefgebieden van soorten wordt, louter omdat de depositie blijft onder de drempel van 0,3 kg N/ha/J, nog steeds mogelijk geacht. Die conclusie is bovendien voor alle onderzochte habitatgebieden nagenoeg woordelijk identiek. Hoe de passende beoordeling zich op dit punt onderscheidt van een loutere voortoets die een dergelijke drempel zou hanteren, is niet duidelijk.

Uit de passende beoordeling blijkt in tegendeel dat ze in essentie louter doorslaggevend de Duitse drempelwaarde (Abschneidekriterium) van 300 gram hanteert, die in Duitsland geldt en aanvaard is. De effecten op de aanwezige habitattypes zoals H4030 en de stikstofgevoelige leefgebieden krijgen geen aandacht. Doordat de drempelwaarde zodanig fundamenteel als uitgangspunt naar voor komt in de passende beoordeling, eigent die beoordeling zich in essentie een drempelwaarde toe die in Vlaanderen geen juridische verankering kent als onderdeel van een globale programmatische aanpak stikstof.

Ook uit voorgaande passages blijkt duidelijk dat de Raad voor Vergunningsbetwistingen geen eigen inhoudelijke analyse heeft gemaakt, maar wel heeft beoordeeld of de passende beoordeling 'passend' in de zin van artikel 36ter, §3 Natuurdecreet is, met name of er een individuele beoordeling *in concreto* is uitgevoerd die niet louter automatische toepassing van de minimumdrempels maakt.

85. Het eerste middelenonderdeel is ongegrond.

2.2.b. Tweede middelenonderdeel

86. Verzoekende partij meent dat haar recht op verdediging is geschonden, aangezien het INBO-advies geen onderdeel van het debat zou hebben uitgemaakt.

De argumentatie van verzoekende partij kan niet worden gevolgd.

87. Volgens vaste rechtspraak zouden de rechten van verdediging *in casu* enkel zijn miskend als de rechter zijn beslissing op dit punt had laten steunen.

Uit de rechtspraak blijkt met name dat het algemeen rechtsbeginsel tot eerbiediging van het recht van verdediging miskend wordt wanneer een rechter zijn beslissing laat steunen op elementen waarvan de partijen, gelet op het verloop van het debat, niet dienden te verwachten dat de rechter ze in zijn oordeel zou betrekken en waarover zij geen tegenspraak hebben kunnen voeren.³⁹

Noord-Brabant benadrukt dat de verwijzing naar het INBO-advies louter een motivering ten overvloede betreft. Het Bestreden Arrest is met name niet op dit advies gesteund.

(Stuk 1)

Immers, had de Raad voor Vergunningsbetwistingen al geconcludeerd dat er geen individuele beoordeling *in concreto* was uitgevoerd, gelet op de automatische toepassing van de 1%-drempelwaarde en de ondergrens van 0,3 kg N/ha/j (zie ook de uiteenzetting onder het eerste middel).

(Stuk 1)

Deze conclusie blijft standhouden, ook zonder de toevoeging van de conclusies uit het INBO-advies.

88. In ondergeschikte orde, is het, om te beoordelen of een schending van het algemeen rechtsbeginsel tot eerbiediging van het recht van verdediging voorligt, van belang om te beoordelen of partijen moesten of mochten verwachten dat de bodemrechter één en ander bij zijn oordeel zou betrekken. Wanneer partijen zich er gelet op het verloop aan de debatten wél aan mochten verwachten, kan immers geen schending worden vastgesteld.⁴⁰

Verzoekende partij kan bezwaarlijk beweren dat zij geen kennis van het INBO-advies zou hebben gehad en zich niet eraan diende te verwachten dat de rechter dit advies in zijn oordeel zou betrekken. Dit geldt des te sterker gelet op haar gespecialiseerde hoedanigheid in de chemiesector.

Uit de project-MER en de ter beschikking liggende procedurestukken vanwege Ineos, blijkt immers dat verzoekende partij de wetenschappelijke documentatie rond de *de minimis*-drempel van 0,3 kg N/ha/j wel heel uitvoerig heeft onderzocht. Nu zij zelfs Duitse rechtspraak en onderzoek heeft geraadpleegd, is het ongeloofwaardig dat zij geen weet zou hebben van het Vlaamse INBO-advies dat de toepasselijkheid van die drempel in Vlaanderen heeft onderzocht.

(Stuk 10 en 19)

Bovendien is het INBO-advies publiek raadpleegbaar, waardoor eenieder er toegang tot heeft en dit tot de algemene kennis hoort. Nu het INBO-advies een algemeen bekend gegeven is, mocht

³⁹ Cass. 27 januari 2023, F.22.0032.N, www.cass.be.

⁴⁰ Cass. 26 november 2021, C.20.0578.F, www.cass.be; Cass. 29 januari 2021, F.18.0140.N, www.cass.be.

verzoekende partij zich eraan verwachten dat de rechter dit INBO-advies in zijn oordeel zou betrekken, zeker gelet op haar gespecialiseerde hoedanigheid in de sector.

Er kan bijgevolg geen schending van het recht op verdediging worden vastgesteld.

89. Het tweede middelenonderdeel is ongegrond.

90. Bij gebreke aan een ‘*passende*’ beoordeling in de zin van artikel 36ter, §3 Natuurdecreet, is de Raad voor Vergunningsbetwistingen dan ook terecht overgegaan tot de vernietiging van de Vernietigd beslissing.

Het eerste middel is dan ook ongegrond.

III. TWEEDE MIDDEL

1. Samenvatting van het tweede middel in het cassatieberoep van verzoekende partij

91. In haar cassatieberoep van 18 augustus 2023 vat verzoekende partij het tweede middel zelf samen als volgt:

“Het tweede middel wordt genomen uit de schending van artikel 8.17 en 8.18 van het Burgerlijk Wetboek en de bewijskracht van de akten, alsook artikel 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (de “Formele Motiveringswet”),

Doordat het Bestreden Arrest aan de PAS-gebiedsanalyse “Brabantse Wal” (128) van 15 december 2017 (de “PAS-gebiedsanalyse”) de verklaring toeschrijft dat “stikstof nu en in de toekomst (jaar 2030) een probleem vormt voor het halen van de instandhoudingsdoelstellingen van de habitattypes H2310, H2330, H3160 en H4030”,

En doordat het Bestreden Arrest aan de passende beoordeling de verklaring toeschrijft dat deze “[...] onbetwistbaar [steunt] op de vaststelling dat de gemodelleerde deposities zich op alle habitats [...] onder de drempelwaarde van 0,3 kg N/ha/j [bevinden]” en “in essentie louter doorslaggevend de Duitse drempelwaarde (Abschneidekriterium) van 300 gram hanteert, die in Duitsland geldt en aanvaard is”,

En doordat het Bestreden Arrest aan de passende beoordeling de verklaring toeschrijft dat deze “niet met voldoende ecologische onderbouwing de vraag [benadert] of er in het Natura 2000-gebied sprake is van zodanige omstandigheden dat een verwaarloosbare toename aan stikstofdepositie alsnog zou kunnen leiden tot in ecologische zin aantoonbare significante gevolgen voor de kwaliteit van de verschillende habitattypen en/of leefgebieden” en zich niet zou onderscheiden van een loutere voortoets die een dergelijke drempel hanteert,

En doordat het Bestreden Arrest aan de Vernietigde Beslissing de verklaring toeschrijft dat deze “evenmin afdoende [is]” “[i]n de mate dat de Vernietigde beslissing al gelezen

zou kunnen worden als het overnemen en bijtreden van de bevindingen van de passende beoordeling”,

Terwijl de PAS-gebiedsanalyse aangeeft dat de afnemende stikstofbelasting gekoppeld aan de uitvoering van de herstelmaatregelen zal leiden tot het behalen van de instandhoudingsdoelstellingen, ondanks de voortdurende overbelasting van habitattypen in dit Natura 2000-gebied, en aan alle habitats en soorten in de Brabantse Wal een score 1a of 1b toekent, hetgeen betekent dat er wetenschappelijk gezien redelijkerwijze geen twijfel bestaat dat de instandhoudingsdoelstellingen voor deze habitattypes en soorten op termijn gehaald (kunnen) worden,

En terwijl de passende beoordeling voor de beoordeling van de effecten in zowel de aanleg- als exploitatiefase gebaseerd op drie centrale wetenschappelijke argumenten (te weten een analytische meetfout van 5%-10% voor het bepalen van actuele deposities, jaarlijkse variaties in natte depositie ten gevolge van verschillen in neerslag, en een wetenschappelijk onderbouwde de minimis-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar waaronder geen effecten van deposities waargenomen kunnen worden),

En terwijl de Vernietigde Beslissing een geldige motivering door verwijzing bevat naar de conclusie van de passende beoordeling en alle uitgebrachte adviezen én de goedkeuringsbeslissing van team m.e.r. bijvalt,

En terwijl de Vernietigde Beslissing een uitgebreide weerlegging bevat van de beroepsargumenten van de provincies Zeeland en Noord-Brabant,

En terwijl artikel 8.17 en 8.18 Burgerlijk Wetboek de wettelijke verankering vormt van de bewijskracht van authentieke en onderhandse akten, hetgeen verbiedt dat een rechter aan een geschrift, waarnaar hij uitdrukkelijk verwijst, een verklaring toeschrijft die dit geschrift niet bevat, dan wel ontkent dat dit geschrift een verklaring bevat die er wel in voorkomt,

En terwijl artikel 2 en 3 van de Formele Motiveringswet toelaten dat de formele motivering van bestuurshandelingen bestaat uit een motivering door verwijzing, op voorwaarde dat de inhoud van de stukken waarnaar wordt verwezen aan de betrokkene ter kennis zijn gebracht, de desbetreffende stukken zelf afdoende gemotiveerd zijn en niet tegenstrijdig zijn, en de stukken in de uiteindelijke beslissing worden bijgevalen door de beslissende overheid,

Zodat het Bestreden Arrest de in het middel aangehaalde bepalingen schendt.”

2. Standpunt van eerste verwerende partijen

2.1. SAMENVATTING VAN HET STANDPUNT VAN EERSTE VERWERENDE PARTIJEN

92. Verzoekende partij trekt een verkeerde conclusie uit de definities van de ecologische beoordelingen 1a en 1b uit de PAS-gebiedsanalyse (128) “Brabantse Wal”.

De respectievelijke definities bevestigen enkel dat de instandhoudingsdoelstellingen kunnen worden gehaald, doordat behoud is geborgd en verslechtering wordt voorkomen. 'Kunnen' is echter niet hetzelfde als 'zullen' en 'redelijkerwijs geen twijfel' geenszins hetzelfde als 'geen twijfel' dat de instandhoudingsdoelstellingen zullen worden behaald.

In zoverre verzoekende partij aldus hieraan haar argumentatie koppelt dat er wetenschappelijke gezien redelijkerwijze geen twijfel bestaat dat de instandhoudingsdoelstellingen voor de Brabantse Wal gehaald zullen worden, kan zij niet overtuigen. De Raad voor Vergunningsbetwistingen geeft derhalve terecht de verklaring aan de PAS-gebiedsanalyse dat "*stikstof nu en in de toekomst (jaar 2030) een probleem vormt voor het halen van de instandhoudingsdoelstellingen van de habitattypes H2310, H2330, H3160 en H4030*".

93. Volgens ondertussen vaste rechtspraak van de Raad voor Vergunningsbetwistingen kan een loutere verwijzing naar *de minimis*-drempels en de mechanische toepassing ervan niet volstaan en is een onderzoek *in concreto* naar de effecten op Habitatrichtlijngebied noodzakelijk en moet met voldoende wetenschappelijke zekerheid ieder significant gevolg voor de natuurlijke kenmerken van de SBZ worden uitgesloten.

De drie centrale wetenschappelijk argumenten waarop de passende beoordeling volgens verzoekende partij is gebaseerd, betreffen in werkelijkheid 2 argumenten die betrekking hebben op de niet-meetbaarheid van de depositiebijdrages en slechts 1 argument dat betrekking heeft op de niet-aantoonbaarheid van de effecten van die depositiebijdrages (met name de *de minimis*-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar).

De Raad voor Vergunningsbetwistingen oordeelt vervolgens dan ook terecht dat aan het feit dat de deposities minder dan 0,3 kg N/ha/J bedragen, de conclusie wordt gekoppeld dat ze niet tot meetbare en aantoonbare effecten leiden en dat door cijfermatig en voor heel het Natura 2000-gebied in zijn algemeenheid te toetsen aan een minimumdrempel van aantoonbare effecten, de passende beoordeling geen individuele beoordeling *in concreto* betreft.

De Vernietigde beslissing werd niet vernietigd omdat gebruik zou zijn gemaakt van een Duitse drempelwaarde die in Vlaanderen geen juridische verankering kent, maar wel omdat een *automatische* toepassing van deze minimumdrempel van aantoonbare effecten is gemaakt om significante effecten uit te sluiten.

94. De wetenschappelijke waarde van deze ondergrens wordt overigens betwist, waardoor wetenschappelijke twijfel blijft heersen. Dat de drempelwaarde volgens Ineos gebaseerd is op (Duitse en andere) wetenschappelijke bronnen, doet dus geen afbreuk aan het feit dat de wetenschappelijke waarde van de / een drempelwaarde nog steeds in vraag wordt gesteld en dat er minstens twijfel blijft bestaan over de ondergrens van niet-aantoonbare effecten (hetgeen volgens INBO niet kan).

(Stuk 32)

De verwijzing naar het INBO-advies is een motivering ten overvloede en maakt een overtollig motief uit. De Raad voor Vergunningsbetwistingen is immers zonder de vermelding van het INBO-advies reeds tot de conclusie gekomen dat er geen individuele beoordeling *in concreto* is gebeurd, maar louter een automatische toepassing van drempelwaarden.

95. Het Bestreden Arrest stelt terecht dat de Vernietigde beslissing evenmin afdoende is in de mate dat ze al gelezen zou kunnen worden als het overnemen en bijtreden van de bevindingen in de passende beoordeling.

De Vernietigde beslissing verwijst louter naar de conclusie onder Titel 11.10.4.4 van de passende beoordeling waarin wordt geconcludeerd dat *“er geen meetbare of detecteerbare bijkomende depositiebijdrage van het voorliggende project op Natura 2000-gebieden in Nederland voorkomt.”*

In zoverre de Vernietigde beslissing naar de adviezen van ANB, AGOP, GOVC en Team Mer verwijst die de passende beoordeling gunstig adviseren en de Vernietigde beslissing op basis daarvan de passende beoordeling zou hebben “gevalideerd”, benadrukt Noord-Brabant dat zij allen eveneens naar de 1%-drempelwaarde verwijzen om tot de deugdelijkheid van de passende beoordeling te besluiten en dit volgens het Bestreden Arrest niet volstaat om te spreken van een individuele beoordeling *in concreto*.

(Stuk 2, 18, 35)

2.2. UITEENZETTING VAN HET STANDPUNT VAN EERSTE VERWERENDE PARTIJEN

2.2.a. De Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft de PAS-gebiedsanalyse juist gelezen

96. Volgens verzoekende partij zou de PAS-gebiedsanalyse (128) “Brabantse Wal” louter aangeven dat de afnemende stikstofbelasting gekoppeld aan de uitvoering van de herstelmaatregelen zal leiden tot het behalen van de instandhoudingsdoelstellingen, ondanks de voortdurende overbelasting van habitattypen in dit Natura 2000-gebied, en aan alle habitats en soorten in de Brabantse Wal een score 1a of 1b toekent, hetgeen betekent dat er wetenschappelijk gezien redelijkerwijze geen twijfel bestaat dat de instandhoudingsdoelstellingen voor deze habitattypes en soorten op termijn gehaald (kunnen) worden.

Volgens verzoekende partij schrijft het Bestreden Arrest onterecht hieraan de verklaring toe dat *“stikstof nu en in de toekomst (jaar 2030) een probleem vormt voor het halen van de instandhoudingsdoelstellingen van de habitattypes H2310, H2330, H3160 en H4030”*.

97. Verzoekende partij koppelt haar argumentatie aan de ecologische score 1a of 1b die de PAS-gebiedsanalyse aan de habitats en soorten in de Brabantse Wal heeft toegekend, waaruit zou volgen dat er wetenschappelijk gezien redelijkerwijze geen twijfel bestaat dat de instandhoudingsdoelstellingen voor de Brabantse Wal gehaald zullen worden.

Nu zij beweren dat de passende beoordeling de vergunningverlenende overheid louter in staat moet stellen om te besluiten dat er wetenschappelijk gezien redelijkerwijze geen twijfel bestaat dat het voorliggend project geen schadelijke gevolgen voor de natuurlijke kenmerken van de SBZ zal hebben, neemt de PAS-gebiedsanalyse volgens hen dergelijke redelijke twijfel weg nu deze de habitattypes onder categorieën 1a en 1b onderbrengt.

In de vernietigingsprocedure voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft Noord-Brabant er reeds op gewezen dat verzoekende partij een verkeerd gevolg uit voorgaande definitie trekt.

(Stuk 15)

De PAS-gebiedsanalyse brengt de ecologische beoordeling van voormelde habitattypen van SBZ "Brabantse Wal" onder in categorieën 1a en 1b.

(Stuk 9, p. 43)

De PAS-gebiedsanalyse definieert categorieën 1a en 1b als volgt:

"1a. Wetenschappelijk gezien is er redelijkerwijs geen twijfel dat de instandhoudingsdoelstellingen op termijn worden gehaald. Behoud is geborgd, dus verslechtering wordt voorkomen. 'Verbetering van de kwaliteit' of 'uitbreiding van de oppervlakte' van de habitattypen of leefgebieden zal in de gevallen waar dit een doelstelling is in het eerste tijdvak van dit programma aanvangen.

1b: Wetenschappelijk gezien is redelijkerwijs geen twijfel dat de instandhoudingsdoelstellingen op termijn kunnen worden gehaald. Behoud is geborgd, dus verslechtering wordt voorkomen. 'Verbetering van de kwaliteit' of 'uitbreiding van de oppervlakte' van de habitattypen of leefgebieden kan in de gevallen waarin dit een doelstelling is in het tweede of derde tijdvak van dit programma aanvangen."

Vooreerst bevestigt deze definitie enkel dat de instandhoudingsdoelstellingen kunnen worden gehaald, doordat behoud is geborgd en verslechtering wordt voorkomen. 'Kunnen' is echter niet hetzelfde als 'zullen' en 'redelijkerwijs geen twijfel' geenszins hetzelfde als 'geen twijfel' dat de instandhoudingsdoelstellingen zullen worden behaald.

De PAS-gebiedsanalyse wijst daarnaast uitdrukkelijk op de mogelijke causale relatie tussen verslechtering van de kwaliteit van het leefgebied en stikstofdeposities. Vaste rechtspraak van Uw Raad van State bevestigt dat wanneer de habitattypen en beschermde soorten in de betrokken speciale beschermingszones zich niet in een goede staat van instandhouding bevinden (zoals in casu), elke ingreep, hoe gering ook, die een achteruitgang van de huidige toestand betekent, significant is. Volgens de vigerende rechtsleer impliceert dit dat wanneer een speciale beschermingszone reeds overbelast is gelet op de overschrijding van de KDW (zoals in casu), elke bijkomende stikstofdepositie waardoor de natuurwaarden achteruitgaan, een betekenisvolle aantasting kan veroorzaken die met wetenschappelijke zekerheid moet worden uitgesloten.

Gezien de reeds overbelaste stikstofsituatie (zie ook de uiteenzetting onder het eerste middel) is het evident dat bijkomende stikstofdeposities van een dergelijk omvangrijk project als Project One een verslechtering van de situatie kunnen veroorzaken die een barrière vormen voor de instandhoudingsdoelstellingen, waardoor de SBZ in voorkomend geval niet langer onder categorie 1a respectievelijk 1b zou ressorteren.

Volgens vaste rechtspraak van de Nederlandse Raad van State (in lijn met de rechtspraak van de Raad voor Vergunningsbetwistingen en het Europese Hof van Justitie) is elke toename van stikstofdepositie, hoe klein dan ook, in gebieden waar de kritische depositiewaarde reeds overschreden wordt, te veel en kan dit tot een betekenisvolle aantasting van de natuurkenmerken van speciale beschermingszones leiden. Vaste rechtspraak van de Belgische Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak bevestigt dat wanneer de habitattypen en beschermde soorten in de betrokken speciale beschermingszones zich niet in een goede staat van instandhouding bevinden, elke ingreep, hoe gering ook, die een achteruitgang van de huidige toestand betekent,

significant is. Volgens de vigerende rechtsleer impliceert dit dat wanneer een speciale beschermingszone reeds overbelast is gelet op de overschrijding van de KDW, elke bijkomende stikstofdepositie waardoor de natuurwaarden achteruitgaan, een betekenisvolle aantasting kan veroorzaken die met wetenschappelijke zekerheid moet worden uitgesloten.

Hoewel de depositie van "Project One" naar eigen zeggen "klein" is (quod non), houdt dit immers een stijging in van de huidige depositie die voor bepaalde habitattypes en soorten reeds de KDW overstijgt. Dit is de essentie voor Noord-Brabant: een reeds overbelast gebied kan in beginsel geen bijkomende depositie verdragen, hoe klein of groot ook, tenzij er robuust en concreet wetenschappelijk bewijs is van het tegendeel. Project One kan de instandhoudingsdoelstellingen van de "Brabantse Wal" zonder enige twijfel in het gedrang brengen en de aanvrager moet in dit geval de gebeurlijke significante effecten met wetenschappelijke zekerheid uitsluiten.

Desondanks werd de betekenisvolle aantasting van de natuurkenmerken van SBZ "Brabantse Wal" niet met voldoende wetenschappelijke zekerheid uitgesloten, nu hiertoe geen toereikende passende beoordeling voorligt bij gebreke aan individuele beoordeling *in concreto* (zie ook eerder onder het eerste middel). Er ligt tot op heden geen wetenschappelijk bewijs voor dat de (gebeurlijk kleine) depositietoenames de instandhoudingsdoelstellingen van de beschermde planten- en diersoorten in de reeds overbelaste Noord-Brabantse habitatgebieden niet in gevaar brengen en een betekenisvolle aantasting van het voormeld gebied bijgevolg wordt uitgesloten.

Het is daarom onbegrijpelijk dat verzoekende partij beweert dat het Bestreden Arrest onterecht een verklaring aan de PAS-gebiedsanalyse zou geven door te stellen dat deze *"[aan]geeft dat stikstof nu en in de toekomst (jaar 2030) een probleem vormt voor het halen van de instandhoudingsdoelstellingen van de habitattypes H2310, H2330, H3160 en H4030"*, des te meer nu Noord-Brabant (als expert en bevoegde overheid ter zake voor SBZ "Brabantse Wal") dit in haar verzoekschrift tot vernietiging en haar wederantwoordnota aan de Raad voor Vergunningsbetwistingen zo nader heeft verduidelijkt.

Immers, staan de provincie Noord-Brabant, de Gedeputeerde Staten van de provincie Noord-Brabant en de leidend ambtenaar van de OMWB in voor de vrijwaring, instandhouding en bescherming van de "Brabantse Wal" als Natura 2000-gebied. De Gedeputeerde Staten van de provincie Noord-Brabant zijn hierbij het aangewezen bevoegde gezag wanneer het gaat om het bewaken en vrijwaren van de kwaliteit van Natura 2000-gebied "Brabantse Wal". Via de Gedeputeerde Staten (het bestuursorgaan van de publiekrechtelijke rechtspersoon provincie Noord-Brabant die echter geen aparte rechtspersoonlijkheid heeft), ziet de provincie Noord-Brabant erop toe dat instandhoudingsmaatregelen als bedoeld in (onder meer) artikel 6, eerste lid, van de Habitatrichtlijn worden getroffen die nodig zijn voor Natura 2000-gebieden die zich op haar grondgebied bevinden, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen voor de onderscheiden gebieden. Ook dragen de Gedeputeerde Staten er zorg voor dat in hun provincie passende maatregelen als bedoeld in artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn worden getroffen die

nodig zijn voor Natura 2000-gebieden, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen voor de onderscheiden gebieden.⁴¹

De publiekrechtelijke rechtspersoon provincie Noord-Brabant, de Gedeputeerde Staten (met name het bestuursorgaan van de publiekrechtelijke rechtspersoon provincie Noord-Brabant) en de Leidend ambtenaar van de Omgevingsdienst zijn naar Nederlands recht precies bevoegd voor de bescherming van SBZ "Brabantse Wal", en de interne én externe adviesverlening in dit verband. Het is ook precies een van de redenen dat de OMWB bestaat, met name (o.m.) om vergunningsaanvragen te beoordelen in het licht van de bescherming van en instandhoudingsdoelstellingen voor de Natura 2000-gebieden en hierover te adviseren conform hun beschermingstaken.

Er is geen reden om te twijfelen dat de verduidelijking die Noord-Brabant als expert en bevoegde overheid ter zake bij de PAS-gebiedsanalyse geeft, juist is en de Raad voor Vergunningsbetwistingen hierop aansluitend de juiste verklaring hieraan toeschrijft.

In de vernietigingsprocedure voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft Noord-Brabant aan de hand van kaarten uit de PAS-gebiedsanalyse "Brabantse Wal" van 2017 overigens ook reeds uiteengezet dat ook in 2030 nog steeds sprake zal zijn van een overbelaste situatie en tegen 2030 de overbelasting dient te zijn weggenomen om landelijk een gunstige staat van instandhouding te kunnen bereiken.

(Stukken 9, 14 en 15)

Ten overvloede, heeft Noord-Brabant voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen ook uiteengezet dat er nieuwe Natuurdoelanalyses van de staat van instandhouding van een groot aantal Natura 2000-gebieden in Nederland zouden komen, waaronder voor SBZ "Brabantse Wal".

(Stuk 15)

De nieuwe natuurdoelanalyse kadert in de Nederlandse Wet Stikstofreductie en Natuurverbetering (2021), die voorziet in de opmaak van een Programma Stikstofreductie en Natuurverbetering (PSN) met doelstellingen voor de vermindering van stikstofdepositie op stikstofgevoelige habitats in Natura 2000-gebieden en het bereiken van de instandhoudingsdoelstellingen ervan. In de natuurdoelanalyse wordt ecologisch beoordeeld of de te verwachten stikstofreductie voor SBZ 'Brabantse Wal' in samenhang met de natuurherstelmaatregelen leidt tot bereik van de instandhoudingsdoelstellingen, worden per instandhoudingsdoel en voor het gebied als geheel knelpunten beschreven en wordt richting gegeven aan de uitwerking van aanvullende (natuurherstel)maatregelen.

(Stuk 29)

Het doel van de natuurdoelanalyses is om te beoordelen of de in het Programma Stikstofreductie en Natuurverbetering opgenomen maatregelen in samenhang met andere maatregelen leiden tot het realiseren van (de condities voor) instandhoudingsdoelen voor stikstofgevoelige habitattypen

⁴¹ Conform artikel 1.12 van de Nederlandse Wet natuurbescherming, zijnde de Wet van 16 december 2015, houdende regels ter bescherming van de natuur ("Wnb").

en soorten voor het betreffende Natura 2000-gebied, en of aanvullende maatregelen nodig zijn. (Stuk 29)

Voor alle gebieden werd in de volledige natuurdoelanalyses verder onderzocht wat nodig is om instandhoudingsdoelstellingen te realiseren.

De resultaten van de quick scan gaven een eerste voorlopige inschatting van de opgave voor stikstofreductie en natuurherstel.

Dit heeft geresulteerd in een lijst van habitattypen en leefgebieden (van soorten van de Vogel- en Habitatrichtlijn) waar, met het oog op de drukfactor stikstof, lastig effectgerichte natuurherstelmaatregelen (om een goede kwaliteit te realiseren) voor kunnen worden uitgevoerd. (Stuk 29)

Uit de urgentielijst blijkt dat voor alle bovenvermelde overbelaste habitattypes die op SBZ "Brabantse Wal" voorkomen, een daling van stikstofdepositie urgent of zeer urgent is om duurzaam herstel te realiseren.

Stuk 29, p. 3

Code	Naam	Mate van overschrijding	Herstelbaarheid	Urgentie daling N-depositie	Opmerkingen
2130A	Grijze duinen (kalkrijk)	gering	tamelijk goed	urgent (<KDW 2030)	in 2025 <20% overbelast
2130B	Grijze duinen (kalkarm)	medium	matig	zeer urgent (<KDW 2025)	
2130C	Grijze duinen (heischraal)	medium	matig	zeer urgent (<KDW 2025)	
2150	Duinheide met struikheide	gering	tamelijk goed	urgent (<KDW 2030)	
2180A	Duinbossen (droog)	medium/ gering	onbekend	zeer urgent (<KDW 2025)	variant overig (o) in 2030 <20% overbelast en in 2019 met overbelasting gering; variant berken-eikenbos (be) overbelasting medium
2180C	Duinbossen (binnenduinstrand)	gering	onbekend	urgent (<KDW 2030)	in 2025 <20% overbelast
2190A-om	Vochtige duinvalleien (open water), oligo- tot mesotrofe variant	gering	tamelijk goed (vgl. 3130)	urgent (<KDW 2030)	in 2025 <20% overbelast; meeste H2190A betreft de (matig) eutrofe variant (e)
2310	Stuifzandheide met struikheide	medium	matig	zeer urgent (<KDW 2025)	
2320	Binnenlandse kraaiheidebegroeiingen	gering	onbekend	urgent (<KDW 2030)	in 2030 <20% overbelast
2330	Zandverstuivingen	medium	slecht	zeer urgent (<KDW 2025)	mate van overschrijding medium (niet hoog)
3110	Zeer zwak gebufferde vennen	medium	matig	zeer urgent (<KDW 2025)	
3130	Zwak gebufferde vennen	hoog	tamelijk goed	urgent (<KDW 2030)	incl. L3130
3140-hz	Kranswierwateren, variant op hogere zandgronden	hoog	tamelijk goed (vgl. 3130)	urgent (<KDW 2030)	vrijwel alle 3140 betreft de variant in laagveengebieden (lv) of in afgesloten zeearmen (az)
3160	Zure vennen	hoog	matig	zeer urgent (<KDW 2025)	
4010A	Vochtige heide (hogere zandgronden)	gering	tamelijk goed	urgent (<KDW 2030)	in 2025 <20% overbelast; incl. L4010A
4010B	Vochtige heiden (laagveen)	medium	tamelijk goed	urgent (<KDW 2030)	
4030	Droge heiden	medium	matig	zeer urgent (<KDW 2025)	in 2030 <20% overbelast; incl. L4030

Op gebiedsniveau concludeert de quick scan dat de urgentie voor SBZ “Brabantse Wal” inderdaad aan de orde is.

De classificatie als ‘urgent’ of ‘zeer urgent’ betekent dat voor eind 2025 respectievelijk eind 2030 de overbelasting dient te zijn weggenomen om landelijk een gunstige staat van instandhouding te kunnen bereiken.

Op basis van de resultaten van de quick scan staat buiten kijf dat de toestand van SBZ “Brabantse Wal” erbarmelijk slecht is en de stikstofdepositie (zeer) urgent moet dalen om een gunstige staat van instandhouding te kunnen bereiken.

In het Bestreden Arrest heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen de uiteenzetting van Noord-Brabant hierover als volgt samengevat:

Stuk 1, p. 17

De verwerende en tussenkomende partij trekken volgens de verzoekende partijen een verkeerde conclusie uit de classificatie van de habitattypes als categorie 1a en 1b in het kader van de ecologische beoordeling. Hoewel de instandhoudingsdoelstellingen van deze types gehaald kunnen worden, staat het niet vast dat deze doelstelling ook zonder twijfel gehaald zullen worden bij gewijzigde omstandigheden. Ze wijzen er in dit kader nog op dat er binnenkort nieuwe Natuurdoelanalyses van de staat van instandhouding van de speciale beschermingszone komen. **Uit de resultaten van een quick scan blijkt alvast dat voor alle overbelaste habitattypes een daling van de stikstofdepositie urgent of zeer urgent is om duurzaam herstel te realiseren. Het staat dus buiten kijf dat de toestand van de speciale beschermingszone slecht is en de stikstofdeposities urgent moeten dalen. De verzoekende partijen vinden de stikstofdeposities van Project One daar niet mee verzoenbaar.**

Het is evident dat stikstofdeposities van een dergelijk omvangrijk project als Project One een zware impact kan hebben en ook de recentste data tonen aan dat er urgente actie nodig is en dat de situatie van instandhouding niet in gunstige zin verder aan het evolueren is. Als men beweert dat de situatie binnen enkele jaren in gunstige zin gekeerd zal (kunnen) zijn, dan is dat niet zeer realistisch en in strijd met de voormelde stavingsstukken.

Na publicatie van de nieuwe natuurdoelanalyse “Brabantse Wal” van 27 februari 2023, heeft Noord-Brabant de Raad voor Vergunningsbetwistingen hierover ingelicht per schrijven van 17 april 2023.

(Stukken 31 en 33)

Zoals eveneens uiteengezet in het schrijven van 17 april 2023 aan de Raad voor Vergunningsbetwistingen, laat de nieuwe Natuurdoelanalyse “Brabantse Wal” van 27 februari 2023 laat een nog verslechterd beeld van de natuur zien, hetgeen in de provincie Noord-Brabant zelf tot een voorlopige vergunningstop voor aanvragen met stikstofeffecten op Natura 2000-gebieden heeft geleid. Uit de recente natuurdoelanalyse is namelijk duidelijk geworden dat de

Europese natuurdoelen met de huidige maatregelen niet kunnen worden behaald. Het bestuursorgaan van de publiekrechtelijke rechtspersoon van de provincie Noord-Brabant, de Gedeputeerde Staten, heeft de Omgevingsdienst Brabant Noord en de gemeenten ingelicht dat de voorlopige vergunningstop geldt totdat de benodigde aanvullende maatregelen geborgd en de effecten ervan voldoende zeker zijn.

(Stukken 33, 36 en 37)

Voor het merendeel van de aanwezige habitattypen (H2310 Stuifzandheiden met struikheide, H2330 Zandverstuivingen, H3130 Zwakgebufferde vennen, H3160 Zure vennen, H4010A Vochtige heiden, H4030 Droge heiden en H7150 Pioniervegetaties met snavelbiezen) en habitatsoorten in SBZ 'Brabantse Wal' wordt geconcludeerd dat de verslechtering niet wordt voorkomen en het instandhoudingsdoel niet binnen bereik is.⁴² Concreet wordt voor beide aanwezige habitatsoorten (H1166 Kamsalamander en H1831 Drijvende waterweegbree) en voor 4 van de 6 aanwezige broedvogelsoorten (A004 Dodaars, A008 Geoorde fuut, A072 Wespindief en A236 Zwarte specht) geconcludeerd tot een verslechtering van de staat van instandhouding en tot een ontwikkeling met toenemende afstand tot het instandhoudingsdoel.⁴³ Voor het merendeel wordt vervolgens geconcludeerd dat uit de ecologische beoordeling van het pakket maatregelen blijkt dat met de vastgestelde maatregelen verdere verslechtering niet uit te sluiten valt en stikstof een beperkende factor is.⁴⁴

In zoverre verzoekende partij in haar cassatieberoep van 18 augustus 2023 bijgevolg schrijft dat *"de passende beoordeling [...] de staat van instandhouding van de Brabantse Wal aan de hand van de PAS-gebiedsanalyse "Brabantse Wal" (128) van 15 december 2017 [omschrijft]"* en zij hieruit afleidt dat er wetenschappelijke gezien redelijkerwijze geen twijfel bestaat dat de instandhoudingsdoelstellingen voor deze habitattypes en soorten op termijn (kunnen) worden gehaald, dient te worden opgemerkt dat zij zélf verklaringen aan de PAS-gebiedsanalyse toeschrijft die deze niet bevat. Opnieuw gaat het om een feitenappreciatie, die niet in cassatie opnieuw kan worden overgedaan. Verzoekende partij slaagt er volstrekt niet in om aan te tonen dat de beoordeling van de Raad als kennelijk onredelijk moet worden aanzien.

2.2.b. De Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft de wetenschappelijke onderbouwing van de passende beoordeling juist gelezen

2.2.b.i. De beweerde drie centrale wetenschappelijke argumenten van de passende beoordeling

98. Volgens verzoekende partij schrijft het Bestreden Arrest onterecht de verklaring aan de voorliggende passende beoordeling toe dat deze *"[...] onbetwistbaar [steunt] op de vaststelling dat de gemodelleerde deposities zich op alle habitats [...] onder de drempelwaarde van 0,3 kg N/ha/j [bevinden]"* en *"in essentie louter doorslaggevend de Duitse drempelwaarde (Abschneidekriterium) van 300 gram hanteert, die in Duitsland geldt en aanvaard is"*.

⁴² Zie pagina 159 Natuurdoelanalyse Brabantse Wal [128] van 27 februari 2023 (stuk 31).

⁴³ Zie pagina 152-154 Natuurdoelanalyse Brabantse Wal [128] van 27 februari 2023 (stuk 31)

⁴⁴ Zie pagina 159 Natuurdoelanalyse Brabantse Wal [128] van 27 februari 2023 (stuk 31)

Volgens verzoekende partij is de passende beoordeling van de effecten in zowel de aanleg- als exploitatiefase gebaseerd op drie centrale wetenschappelijke argumenten, met name 1) een analytische meetfout van 5%-10% voor het bepalen van actuele deposities, 2) jaarlijkse variaties in natte depositie ten gevolge van verschillen in neerslag, en 3) een wetenschappelijk onderbouwde de minimis-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar waaronder geen effecten van deposities waargenomen kunnen worden.

De argumentatie van verzoekende partij kan niet worden gevolgd.

99. Vooreerst herinnert Noord-Brabant eraan dat de ontoereikende passende beoordeling van in den beginne de kern van haar bezorgdheid heeft uitgemaakt.
(Stukken 8, 11, 14 en 15)

Artikel 36ter van het Natuurdecreet vereist dat de vergunningverlenende overheid op een concrete en individuele wijze, aan de hand van de specifieke kenmerken/effecten van het project en de specifieke milieukenmerken en -omstandigheden van de betrokken speciale beschermingszone motiveert waarom betekenisvolle effecten voor de natuurlijke kenmerken van de SBZ uitgesloten zijn, waarbij noodzakelijkerwijs de instandhoudingsdoelstellingen moeten worden betrokken en waarbij ook gebeurlijke cumulatieve effecten moeten worden onderzocht.

Artikel 36ter, lid 3 Natuurdecreet luidt als volgt (eigen nadruk):

“§ 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.

[...]”

In haar recente advies van 2 oktober 2023 heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving nog benadrukt dat een passende beoordeling een concrete, individuele beoordeling moet inhouden, die geen leemten vertoont en een volledige, nauwkeurige en definitieve constatering en conclusies bevat die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van de plannen of projecten voor van het betrokken beschermde gebied wegnemen.

(Stuk 25)

Volgens ondertussen vaste rechtspraak van de Raad voor Vergunningsbetwistingen kan een loutere verwijzing naar *de minimis*-drempels en de mechanische toepassing ervan niet volstaan en is een onderzoek *in concreto* naar de effecten op Habitatrichtlijngebied noodzakelijk en moet met voldoende wetenschappelijke zekerheid ieder significant gevolg voor de natuurlijke kenmerken van de SBZ worden uitgesloten.

(Stukken 12, 22 en 23)

Van de beweerdde drie centrale wetenschappelijke argumenten, waarop de passende beoordeling volgens verzoeken partij steunt, heeft enkel de *de minimis*-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar betrekking op de effecten van de deposities. De andere beweerdde argumenten hebben louter betrekking op de meetbaarheid en detecteerbaarheid van de deposities, maar onderzoeken de (al dan niet betekenisvolle) effecten van die (beweerdde) niet-detecteerbare en niet-meetbare deposities niet.

In haar cassatieberoep van 18 augustus 2023 vat verzoekende partij de drie argumenten zelf samen als volgt (eigen nadruk):

“Deze wetenschappelijke onderbouwing bestaat samengevat uit drie kernpunten die elk even belangrijk zijn en op zichzelf gelden:

1) Voor het bepalen van actuele deposities geldt een analytische meetfout van 5%-10%. Rekening houdend met de gemiddelde actuele depositie in de Brabantse Wal van 24,8 kg N/ha/jaar³⁰, komt dat neer op een meetfout van 1,24 kg N/ha/jaar tot 2,48 kg N/ha/jaar.

De depositiebijdrage van Project One valt weg tegen de omvang van de achtergronddepositie en de natuurlijke fluctuaties die daarin jaarlijks kunnen optreden. Dit leidt tot de wetenschappelijk onderbouwde conclusie dat de extreem lage stikstofdepositie van Project One in de praktijk ter plaatse niet kan worden gedetecteerd. De deposities van Project One veroorzaken dan ook geen ecologisch betekenisvolle effecten op de Brabantse Wal;

(2) Er zijn jaarlijkse variaties in natte depositie ten gevolge van verschillen in neerslag, en die variaties lopen op tot 10% ten opzichte van de gemiddelde achtergrondconcentratie, hetgeen neerkomt op jaarlijkse fluctuaties tussen 0,98 kg/ha/jaar en 4,9 kg/ha/jaar.

Deze variaties worden vervolgens vergeleken met de maximale depositie van Project One in de exploitatiefase (0,12 kg N/ha/jaar). De natuurlijke fluctuatie in de werkelijke stikstofdepositie is van een orde van grootte die vele malen (10x tot 300x) groter is dan de depositiebijdrage van Project One (STUK 4, p. 11-18).

Om die redenen kan de depositie van Project One niet worden onderscheiden van de omvang van de variaties in depositie veroorzaakt door veranderingen in meteorologische omstandigheden en kan deze ecologisch niet betekenisvol zijn. Er is daarom wetenschappelijk gezien geen verband tussen de deposities van Project One en de concentraties in de Brabantse Wal, en de deposities van Project One veroorzaken geen ecologisch betekenisvolle effecten op de Brabantse Wal;

(3) Het Project-MER hanteert een wetenschappelijk onderbouwde de minimis-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar waaronder geen meetbare en aantoonbare effecten zijn. Deze is gebaseerd op verschillende wetenschappelijke bronnen (STUK 4, p.

11-20 t.e.m. 11-21, titel 11.2.4.8). De gemodelleerde deposities in de Brabantse Wal blijven ver onder deze de minimis-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar.”

Hieruit wordt duidelijk dat de twee eerste wetenschappelijke argumenten de niet-meetbaarheid van de deposities dienen te onderbouwen en louter het derde argument de niet-aantoonbaarheid van de effecten.

De Raad voor Vergunningsbetwistingen stelt dus terecht dat de passende beoordeling inzichtelijk moet maken *“wat de gevolgen zijn van de berekende en gemodelleerde depositietoenames, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen voor onder meer het Natura 2000-gebied Brabantse Wal. Op basis van de beoordeling moet inzichtelijk zijn dat de berekende depositietoenames de natuurlijke kenmerken van dit gebied niet aantasten.* (eigen nadruk)”
(Stuk 1)

De Raad voor Vergunningsbetwistingen oordeelt vervolgens dan ook terecht dat aan het feit dat de deposities minder dan 0,3 kg N/ha/J bedragen de conclusie wordt gekoppeld dat ze niet tot meetbare en aantoonbare effecten leiden en dat door cijfermatig en voor heel het Natura 2000-gebied in zijn algemeenheid te toetsen aan een minimumdrempel van aantoonbare effecten, de passende beoordeling niet voldoende rekening houdt met de instandhoudingsdoelen, het aanwezige areaal en de kwaliteit van de natuurwaarden, de specifieke milieukeurmerken en de reeds bestaande milieudrukken in het gebied. Van een individuele beoordeling *in concreto* naar de effecten op SBZ “Brabantse Wal” is geen sprake.

Hierbij heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen inderdaad aangevuld dat *“[o]ok het eindbesluit”*, (het begin van deze zin heeft verzoekende partij vakkundig geschrapt), *“in de passende beoordeling [onbetwistbaar] steunt op de vaststelling dat de gemodelleerde deposities zich op alle habitats bevinden onder de drempelwaarde van 0,3 kg N/ha/J, zodat een betekenisvolle aantasting uitgesloten is”* en deze Duitse drempelwaarde doorslaggevend was om de effecten op de aanwezige habitattypes te beoordelen.
(Stuk 1)

Als we het eindbesluit van de passende beoordeling erbij nemen, blijkt inderdaad dat een belangrijke rol aan de drempelwaarde van 0,3 kg N/ha/J wordt gegeven om te besluiten dat geen betekenisvolle effecten worden verwacht (eigen nadruk).

De passende beoordeling besluit onder punt 11.10.4.4:

“ ...

Op basis van de berekende stikstofdeposities met het AERIUS-model kan besloten worden dat de bijkomende stikstofdeposities afkomstig van emissies tijdens de aanleg- en exploitatiefase, ter hoogte van de Nederlandse Natura 2000-gebieden Brabantse Wal, Westerschelde en Saeftinghe en Oosterschelde laag zijn ten opzichte van de Kritische Depositiewaarden van de habitats in deze gebieden. Dit zal op het terrein niet merkbaar, noch meetbaar zijn. Depositiewaarden beneden 0,3 kg N/ha.j zijn immers niet meetbaar of detecteerbaar.

Aanlegfase

Tijdens de aanlegfase zijn de depositiewaarden beneden 0,3 kg N/ha.j en bijgevolg niet meetbaar of detecteerbaar.

- Brabantse Wal: max. bijkomende stikstofdepositie: hoogste bijkomende N depositie minder dan 0,014 kg N/ha.j
- Westerschelde en Saeftinghe: hoogste percentage bijkomende N depositie minder dan 0,014 kg N/ha.j

Exploitatiefase

Tijdens de exploitatiefase zijn de depositiewaarden beneden 0,3 kg N/ha.j en bijgevolg niet meetbaar of detecteerbaar. Er zijn geen wetenschappelijk aantoonbare gevolgen.

- Brabantse Wal: max. bijkomende stikstofdepositie: hoogste bijkomende N depositie minder dan 0,12 kg N/ha.j
- Westerschelde en Saeftinghe: hoogste bijkomende N depositie 0,02 kg N/ha.j

Er kan bijgevolg besloten worden dat de stikstofdeposities niet zullen leiden tot een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van beide Habitatrichtlijngebieden en dus het bereiken van de instandhoudingsdoelstellingen van de aangemelde en tot doel gestelde habitats en soorten die erin leven. Ook ten aanzien van de Bijlage IV soorten wordt geen betekenisvolle aantasting verwacht.

In zoverre verzoekende partij tot slot beweert dat de Raad voor Vergunningsbetwistingen zou stellen dat de passende beoordeling “uitsluitend” zou gebaseerd zijn op de *de minimis*-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar en abstractie zou hebben gemaakt van de twee andere wetenschappelijke argumenten, leest men dit arrest te selectief en alleszins incorrect. In werkelijkheid betreffen de eerste twee argumenten de (beweerde) niet-detecteerbaarheid van de stikstofdeposities en heeft enkel het derde argument aangaande de drempelwaarde van 0,3 kg N/ha/jaar betrekking op de beoordeling van de effecten van de stikstofdeposities op SBZ “Brabantse Wal”. De door verzoekende partij ingeroepen omstandigheden dat (i) er voor het bepalen van actuele deposities een analytische meetfout van 5%-10% geldt en (ii) er jaarlijkse variaties in natte depositie ten gevolge van verschillen in neerslag zijn, en die variaties lopen op tot 10% ten opzichte van de gemiddelde achtergrondconcentratie, sluiten niet uit dat de berekende depositietoenames de natuurlijke kenmerken van de Brabantse Wal aantasten en zij dus onvoldoende om te concluderen dat de depositiebijdrage van Project One geen betekenisvolle effecten kan hebben.

2.2.b.ii. De wetenschappelijke onderbouwing van de de minimis-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar

100. Volgens verzoekende partij zou de Raad voor Vergunningsbetwistingen abstractie hebben gemaakt van de wetenschappelijke onderbouwing van de *de minimis*-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar door te stellen dat de passende beoordeling *“in essentie louter doorslaggevend de Duitse drempelwaarde (Abschneidekriterium) van 300 gram hanteert, die in Duitsland geldt en aanvaard is”*

Verzoekende partij kan vooreerst bezwaarlijk beweren dat abstractie zou zijn gemaakt van de wetenschappelijke onderbouwing van de drempelwaarde van 0,3 kg N/ha/jaar, nu zij onder het eerste middel nog de vermelding van het advies over de toepassing van de drempelwaarde vanwege INBO bekritiseert, waarmee de Raad voor Vergunningsbetwistingen *precies* wijst op de kritiek op de wetenschappelijke waarde van deze drempelwaarde.

Overigens geeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen in het Bestreden Arrest het standpunt van verzoekende partij (in de vernietigingsprocedure de tussenkomende partij) met daarin de (volgens de verzoekende partij) wetenschappelijke onderbouwing van de drempelwaarde weer. (Stuk 1)

101. Bovendien betreft dit louter een opmerking ten overvloede en maakt dit geen zelfstandige vernietigingsgrond uit, en betreft de essentie van de beoordeling door de Raad voor Vergunningsbetwistingen dat deze drempelwaarde *automatisch* werd toegepast en er geen individueel onderzoek *in concreto* werd uitgevoerd. (Stuk 1)

De Vernietigde beslissing werd met name niet vernietigd omdat gebruik zou zijn gemaakt van een Duitse drempelwaarde die in Vlaanderen geen juridische verankering kent, maar wel omdat een *automatische* toepassing van deze minimumdrempel van aantoonbare effecten is gemaakt om significante effecten uit te sluiten, zonder hierbij de instandhoudingsdoelen, het aanwezige areaal en de kwaliteit van de natuurwaarden, de specifieke milieukeurmerken en de reeds bestaande milieudrukken in het gebied in rekening te nemen.

Opnieuw: de essentie is dat volgens de Raad voor Vergunningsbetwistingen geen automatische toepassing mag worden gemaakt van de minimumdrempels en er telkenmale een individuele beoordeling *in concreto* moet worden gemaakt. (Stukken 1, 12, 22 en 23)

102. Verzoekende partij probeert verder nog te verdedigen dat de drempelwaarde van 0,3 kg N/ha/jaar geen drempel betreft om effecten niet passend te beoordelen, maar deze wel een wetenschappelijk onderbouwde hoeveelheid betreft waaronder de depositietoename bij alle habitats niet leidt tot meetbare of observeerbare veranderingen of aantastingen, en bijgevolg geen betekenisvolle effecten veroorzaakt.

Het Instituut voor Natuur en Bosonderzoek (INBO) stelt net het hanteren van deze absolute drempelwaarde in Vlaanderen wetenschappelijk ernstig in vraag. In zijn advies geeft het instituut aan dat de relaties tussen de omvang van de stikstofdepositie en de soortenrijkdom en

samenstelling van de habitatwaardige vegetatie, niet toelaten om een ondergrens aan te duiden van bijkomende stikstofdepositie die zich gedurende vele jaren zal voordoen, waaronder ecologische effecten uitgesloten kunnen worden.

(Stuk 32)

Dat de drempelwaarde volgens Ineos gebaseerd is op (Duitse en andere) wetenschappelijke bronnen, doet dus geen afbreuk aan het feit dat de wetenschappelijke waarde van de / een drempelwaarde nog steeds in vraag wordt gesteld en dat er minstens twijfel blijft bestaan over de ondergrens van niet-aantoonbare effecten (hetgeen volgens INBO aldus niet kan). En bij twijfel moeten significante effecten aldus met wetenschappelijke zekerheid worden uitgesloten.

In zoverre verzoekende partij de wetenschappelijke onderbouwing van de passende beoordeling dus tracht te verdedigen door te stellen dat een depositietoename onder de drempel van 0,3 kg N/ha/jaar geen meetbare effecten zou veroorzaken, wordt de wetenschappelijke waarde hiervan ernstig in vraag gesteld door het Instituut voor Natuur en Bosonderzoek. Overigens kan deze drempel geenszins worden ingebed of afgeleid uit de Habitatrichtlijn of de omzettingwetgeving, wel integendeel.

Voor de goede orde en volledigheidshalve benadrukt Noord-Brabant dat los van de wetenschappelijke discussie over de / een drempelwaarde, het zo blijft dat telkenmale een individuele beoordeling *in concreto* moet worden uitgevoerd, die gebeurlijke significante effecten met wetenschappelijke zekerheid uitsluit, a fortiori in overbelaste gebieden met overschrijding van de KDW en dit rekening houdend met de situatie ter plaatse en de concrete instandhoudingsdoelstellingen. Deze oefening is niet gemaakt, noch door de aanvrager, noch door de vergunningverlenende overheid.

103. In zoverre verzoekende partij meent dat het INBO-advies geen onderdeel uitmaakte van het debat, merkt Noord-Brabant in hoofdorde op dat dit advies publiek raadpleegbaar is op www.vlaanderen.be/inbo/publicaties en bijgevolg deel uitmaakt van de algemene kennis.

Om niet onnodig in herhaling te vallen, verwijst Noord-Brabant op dit punt naar de uiteenzetting hierboven onder het eerste middel, tweede onderdeel.

104. In zoverre Uw Raad voorgaande niet zou volgen, merkt Noord-Brabant in ondergeschikte orde op dat voorgaande een motivering ten overvloede en dus een overtoellig motief uitmaakt.

De Raad voor Vergunningsbetwistingen is immers zonder de vermelding van het INBO-advies reeds tot de conclusie gekomen dat er geen individuele beoordeling *in concreto* is gebeurd, maar louter een automatische toepassing van drempelwaarden (zie ook eerder).

(Stuk 1)

Ook indien het INBO-advies buiten beschouwing wordt gelaten, heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen wettig de Vernietigde beslissing vernietigd vanwege het gebrek aan een toereikende passende beoordeling die een individuele beoordeling *in concreto* moet omvatten.

Het Bestreden Arrest op dit punt casseren zou om deze reden enkel een ongerechtvaardigde dilatoire uitwerking krijgen, nu de Raad zijn beoordeling in het Bestreden Arrest perfect alleen kan steunen op het ontbreken van een individuele beoordeling *in concreto*.

105. Wat betreft de beweerde verenigbaarheid van de wetenschappelijk onderbouwde hoeveelheid (de ondergrens van 0,3 kg N/ha/j) met de rechtspraak van het Hof van Justitie die stelt dat de passende beoordeling elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van de plannen of projecten voor het betrokken beschermde gebied moet wegnemen, herhaalt Noord-Brabant dat verzoekende partij de definities van de ecologische scores 1a en 1b verkeerd heeft geïnterpreteerd en *in casu* niet elke redelijke wetenschappelijke twijfel is weggenomen. (Stuk 9, 14 en 15)

Om niet onnodig in herhaling te vallen, verwijst Noord-Brabant naar hetgeen hierover onder het eerste middel werd uiteengezet.

Zoals hierboven onder het tweede middel reeds uiteengezet, blijft de wetenschappelijke waarde van de ondergrens van 0,3 kg N/ha/j bovendien betwist en blijft aldus twijfel en onzekerheid heersen. Nu de wetenschappelijke onderbouwing toch nog in vraag wordt gesteld, is het gebruik ervan in dit opzicht niet verenigbaar met de rechtspraak van het Hof van Justitie in zoverre zij stelt dat de passende beoordeling elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van de plannen of projecten voor het betrokken beschermde gebied moet wegnemen.

2.2.b.iii. De Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft de Vernietigde beslissing juist gelezen

106. Volgens verzoekende partij schrijft het Bestreden Arrest aan de Vernietigde beslissing de verklaring toe dat deze *“evenmin afdoende [is]” “[i]n de mate dat de Vernietigde beslissing al gelezen zou kunnen worden als het overnemen en bijtreden van de bevindingen van de passende beoordeling”*, terwijl de Vernietigde Beslissing een geldige motivering door verwijzing bevat naar de conclusie van de passende beoordeling en alle uitgebrachte adviezen én de goedkeuringsbeslissing van Team M.e.r. bijvalt.

In haar cassatieberoep van 18 augustus 2023 neemt verzoekende partij volgende passage uit het Bestreden Arrest over:

“[...] Hoewel het aanvraagdossier een passende beoordeling bevat, is enige inhoudelijke beoordeling daarvan niet in de beslissing terug te vinden. [...]

In de mate dat de Vernietigde beslissing al gelezen zou kunnen worden als het overnemen en bijtreden van de bevindingen in de passende beoordeling, is ze evenmin afdoende. De enige verwijzing naar de passende beoordeling luidt dat onder punt 11.10.4.4 van het project-MER wordt geconcludeerd dat “er geen meetbare of detecteerbare bijkomende depositiebijdrage van het voorliggende project op Natura 2000-gebieden in Nederland voorkomt”.”

Verzoekende partij meent met name dat het Bestreden Arrest onjuist zou stellen dat de Vernietigde beslissing onvoldoende naar de bevindingen van de passende beoordeling zou verwijzen.

Verzoekende partij vult vervolgens de “volle” 2 passages uit de Vernietigde beslissing aan, waaruit zou blijken dat het Vlaamse Gewest de bevindingen van de passende beoordeling wel in aanmerking zou hebben genomen.

Het gaat met name om volgende twee passages:

- Volgens verzoekende partij zou de Vernietigde beslissing op pagina 110 de methodiek uit de passende beoordeling valideren door te besluiten dat de conclusie inzake de achtergrondconcentratie van het AERIUS-model concordeert met de conclusie in de passende beoordeling onder hoofdstuk 11.10 van de project-MER.

Bij nazicht van pagina 110 van de Vernietigde beslissing, merkt Noord-Brabant op dat de Vernietigde beslissing opnieuw in het bijzonder naar de conclusie uit 11.10.4.4 van de project-MER verwijst, *“waar wordt gesteld dat er geen meetbare of detecteerbare bijkomende depositiebijdrage van het voorliggend project op Natura 2000-gebieden in Nederland voorkomt”* (eigen nadruk).

Stuk 1, p. 110

Om al bovenstaande redenen kan besloten worden dat de bijdrage van voorliggend project tot de stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden in Nederland, reeds vervat zit in de depositiehoeveelheden die met het AERIUS-model berekend werden, en dat er op basis van de momenteel internationaal beschikbare en gevalideerde emissiegegevens en -prognoses geen sprake is van een aantoonbare bijkomende depositiebijdrage van voorliggend project op Natura 2000-gebieden in Nederland, noch in het heden op datum van vergunning, noch bij de vooropgestelde ingebruikname van de installatie in 2025, noch bij prognoses voor het zichtjaar 2030. Deze conclusie concordeert met de conclusie in de passende beoordeling onder hoofdstuk 11.10 (zie o.a. onder **11.10.4.4**) van het project-MER, waar wordt gesteld dat er geen meetbare of detecteerbare bijkomende depositiebijdrage van het voorliggende project op Natura 2000-gebieden in Nederland voorkomt.

Dit is in lijn met de passage uit het Bestreden Arrest, waarin de Raad voor Vergunningsbetwistingen stelt dat de *“enige verwijzing naar de passende beoordeling luidt dat onder punt 11.10.4.4 van het project-MER wordt geconcludeerd dat “er geen meetbare of detecteerbare bijkomende depositiebijdrage van het voorliggende project op Natura 2000-gebieden in Nederland voorkomt.””*

Voormelde aanvulling van verzoekende partij betreft in essentie dus dezelfde overweging.

- Verzoekende partij verwijst daarnaast naar volgende passage op pagina 106 van de Vernietigde beslissing:

“De effecten van de projectgeïntegreerde toepassing (SCR-Denox-installatie op 8 schoorstenen in functie van reductie van de NOx-emissie (scenario B)) werden in het MER doorgerekend en de resultaten werden meegenomen in de effectbespreking en beoordeling. Het is de combinatie van zowel de NOx- als de NH3-emissies die het totaal van de depositie van N naar de omgeving bepaalt en waarop de conclusie door de MER-deskundige is gebaseerd. Het project-MER concludeert met voldoende wetenschappelijke zekerheid dat de impact verwaarloosbaar is.”

Verzoekende partij kan bezwaarlijk menen dat deze beperkte toevoeging kan worden gelezen als het overnemen en bijtreden van de bevindingen in de passende beoordeling, minstens niet op afdoende wijze.

107. Na haar twee aanvullingen maakt verzoekende partij gebruik van de louter woordelijke verwijzing naar hoofdstuk 11.10 op pagina 110 in de Vernietigde beslissing, om hieraan een beweerdelijke verwijzing naar de volledige titel 11.10.4.2 te koppelen, waarin volgens verzoekende partij de wetenschappelijke argumenten van de passende beoordeling op de gemodelleerde deposities wordt toegepast.

Vooreerst moet worden verduidelijkt dat de Vernietigde beslissing doelde op de conclusies uit titel 11.10.4.4, waarvan de Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft gesteld dat de Vernietigde beslissing de bevinding dat *“er geen meetbare of detecteerbare bijkomende depositiebijdrage van het voorliggende project op Natura 2000-gebieden in Nederland voorkomt”* heeft overgenomen (eigen nadruk).

Stuk 2, p. 110

Om al bovenstaande redenen kan besloten worden dat de bijdrage van voorliggend project tot de stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden in Nederland, reeds vervat zit in de depositiehoeveelheden die met het AERIUS-model berekend werden, en dat er op basis van de momenteel internationaal beschikbare en gevalideerde emissiegegevens en -prognoses geen sprake is van een aantoonbare bijkomende depositiebijdrage van voorliggend project op Natura 2000-gebieden in Nederland, noch in het heden op datum van vergunning, noch bij de vooropgestelde ingebruikname van de installatie in 2025, noch bij prognoses voor het zichtjaar 2030. Deze conclusie concordeert met de conclusie in de passende beoordeling onder hoofdstuk 11.10 (zie o.a. onder **11.10.4.4 van het project-MER**, waar wordt gesteld dat er geen meetbare of detecteerbare bijkomende depositiebijdrage van het voorliggende project op Natura 2000-gebieden in Nederland voorkomt.

Uit voorgaande volgt duidelijk dat de Vernietigde beslissing louter verwijst naar de conclusies van de passende beoordeling (met name *“dat er geen meetbare of detecteerbare bijkomende depositiebijdrage van het voorliggende project op Natura 2000-gebieden in Nederland voorkomt”*, niet naar de uiteenzetting en toepassing van de drie wetenschappelijke argumenten.

Volgens het Bestreden Arrest⁴⁵ moet hieruit dus worden begrepen dat de Vernietigde beslissing zich hiermee *hoogstens* de conclusie van de passende beoordeling wilde bijtreden, niet de volledige uiteenzetting van de wetenschappelijke onderbouwing.

108. Vervolgens wijst verzoekende partij op het gegeven dat de Vernietigde beslissing de uitgebrachte adviezen en de goedkeuringsbeslissing van Team Mer, die de wetenschappelijke

⁴⁵ “ *In de mate dat de bestreden beslissing al gelezen zou kunnen worden als het overnemen en bijtreden van de bevindingen in de passende beoordeling, is ze evenmin afdoende. De enige verwijzing naar de passende beoordeling luidt dat onder punt 11.10.4.4 van het project-MER wordt geconcludeerd dat “er geen meetbare of detecteerbare bijkomende depositiebijdrage van het voorliggende project op Natura 2000-gebieden in Nederland voorkomt”.*”

onderbouwing van de project-MER goedgekeurd zouden hebben, zou hebben bijgetreden en dit een rechtsgeldige motivering door verwijzing zou uitmaken.

Verzoekende partij gaat vervolgens concreet in op de adviezen van ANB, Team Mer en de GOVC.

In zoverre de Vernietigde beslissing naar de adviezen van ANB, AGOP, GOVC en Team Mer verwijst die de passende beoordeling gunstig adviseren en de Vernietigde beslissing op basis daarvan de passende beoordeling zou hebben "gevalideerd", benadrukt Noord-Brabant dat zij allen eveneens naar de 1%-drempelwaarde verwijzen om tot de deugdelijkheid van de passende beoordeling te besluiten en dit volgens het Bestreden Arrest niet volstaat om te spreken van een individuele beoordeling *in concreto*.

Noord-Brabant bespreekt hieronder in het bijzonder het goedkeuringsverslag van 3 november 2021 van de project-MER door Team Mer.

Het goedkeuringsverslag van 3 november 2021 luidt als volgt (eigen nadruk)

Stuk 2

2.5. Toetsing aan artikel 4.3.8 §2, 5° DABM

Het project-MER werd afgetoetst aan de adviezen en opmerkingen van de bevoegde autoriteiten naar aanleiding van de informatie-uitwissing in kader van het grensoverschrijdend effecten. Onder meer volgende overwegingen speelden een rol bij de toetsing:

- De Nederlandse omgevingsdiensten Midden- & West-Brabant en Zeeland gaan niet akkoord met de conclusies dat er geen aanzienlijk negatieve effecten te verwachten zijn ten gevolge van bijkomende stikstofdepositie. In het MER werd echter aangetoond dat er meerdere wetenschappelijke bronnen zijn die een ondergrens van 0,3 kg N/ha.j aangeven als ondergrens voor een meetbaar effect op het habitat als gevolg van bijkomende stikstofdepositie. Dat betekent dat deposities lager dan 0,3 kg N/ha.j wetenschappelijk niet relevant, noch betekenisvol kunnen zijn. 0,3 kg N/ha.j werd hierbij als veilige waarde gebruikt, daar pas vanaf 0,5 kg N/ha.j effecten werden gezien. De verwachte jaarlijkse emissies van Project One aan NO_x en NH₃, bedragen respectievelijk 167 ton en 18 ton. Via gecertificeerde meetapparatuur op elk van de schoorstenen, zullen deze emissies continu gemonitord worden. Gebruik makend van gevalideerde modellen is de verspreiding van deze stikstofemissies van Project One naar de omgeving berekend. De bijdrage (in absolute cijfers, over aanlegfase en exploitatiefase) op de verschillende locaties waar zich beschermde habitattypes bevinden, varieert van 0,010 kg N/ha.j tot maximaal 0,20 kg N/ha.j. De verwachte bijdrage van Project One aan de N-depositie op de habitattypes in het studiegebied bedraagt 0,2 kg N/ha.j en ligt dus onder de drempelwaarde waarboven een meetbaar effect mogelijk is. De berekende procentuele bijdrage van Project One ten opzichte van de kritische depositiewaarde ligt voor alle habitattypes onder 1% en voor een groot deel

zelfs onder 0,33%. Bijgevolg kan er op basis van de bovenstaande wetenschappelijke referenties, in geen enkel habitatype in het studiegebied een meetbaar effect van de bijdrage in stikstofdepositie van Project One aangetoond worden.

Op basis van bovenstaande analyse van de ontvangen informatie, concludeert het Team Mer dat de ontvangen informatie geen aanleiding geeft tot aanpassing van het project-MER en de informatie geen aanleiding geeft tot andere conclusies inzake milieueffecten.

De redenering van Team Mer kan als volgt worden samengevat:

- 1) Op basis van wetenschappelijke bronnen zou er sprake zijn van een ondergrens van 0,3 kg N/ha.j als ondergrens voor een meetbaar effect op het habitat als gevolg van een bijkomende stikstofdepositie;
- 2) Deposities lager dan deze ondergrens van 0,3 kg N/ha.j zouden “wetenschappelijk niet relevant, noch betekenisvol” kunnen zijn;
- 3) De bijdrage op de verschillende locaties waar zich beschermde habitattypes bevinden zou variëren van 0,010 kg N/ha. j tot maximaal 0,20 kg N/ha.j;
- 4) Nu de verwachte bijdrage van het project aan de N-depositie op de habitattypes in het studiegebied zo’n 0,2 kg N/ha.j zou bedragen (en dus onder de voormelde ondergrens blijft) zou er dus geen sprake kunnen zijn van een meetbaar effect.

Het Team Mer besluit hieruit dat de procentuele bijdrage van het project ten opzichte van de KDW voor alle habitattypes onder 1% blijft en er bijgevolg geen meetbaar effect van de bijdrage aan stikstofdeposities worden aangetoond.

Gezien Team Mer de de minimis-drempel 0,3 kg N/ha.j als ondergrens voor een meetbaar effect op het habitat als gevolg van een bijkomende stikstofdepositie hanteert, kan haar motivering evenmin overtuigen, aangezien (i) dit regelrecht ingaat tegen de Ministeriële instructie die deze ondergrens als absoluut maximum hanteert en de de minimis-drempel in werkelijkheid maximaal 1% van de bijdrage van de KDW van het gevoeligste habitatype in de omgeving betreft en (ii) het gebruik van deze de minimis-drempelwaarde niet langer aangewezen is gelet op het tweede stikstofarrest van 27 oktober 2022 waarin de Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft geoordeeld dat NOx-emissies op dezelfde manier als ammoniakemissies naar effecten op SBZ's moeten worden beoordeeld en de Ministeriële instructie het verder gebruik van de de minimis-drempelwaarde precies op basis van dit onderscheid tracht te verantwoorden.

109. In zoverre verzoekende partij tot slot verwijst naar de weerlegging van de beroepsargumenten van de provincies Noord-Brabant en Zeeland in de Vernietigde beslissing, merkt Noord-Brabant op dat het Vlaamse Gewest louter besloot dat *“[d]eze conclusie concordeert met de conclusie in de passende beoordeling onder hoofdstuk 11.10 (zie o.a. onder 11.10.4.4) van het project-MER, waar wordt gesteld dat er geen meetbare of detecteerbare bijkomende depositiebijdrage van het voorliggende project op Natura 2000-gebieden in Nederland voorkomt”*. Met andere woorden: opnieuw met de loutere conclusie uit 11.1.4.4. dat *“er geen meetbare of detecteerbare bijkomende depositiebijdrage van het voorliggende project op Natura 2000-gebieden in Nederland voorkomt”*.

De conclusie van de weerlegging van de motivering van de beroepsargumenten heeft voorts ook geen uitstaans met de voorliggende passende beoordeling voor “Project One”, maar wel met de meer algemene bewering dat de bijdrage van de stikstofemissies van Vlaanderen reeds vervat in de achtergrondconcentratie van het Aerius-model zou zitten.

(Stuk 2)

110. Ondergeschikt, zelfs in zoverre de Vernietigde beslissing al zou kunnen gelezen worden als het overnemen en bijtreden van de bevindingen van de passende beoordeling, wijst Noord-Brabant erop dat de Vernietigde beslissing alleszins niet zorgvuldig heeft onderzocht of de passende beoordeling wel toereikend was (quod non).

De Vernietigde beslissing gaat immers uit van de 1%-drempelwaarde uit de Ministeriële stikstofinstructie van 2 mei 2021 en vertrekt vanuit de verkeerde redenering dat er voldoende wetenschappelijke zekerheid voorligt dat er geen significante effecten zullen optreden, gezien de deposities niet hoger zullen zijn dan 1% van de KDW van de betrokken habitats.

Stuk 2, p. 105

De berekende procentuele bijdrage van Project One ten opzichte van de kritische depositiewaarde (KDW) ligt voor alle habitattypes onder 1% en voor een groot deel zelfs onder 0,33%. Overeenkomstig de hoger aangehaalde argumentatie zal doordat de deposities niet hoger zullen zijn dan 1% van de KDW van de betrokken habitats er geen significant effect optreden. Er ligt derhalve een voldoende wetenschappelijke zekerheid voor dat er geen significante effecten zullen optreden en een aantasting van de natuurlijke kenmerken dus is uitgesloten. Deze conclusie geldt zowel voor de deposities ingevolge de NOx-emissies als ingevolge de NH₃-emissies. De toepassing

En stuk 2, p. 109-110

Om al bovenstaande redenen kan besloten worden dat de bijdrage van voorliggend project tot de stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden in Nederland, reeds vervat zit in de depositiehoeveelheden die met het AERIUS-model berekend werden, en dat er op basis van de momenteel internationaal beschikbare en gevalideerde emissiegegevens en -prognoses geen sprake is van een aantoonbare bijkomende depositiebijdrage van voorliggend project op Natura 2000-gebieden in Nederland, noch in het heden op datum van vergunning, noch bij de vooropgestelde ingebruikname van de installatie in 2025, noch bij prognoses voor het zichtjaar 2030. Deze conclusie concordeert met de conclusie in de passende beoordeling onder hoofdstuk 11.10 (zie o.a. onder 11.10.4.4) van het project-MER, waar wordt gesteld dat er geen meetbare of detecteerbare bijkomende depositiebijdrage van het voorliggende project op Natura 2000-gebieden in Nederland voorkomt.

Er kan bijgevolg besloten worden dat het project niet zal resulteren in een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van de habitatrictlijngebieden in Nederland en dus het bereiken van de instandhoudingsdoelstellingen van de aangemelde en tot doel gestelde habitats en soorten die erin leven. Ook ten aanzien van de Bijlage IV soorten (soorten van communautair belang die strikt moeten worden beschermd) wordt geen betekenisvolle aantasting verwacht.

Aangezien een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken en instandhoudingsdoelstellingen van SBZ “Brabantse Wal” aannemelijk is, minstens het tegendeel niet met wetenschappelijke zekerheid door de aanvrager is uitgesloten, is een passende beoordeling die louter stelt dat het in kwestie gaat om “een niet-detecteerbare” bijdrage, onwettig, minstens ontoereikend (zie ook eerder). Had de Vlaamse Regering had aldus de passende beoordeling aldus zorgvuldig verzocht, had zij de aanvraag moeten weigeren.

In zoverre de Vernietigde beslissing naar de adviezen van ANB, AGOP, GOVC en Team Mer verwijst die de passende beoordeling gunstig adviseren en de Vernietigde beslissing op basis daarvan de passende beoordeling zou hebben “gevalideerd”, benadrukt Noord-Brabant dat de vergunningverlener ertoe gehouden is om de adviezen te controleren op hun deugdelijkheid. Nu zij allen ook naar de 1%-drempelwaarde verwijzen, had de Vlaamse Regering moeten opmerken dat de adviezen niet deugdelijk waren.

Nu de Vernietigde beslissing de vergunningverlening stoelt op de 1%-minimumdrempel en het klaarblijkelijke gebrek aan meetbare of detecteerbare bijkomende depositiebijdrage van het voorliggende project op de Natura 2000-gebieden in Nederland (zie ook eerder, in het bijzonder

de herhaaldelijke loutere verwijzing naar de conclusies onder Titel 11.10.4.4 van de passende beoordeling), is de motivering van de Vernietigde beslissing evenmin zorgvuldig.

111. Het tweede middel is dan ook ongegrond.

IV. DERDE MIDDEL

1. Samenvatting van het derde middel in het cassatieberoep van verzoekende partij

112. In haar cassatieberoep van 18 augustus 2023 vat verzoekende partij het derde middel zelf samen als volgt:

“Het derde middel wordt genomen uit een schending van artikel 149 van de Grondwet, artikel 32, lid 2 en artikel 34, §2, lid 2 van het DBRC-decreet,

Doordat het Bestreden Arrest stelt dat de PAS-gebiedsanalyse “Brabantse Wal” (128) van 15 december 2017 (de “PAS-gebiedsanalyse”) “aan[geeft] dat stikstof nu en in de toekomst (jaar 2030) een probleem vormt voor het halen van de instandhoudingsdoelstellingen van de habitattypes H2310, H2330, H3160 en H4030”,

En doordat het Bestreden Arrest stelt dat de passende beoordeling “[...] onbetwistbaar [steunt] op de vaststelling dat de gemodelleerde deposities zich op alle habitats [...] onder de drempelwaarde van 0,3 kg N/ha/j [bevinden]” en “in essentie louter doorslaggevend de Duitse drempelwaarde (Abschneidekriterium) van 300 gram hanteert, die in Duitsland geldt en aanvaard is”,

En doordat het Bestreden Arrest stelt dat de passende beoordeling zich door het gebruik van de wetenschappelijk onderbouwde de minimis-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar niet zou onderscheiden van een voortoets,

En doordat het Bestreden Arrest het ondergeschikte verzoek van verzoekende partij tot het toepassen van de bestuurlijke lus volledig onbeantwoord laat,

En doordat het Bestreden Arrest op tegenstrijdige wijze motiveert dat, enerzijds, de passende beoordeling niet op grond van de Ministeriële Instructie of een programmatische aanpak beoordeeld mag worden, maar dat, anderzijds, diezelfde passende beoordeling niet toereikend is omdat deze een methodiek hanteert die niet verenigbaar zou zijn met diezelfde programmatische aanpak,

Terwijl verzoekende partij in haar schriftelijke uiteenzetting beargumenteerd had dat de PAS-gebiedsanalyse door middel van de ecologische beoordelingen 1a en 1b onmiskenbaar aantoont dat er wetenschappelijk gezien redelijkerwijze geen twijfel bestaat dat de instandhoudingsdoelstellingen voor deze habitattypes en soorten op termijn gehaald (kunnen) worden,

En terwijl verzoekende partij in haar schriftelijke uiteenzetting beargumenteerd had dat de passende beoordeling ook steunt op (1) een analytische meetfout van 5%-10% voor

het bepalen van actuele deposities en (2) de jaarlijkse variaties in natte deposities ten gevolge van neerslag die oplopen tot 10% van de gemiddelde achtergrondconcentratie,

En terwijl verzoekende partij in haar schriftelijke uiteenzetting verzocht had om toepassing te maken van de bestuurlijke lus,

*En terwijl verzoekende partij in haar schriftelijke uiteenzetting geargumenteed had dat de in de passende beoordeling gehanteerde, wetenschappelijk onderbouwde de *minimis*-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar géén drempel betreft om effecten niet passend te beoordelen, maar wel een wetenschappelijk onderbouwde waarde waaronder de depositietoename bij alle habitats en leefgebieden niet leidt tot meetbare of observeerbare veranderingen of aantastingen, en bijgevolg geen betekenisvolle effecten veroorzaakt,*

En terwijl artikel 149 van de Grondwet bepaalt dat elk vonnis met reden omkleed moet zijn, en de rechter duidelijk en ondubbelzinnig de redengeving dient uiteen te zetten die hem ertoe brengt de beslissing te nemen,

En terwijl artikel 32, lid 2 van het DBRC-decreet bepaalt dat elk arrest van een Vlaams bestuursrechtcollege met redenen omkleed wordt,

En terwijl artikel 34, §2, lid 2 van het DBRC-decreet de Raad voor Vergunningsbetwistingen oplegt om een beslissing te nemen over de toepassing van de bestuurlijke lus nadat alle partijen een schriftelijk standpunt hierover kenbaar hebben kunnen maken, en dit door middel van een tussenuitspraak,

Zodat het Bestreden Arrest de in het middel aangehaalde bepalingen schendt."

2. Standpunt van eerste verwerende partijen

2.1. SAMENVATTING VAN HET STANDPUNT VAN EERSTE VERWERENDE PARTIJEN

113. Uit de PAS-gebiedsanalyse blijkt duidelijk dat de KDW van de Brabantse Wal reeds overschreden is en stikstofdepositie een barrière vormt voor de instandhoudingsdoelstellingen. De Raad voor Vergunningsbetwistingen verwijst meerdere keren naar de PAS-gebiedsanalyse (128) "Brabantse Wal" om haar beoordeling te motiveren, waardoor deze bij wijze van motivering door verwijzing afdoende is gemotiveerd.

114. De eerste twee argumenten van de wetenschappelijke onderbouwing van de passende beoordeling hebben louter betrekking op de berekening van de depositiebijdrage, enkel het derde argument heeft betrekking op de beoordeling van de *effecten* van die berekende depositiebijdrage. De Raad voor Vergunningsbetwistingen kon terecht concluderen dat de *de minimis*-drempel inderdaad doorslaggevend is geweest om te besluiten dat de stikstofdeposities geen aantoonbare effecten zal genereren. Overigens wordt deze ondergrens wetenschappelijk in vraag gesteld.

115. Verzoekende partij had verzocht om de bestuurlijke lus maar toe te passen voor zover de Raad voor Vergunningsbetwistingen "*van oordeel zou zijn dat de Bestreden Beslissing aangetast*

is door een onwettigheid die betrekking heeft op andere argumenten dan de (niet-betwiste) inhoud van het Project-MER en de passende beoordeling (zoals de verwijzingen die de Bestreden Beslissing maakt naar de Ministeriële Instructie en het modelmatig-technisch argument dat verwerende partij in de motivering uitwerkte)."

De Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft vervolgens *precies* omwille van de automatische toepassing van de minimumdrempels en het gebrek aan individuele beoordeling *in concreto* in de passende beoordeling, de Vernietigde beslissing vernietigd nu zij door de ontoereikende passende beoordeling met een onwettigheid is behept.

Nu verzoekende partij louter heeft verzocht om de bestuurlijke lus maar toe te passen in zoverre de Raad voor Vergunningsbetwistingen van oordeel zou zijn dat de Vernietigde Beslissing aangetast is door een onwettigheid die betrekking heeft op andere argumenten dan de inhoud van de Project-MER en de passende beoordeling, kan de bestuurlijke lus niet worden toegepast nu het Bestreden Arrest *precies* heeft geoordeeld dat de passende beoordeling niet 'passend' is in de zin van artikel 36ter, §3 Natuurdecreet en voldoet aan de vereisten die het Hof van Justitie vooropstelt en de onwettigheid dus *precies* betrekking heeft op de inhoud van de project-MER en de passende beoordeling.

116. Ten overvloede kan de ontoereikende passende beoordeling niet in graad van beroep worden hersteld en is de Vernietigde beslissing *precies* omwille van de ontoereikende passende beoordeling behept met een onwettigheid, waardoor de bestuurlijke lus alleszins niet kan worden toegepast en het ondergeschikt verzoek van verzoekende partij hiertoe (voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen de tussenkomen partij) alleszins niet kan worden ingewilligd. Cassatie van het Bestreden Arrest op dit punt zou dan ook enkel dilatoir werken.

117. De motiveringsplicht impliceert dat een beslissing moet worden gedragen door rechtens verantwoorde motieven die kunnen blijken uit de beslissing zelf en reikt niet zo ver dat elk afzonderlijk onderdeel van een beroepschrift of ander proceduristuk moet worden weerlegd. In casu heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen helder uiteengezet op grond van welke motieven zij de Vernietigde beslissing heeft vernietigd, waarvan de automatische toepassing van de 1%-drempelwaarde in de Vernietigde beslissing en de betwiste *de minimis*-drempel 0,3 kg N/ha/jaar de kern uitmaken.

118. Het Bestreden Arrest is niet tegenstrijdig nu de betreffende passage op pagina 26-27 niet stelt dat de passende beoordeling niet op grond van de Ministeriële Instructie of een programmatische aanpak beoordeeld mag worden, maar wel dat de drempelwaarden uit de Ministeriële instructie niet "routinematig en achteloos" mag worden toegepast en bij de beoordeling niet mag vooruitgelopen worden op het toekomstig regelgevend kader van een definitieve programmatische aanpak stikstof. Er is integendeel nood aan een voldoende individuele benadering van de betekenisvolle effecten.

2.2. UITEENZETTING VAN HET STANDPUNT VAN EERSTE VERWERENDE PARTIJEN

2.2.a. Wat betreft de PAS-gebiedsanalyse

119. Verzoekende partij meent dat het Bestreden Arrest geen antwoord biedt op haar voornaamste verweer, met name dat *“PAS-gebiedsanalyse, opgemaakt en goedgekeurd door eerste verwerende partijen zelf en tot nader nog steeds de enige geldende PAS-gebiedsanalyse, toont door middel van de ecologische beoordelingen 1a en 1b namelijk onmiskenbaar aan dat er wetenschappelijk gezien redelijkerwijze geen twijfel bestaat dat de instandhoudingsdoelstellingen voor deze habitattypes en soorten op termijn gehaald (kunnen) worden.”*

Verzoekende partij verwijst naar volgende passages uit het Bestreden Arrest om deze bewering te staven:

Stuk 1, p. 22-23

“Wat betreft de stikstofdepositie in de Brabantse Wal en de invloed daarvan op de instandhoudingsdoelstellingen, werd een PAS-gebiedsanalyse opgemaakt. De gebiedsanalyse geeft aan dat de habitattypen H2310, H2330, H3130, H3160, H4010A stikstofgevoelige habitattypes zijn. De analyse geeft verder aan dat stikstof nu en in de toekomst (jaar 2030) een probleem vormt voor het halen van de instandhoudingsdoelstellingen van de habitattypes H2310, H2330, H3160 en H4030. Voor het habitatype H3130 wordt aangegeven dat de verzuring en vermesting een van de knelpunten vormt, er ook in 2030 een zware overbelasting zal zijn en stikstof nu en in de toekomst een probleem vormt voor het halen van de instandhoudingsdoelstellingen. Bij de analyse van het habitatype H4010A staat vermeld dat de stikstofdepositie, samen met verdroging leidt tot vergrassing met het pijpenstrootje. Bij de bespreking van het habitatype H4030 wijst de gebiedsanalyse de stikstofdepositie aan als ‘het belangrijkste knelpunt’ met een sterke verbossing en vergrassing en het wegblijven van doelsoorten tot gevolg.”

[...]

“[D]e PAS-gebiedsanalyse geeft verder aan dat stikstof nu en in de toekomst (jaar 2030) een probleem vormt voor het halen van de instandhoudingsdoelstellingen van de habitattypes H2310, H2330, H3160 en H4030”.

Zoals verzoekende partij zelf in haar cassatieberoep van 18 augustus 2023 heeft aangegeven, kan een motivering ook bestaan uit een motivering door verwijzing, op voorwaarde dat de inhoud van de stukken waarnaar wordt verwezen aan de betrokkene ter kennis zijn gebracht, de desbetreffende stukken zelf afdoende gemotiveerd zijn en niet tegenstrijdig zijn, en de stukken in de uiteindelijke beslissing worden bijgevallen door de beslissende overheid.⁴⁶

De Raad voor Vergunningsbetwistingen verwijst meerdere keren naar de PAS-gebiedsanalyse (128) “Brabantse Wal” om haar beoordeling te motiveren, waardoor deze bij wijze van motivering

⁴⁶ Zie o.a. RvS 29 augustus 2018, nr. 242.231, *bvba Mera-Claeys*.

door verwijzing afdoende is gemotiveerd.
(Stuk 1)

Zoals Noord-Brabant uitvoerig in haar verzoekschrift tot vernietiging en haar wederantwoordnota voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft uiteengezet, blijkt uit de PAS-gebiedsanalyse duidelijk dat de KDW van de Brabantse Wal reeds overschreden is en stikstofdepositie een barrière vormt voor de realisatie van de instandhoudingsdoelstellingen.
(Stukken 9, 14 en 15)

In het bijzonder heeft Noord-Brabant, expert en bevoegde overheid ter zake voor de bescherming en instandhouding van SBZ Brabantse Wal, de ecologische scores 1a en 1b nader verklaard en verduidelijkt dat deze definitie enkel bevestigt dat de instandhoudingsdoelstellingen *kunnen* worden gehaald. 'Kunnen' is echter niet hetzelfde als 'zullen' en 'redelijkerwijs geen twijfel' geenszins hetzelfde als 'geen twijfel' dat de instandhoudingsdoelstellingen zullen worden behaald. Gewijzigde omstandigheden kunnen ertoe leiden dat de doelstellingen alsnog niet worden gehaald.

120. Om niet onnodig in herhaling te vallen, verwijst Noord-Brabant voor zover als nodig naar wat reeds onder het eerste en tweede middel werd uiteengezet, hetgeen ten behoeve van de uiteenzetting onder het derde middel als integraal hernomen moet worden beschouwd.

2.2.b. Wat betreft de wetenschappelijke onderbouwing van de passende beoordeling

121. Ook onder het derde middel probeert verzoekende partij Uw Raad ervan te overtuigen dat geen rekening werd gehouden met de "*andere*" twee wetenschappelijke argumenten, met name (1) de analytische meetfout van 5-10% en (2) de jaarlijkse variaties in natte depositie ten gevolge van verschillen in neerslag die tot 10% kunnen oplopen. Verzoekende partij bekritiseert dat de Raad voor Vergunningsbetwistingen enkel op de toepassing van (3) de (Duitse) drempelwaarde van 0,3 kg N/ha/jaar zou steunen.

122. Zoals hierboven reeds uitvoerig uiteengezet, hebben de eerste twee argumenten louter betrekking op de berekening van de depositiebijdrage en heeft in werkelijkheid enkel het derde argument betrekking op de beoordeling van de *effecten* van die berekende depositiebijdrage.

Ook werd reeds uitvoerig uiteengezet dat de Raad voor Vergunningsbetwistingen terecht kon concluderen dat de *de minimis*-drempel inderdaad doorslaggevend is geweest om te besluiten dat de stikstofdeposities geen aantoonbare effecten zal genereren.

Tot slot heeft Noord-Brabant hierboven ook reeds gewezen op het feit dat de drempelwaarde van 0,3 kg N/ha/jaar wetenschappelijk, in zoverre Uw Raad al zou oordelen dat dit geen drempel maar een wetenschappelijk onderbouwde waarde zou betreffen (*quod non*) ernstig in vraag wordt gesteld.

Om niet onnodig in herhaling te vallen, verwijst Noord-Brabant op dit punt naar hetgeen hierboven reeds uitvoerig werd uiteengezet.

2.2.c. Wat betreft het verzoek tot het toepassen van de bestuurlijke lus

123. In haar cassatieberoep van 18 augustus 2023 stelt verzoekende partij dat zij de Raad voor Vergunningsbetwistingen in haar schriftelijke uiteenzetting verzocht had om in ondergeschikte orde toepassing te maken van de bestuurlijke lus uit hoofde van artikel 34 DBRC-decreet, en dit – wederom – omwille van het manifest gebrek aan kritiek vanwege Noord-Brabant op de wetenschappelijke onderbouwing van de passende beoordeling.

124. Vooreerst wijst Noord-Brabant erop dat de kritiek op de wetenschappelijke onderbouwing van de passende beoordeling, met name het gebrek daaraan, *precies* de essentie uitmaakt van de eerdere procedures voor de Vlaamse Regering in laatste aanleg en de Raad voor Vergunningsbetwistingen. Hierbij heeft zij uitgebreid uiteengezet dat de automatische toepassing van de minimumdrempels uit de Ministeriële instructie niet kan volstaan als individuele beoordeling *in concreto* en dat het gebruik van de drempelwaarde van 0,3 kg N/ha/jaar zelfs regelrecht ingaat tegen de Ministeriële instructie die bepaalt dat voormelde drempelwaarde een absoluut maximum is en de drempelwaarde in werkelijkheid 1% van de KDW van het gevoeligste habitatype in de omgeving is (de Ministerie instructie geeft zelf het volgende voorbeeld: 1% van de KDW van 6 kg N ha⁻¹ j⁻¹ bedraagt 0,06 kg N ha⁻¹ j⁻¹, wat beduidend minder is dan de drempelwaarde van 0,3 kg N ha⁻¹ j⁻¹).

(Stukken 14 en 15)

In zoverre verzoekende partij opnieuw beweert dat Noord-Brabant nooit kritiek op de wetenschappelijke onderbouwing van de passende beoordeling zou hebben geuit, verwijst Noord-Brabant naar wat zij hierover eerder in haar wederantwoordnota heeft uiteengezet.

(Stukken 14 en 15)

Het is onbegrijpelijk dat verzoekende partij opnieuw beweert dat Noord-Brabant geen kritiek zou leveren op de in de project-MER wetenschappelijk onderbouwde *de minimis*-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar, nu het gebrek aan wetenschappelijke zekerheid de precieze aanleiding voor het vernietigingsberoep voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft gevormd en Noord-Brabant meermaals doorheen haar verzoekschrift tot vernietiging (en ten overvloede in haar wederantwoordnota) benadrukken dat de verwijzing naar minimumdrempels niet kan volstaan en een onderzoek *in concreto* vereist is.

(Stukken 14 en 15)

125. Wat specifiek de toepassing van de bestuurlijke lus betreft, heeft verzoekende partij in haar cassatieberoep van 18 augustus 2023 de integrale passage uit haar schriftelijke uiteenzetting overgenomen, met name (eigen nadruk):

“136.

Krachtens artikel 34, §1 DBRC-decreet kan Uw Raad, wanneer hij vaststelt dat hij de Vernietigde Beslissing om reden van een onwettigheid (zijnde een strijdigheid met een geschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel die kan leiden tot vernietiging van de Vernietigde beslissing, maar die zou kunnen worden hersteld) moet vernietigen, de verwerende partij de mogelijkheid bieden om met een herstelbeslissing de onwettigheid in de Vernietigde Beslissing te herstellen of te laten herstellen. Deze herstel­mogelijkheid is gekend als de bestuurlijke lus.

Het komt aan de Raad toe om vrij te oordelen of in het kader van een concrete procedure de toepassing van de bestuurlijke lus bijdraagt tot een efficiënte en finale geschillenbeslechting binnen een redelijke termijn, en dit nadat alle partijen de mogelijkheid hebben gehad hun standpunt over het gebruik ervan kenbaar te maken.⁴⁷

137.

Verzoekers bekritisieren in de drie opgeworpen middelen op geen enkele wijze de wetenschappelijke kwaliteit van de passende beoordeling voor Project ONE, en laten in het bijzonder na om enige kritiek te uiten op de in het Project-MER gehanteerde, wetenschappelijk onderbouwde de minimis-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar.

De kritiek van verzoekers betreft telkens de verwijzingen die de Vernietigde Beslissing maakt naar de Ministeriële Instructie en het modelmatig-technisch argument dat verwerende partij in de motivering uitwerkte. Zij zien daarbij over het hoofd dat de Bestreden Beslissing niet enkel op deze aspecten gebaseerd is, maar eveneens bij het Project-MER en de daarin opgenomen, wetenschappelijk onderbouwde de minimis-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar.

In zoverre Uw Raad derhalve van oordeel zou zijn dat de Bestreden Beslissing aangetast is door een onwettigheid die betrekking heeft op andere argumenten dan de (niet-betwiste) inhoud van het Project-MER en de passende beoordeling (zoals de verwijzingen die de Bestreden Beslissing maakt naar de Ministeriële Instructie en het modelmatig-technisch argument dat verwerende partij in de motivering uitwerkte), verzoekt tussenkomende partij Uw Raad om toepassing te maken van de bestuurlijke lus.

In een dergelijk geval kan verwerende partij deze onwettigheid namelijk perfect rechtzetten door de motivering van de Bestreden Beslissing aan te passen en op nog uitdrukkelijkere wijze aan te sluiten bij het Project-MER en de adviezen die dit Project-MER, met inbegrip van de passende beoordeling, goedkeurden.”

126. Verzoekende partij had met andere woorden verzocht om de bestuurlijke lus maar toe te passen voor zover de Raad voor Vergunningsbetwistingen “*van oordeel zou zijn dat de Bestreden Beslissing aangetast is door een onwettigheid die betrekking heeft op andere argumenten dan de (niet-betwiste) inhoud van het Project-MER en de passende beoordeling (zoals de verwijzingen die de Bestreden Beslissing maakt naar de Ministeriële Instructie en het modelmatig-technisch argument dat verwerende partij in de motivering uitwerkte).*”

Noord-Brabant heeft al meermaals, zowel in huidige memorie van antwoord voor Uw Raad als in haar verzoekschrift tot vernietiging en wederantwoordnota voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen, haar bezwaren bij de wetenschappelijke methodiek van en het gebrek aan individuele beoordeling *in concreto* in de passende beoordeling uiteengezet. Het is klaar en duidelijk dat dit de essentie van huidige en de eerdere procedures uitmaakt.

⁴⁷ RvWb 10 februari 2022, nr. RvWb-A-2122-0449.

Nadat zij had uiteengezet dat de Vernietigde beslissing inderdaad automatisch toepassing van de 1%-minimumdrempel had gemaakt, heeft zij in titel 1.5 'De passende beoordeling' (Stuk 1, p. 27 e.v.) vervolgens beoordeeld of het voorgenomen project wel onderworpen werd aan een beoordeling die 'passend' is in de zin van artikel 36ter, §3 Natuurdecreet en voldoet aan de vereisten die het Hof van Justitie vooropstelt.

De Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft vervolgens *precies* omwille van de automatische toepassing van de minimumdrempels en het gebrek aan individuele beoordeling *in concreto* in de passende beoordeling, de Vernietigde beslissing vernietigd nu zij door de ontoereikende passende beoordeling met een onwettigheid is behept.

(Stuk 1)

Nu verzoekende partij louter heeft verzocht om de bestuurlijke lus maar toe te passen in zoverre de Raad voor Vergunningsbetwistingen van oordeel zou zijn dat de Vernietigde Beslissing aangetast is door een onwettigheid die betrekking heeft op andere argumenten dan de inhoud van de Project-MER en de passende beoordeling, kan de bestuurlijke lus niet worden toegepast nu het Bestreden Arrest *precies* heeft geoordeeld dat de passende beoordeling niet 'passend' is in de zin van artikel 36ter, §3 Natuurdecreet en voldoet aan de vereisten die het Hof van Justitie vooropstelt en de onwettigheid dus *precies* betrekking heeft op de inhoud van de project-MER en de passende beoordeling.

127. Ten overvloede, wijst Noord-Brabant er volledigheidshalve op dat de passende beoordeling in graad van beroep niet kan worden hersteld.

Volgens vast rechtspraak van Uw Raad moet een passende beoordeling van in den beginne deel uitmaken van het aanvraagdossier en mag deze niet later na het openbaar onderzoek nog worden aangevuld.⁴⁸ Nu de ontoereikende passende beoordeling niet kan worden hersteld, is de Vernietigde beslissing alleszins behept met een onwettigheid die niet in een herstelbeslissing kan worden hersteld.

Krachtens artikel 34, §1 DBRC-decreet is de toepassing van de bestuurlijke lus enkel mogelijk, indien de Vernietigde Beslissing de onwettigheid (zijnde een strijdigheid met een geschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel die kan leiden tot vernietiging van de Vernietigde beslissing, maar die zou kunnen worden hersteld) in een herstelbeslissing kan worden hersteld.

Nu de ontoereikende passende beoordeling niet in graad van beroep kan worden hersteld en de Vernietigde beslissing *precies* omwille van de ontoereikende passende beoordeling behept is met een onwettigheid, kan de bestuurlijke lus alleszins niet worden toegepast en kan het ondergeschikt verzoek van verzoekende partij hiertoe (voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen de tussenkomende partij) alleszins niet worden ingewilligd.

⁴⁸ RvS, nr. 225.123 van 17 oktober 2013 en RvS, nr. 227.742 van 19 juni 2014, Mertens.

128. Tot slot zou de cassatie van het Bestreden Arrest op dit punt enkel dilatoir werken, nu de passende beoordeling ontoereikend is en deze in een herstelbeslissing in graad van beroep niet kan worden hersteld.

2.2.d. Wat de motivering van de Vernietigde beslissing betreft

129. Verzoekende partij meent dat de Raad voor Vergunningsbetwistingen abstractie heeft gemaakt van de motivering van de Vernietigde Beslissing die betrekking heeft op de weerlegging van de beroepsargumenten van de provincies Zeeland en Noord-Brabant, die samengevat inhoudt dat de bijdrage van de stikstofemissies van Vlaanderen – en dus ook de stikstofdeposities van Project One – reeds vervat is in de achtergrondconcentratie van het AERIUS-model, en dat het Bestreden Arrest deze motivering niet in haar beoordeling betreft.

130. Noord-Brabant wijst erop dat de motiveringsverplichting niet te stringent mag worden ingevuld.

De motiveringsplicht impliceert dat een beslissing moet worden gedragen door rechtens verantwoorde motieven die kunnen blijken uit de beslissing zelf en reikt niet zo ver dat elk afzonderlijk onderdeel van een beroepschrift of ander procedurestuk moet worden weerlegd.

In casu heeft de Raad voor Vergunningsbetwistingen helder uiteengezet op grond van welke motieven zij de Vernietigde beslissing heeft vernietigd, waarvan de automatische toepassing van de 1%-drempelwaarde in de Vernietigde beslissing en de betwiste *de minimis*-drempel 0,3 kg N/ha/jaar de kern uitmaken.

(Stuk 1)

Nu volgens de vigerende regelgeving en rechtspraak een individuele beoordeling in concreto vereist is, volstaat de loutere vaststelling van de automatische toepassing van de drempelwaarden om de Vernietigde beslissing te vernietigen. De bewering dat de bijdrage van de stikstofemissies van Vlaanderen (en dus ook de stikstofdeposities van Project One) reeds vervat zou zitten in de achtergrondconcentratie van het AERIUS-model, zou het oordeel van de Raad voor Vergunningsbetwistingen ook niet veranderen nu hiermee nog steeds geen individuele beoordeling *in concreto* naar de effecten op SBZ “Brabantse Wal” is uitgevoerd.

De Raad voor Vergunningsbetwistingen heeft hiermee het Bestreden Arrest afdoende gemotiveerd.

2.2.e. Wat de rol van de Programmatische Aanpak Stikstof betreft

131. Verzoekende partij meent dat de motivering in het Bestreden Arrest dat de passende beoordeling door gebruik te maken van de wetenschappelijk onderbouwde *de minimis*-drempel van 0,3 kg N/ha/jaar, “*zich in essentie een drempelwaarde toe[eigent] die in Vlaanderen geen juridische verankering kent als onderdeel van een globale programmatische aanpak stikstof*” niet verenigbaar is met de motivering van het Bestreden Arrest waarin de Vernietigde Beslissing bekritiseerd wordt in de mate dat deze verwijst naar de Ministeriële Instructie en naar de wetenschappelijke onderbouwing van het ontwerp van programmatische aanpak stikstof.

Verzoekende partij meent dat het met name tegenstrijdig is om enerzijds te stellen dat de passende beoordeling niet op grond van de Ministeriële Instructie of een programmatische aanpak beoordeeld mag worden, maar anderzijds diezelfde passende beoordeling te bekritisieren omdat deze een methodiek hanteert die niet verenigbaar zou zijn met diezelfde programmatische aanpak.

132. De betreffende passage van het Bestreden Arrest op pagina 26-27 stelt niet dat de passende beoordeling niet op grond van de Ministeriële Instructie of een programmatische aanpak beoordeeld mag worden, maar wel dat de drempelwaarden uit de Ministeriële instructie niet "routinematig en achteloos" mag worden toegepast en bij de beoordeling niet mag vooruitgelopen worden op het toekomstig regelgevend kader van een definitieve programmatische aanpak stikstof. Er is integendeel nood aan een voldoende individuele benadering van de betekenisvolle effecten.

Stuk 1, p. 26-27 (eigen nadruk)

Met een dergelijke beoordeling onderwerpt de verwerende partij de aanvraag niet aan een onderzoek op basis van de concrete gegevens van de zaak. Hoewel het aanvraagdossier een passende beoordeling bevat, is enige inhoudelijke beoordeling daarvan niet in de beslissing terug te vinden. Zoals de verzoekende partijen aanstippen, grijpt de verwerende partij voor haar beoordeling in tegendeel doorslaggevend terug naar de vaststelling dat de gemodelleerde depositie van het project voldoet aan de ministeriële instructie van 2 mei 2021.

De bestreden beslissing maakt daarmee niet inzichtelijk aan de hand van welke zekere en objectieve wetenschappelijke vaststellingen de verwerende partij haar besluit staft dat ieder betekenisvol effect voor de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied Brabantse Wal uit te sluiten is. Aan de vaststelling dat de bijkomende deposities zich bevinden onder de drempelwaarde van 1% van de kritische depositiewaarde, verbindt de verwerende partij routinematig en achteloos het besluit dat er geen significante effecten zullen optreden, zodat een aantasting van de natuurlijke kenmerken uitgesloten is.

In het kader van het door artikel 36ter Natuurdecreet verplicht gestelde onderzoek naar de effecten voor beschermde natuur, kan de verwerende partij niet volstaan met een mathematische verwijzing naar de ministeriële instructie van 2 mei 2021. Die instructie geeft zelf aan dat het de adviserende overheden een reeks richtlijnen biedt die kunnen worden aangewend bij de voorbereiding van vergunningsbeslissingen en adviezen. Daarbij wordt wel aangestipt dat die richtlijnen "niet steeds mechanisch kunnen worden toegepast". Ook de instructie dringt dus aan op een voldoende individuele benadering van de betekenisvolle effecten. De bestreden beslissing bevat op dit punt echter geen concreet onderzoek dat rekening houdt met de natuurlijke kenmerken en de instandhoudingsdoelstellingen van de Brabantse Wal.

4.3

Vergeefs betogen de verwerende en de tussenkomen de partij dat de bestreden beslissing de 'de minimisdrempel' verantwoordt aan de hand van de bevindingen in het ontwerp PAS (p. 68 PAS-conceptnota), thans p. 70 PAS-akkoord 10 maart 2023) en de wetenschappelijke onderbouwing daarvan. Immers moet worden opgemerkt dat het definitief PAS-akkoord kadert in een programmatische aanpak met generieke sectoroverschrijdende emissiereducties tegen 2030 (emissiereductiescenario G8). Noch de verwerende partij, noch de Raad kunnen bij hun beoordeling vooruitlopen op het toekomstig regelgevend kader van een definitieve programmatische aanpak stikstof en het daarin verankerde maatregelenpakket.

In de mate dat de bestreden beslissing al gelezen zou kunnen worden als het overnemen en bijtreden van de bevindingen in de passende beoordeling, is ze evenmin afdoende. De enige verwijzing naar de passende beoordeling luidt dat onder punt 11.10.4.4 van het project-MER wordt geconcludeerd dat "er geen meetbare of detecteerbare bijkomende depositiebijdrage van het voorliggende project op Natura 2000-gebieden in Nederland voorkomt".

Op dit punt onderzoekt de Raad verder of het voorgenomen project onderworpen werd aan een beoordeling die 'passend' is in de zin van artikel 36ter, §3 Natuurdecreet en voldoet aan de vereisten die het Hof van Justitie vooropstelt (zie randnummer 2.3).

133. Het derde middel is dan ook ongegrond.

V. VIERDE MIDDEL

1. Samenvatting van het vierde middel in het cassatieberoep van verzoekende partij

134. In haar cassatieberoep van 18 augustus 2023 vat verzoekende partij het vierde middel zelf samen als volgt:

"Het vierde middel wordt genomen uit een schending van artikel 6.1 van het EVRM, artikel 13 en 146 van de Grondwet en artikel 11 van het DBRC-decreet,

Doordat, eerste onderdeel, het Bestreden Arrest is uitgesproken door de achttiende kamer van de Raad voor Vergunningsbetwistingen,

En doordat, eerste onderdeel in hoofdorde, het huishoudelijk reglement van de algemene vergadering van de Vlaamse bestuursrechtscolleges niet voorziet in de indeling, oprichting en specialisatie van de achttiende kamer van de Raad voor Vergunningsbetwistingen,

Terwijl, eerste onderdeel in hoofdorde, artikel 11 DBRC-decreet vereist dat de indeling, oprichting en specialisatie van iedere kamer van de Raad voor Vergunningsbetwistingen voorzien wordt in het huishoudelijk reglement van de algemene vergadering van de Vlaamse bestuursrechtscolleges,

En terwijl, eerste onderdeel in hoofdorde, de achttiende kamer van de Raad voor Vergunningsbetwistingen bijgevolg niet regelmatig samengesteld kon worden en het Bestreden Arrest niet uitgesproken werd door een regelmatig door of krachtens het decreet opgericht rechtscollege,

Doordat, tweede onderdeel in ondergeschikte orde, het huishoudelijk reglement van de algemene vergadering van de Vlaamse bestuursrechtscolleges geen regels bevat inzake de specialiteit van de kamers en de toewijzing van de zaken,

Terwijl, tweede onderdeel in ondergeschikte orde, artikel 11 DBRC-Decreet vereist dat het huishoudelijk reglement concrete, objectieve en transparante criteria voor de verdeling van de zaken bevat,

En terwijl, tweede onderdeel in ondergeschikte orde, bijgevolg minstens de indruk gewekt wordt dat er een risico is op willekeur of beïnvloeding van de samenstelling van de zetel,

Zodat het Bestreden Arrest de in het middel aangehaalde bepalingen schendt.”

2. Standpunt van eerste verwerende partijen

2.1. SAMENVATTING VAN HET STANDPUNT VAN EERSTE VERWERENDE PARTIJEN

135. De aanbevelingen van het Comité van Ministers van de Raad van Europa en de Commissie voor democratie (met name dat de verdeling van de zaken binnen een rechterlijke instantie aan vooraf bepaalde objectieve criteria moeten beantwoorden) waarnaar verzoekende partij verwijst, betreffen als loutere aanbevelingen geen bindende regelgeving.

136. Om de regelmatige samenstelling van de achttiende kamer te beoordelen, zijn in dit opzicht artikel 9, 10 en 12 DBRC-decreet, en artikel 28 Huishoudelijk Reglement van belang.

Deze artikels bevatten geen enkele belemmering tot de toewijzing van de zaak aan de achttiende kamer.

Overeenkomstig artikel 85 Procedurebesluit, werd Noord-Brabant per schrijven van 27 februari 2023 ontvangen op 1 maart 2023 op regelmatige wijze schriftelijk op de hoogte gebracht van o.m. de samenstelling van de bevoegde kamer.

137. De drie voorgaande stikstofarresten werden ofwel door Bestuursrechter Filip Van Acker ofwel door Bestuursrechter Pieter Jan Vervoort in hun respectievelijke hoedanigheid van kamervoorzitter van de achttiende dan wel vijfde kamer.

In casu omvat de samenstelling van de achttiende kamer (die reeds eerder een stikstofvraagstuk heeft behandeld) nu zelfs beide ervaren deskundige Bestuursrechters. Het is bijgevolg klaar en duidelijk dat de achttiende kamer overeenkomstig artikel 12, vierde lid DBRC-decreet op deze manier werd samengesteld omwille van hun bijzondere kennis van de materie.

138. Verzoekende partij maakt alleszins niet hard op welke manier er sprake van een schijn van partijdigheid van afhankelijkheid of een gebrek aan onbevangenheid zou zijn.

2.2. UITEENZETTING VAN HET STANDPUNT VAN EERSTE VERWERENDE PARTIJEN

2.2.a. In hoofdorde: de kamer werd regelmatig samengesteld

139. Noord-Brabant stipt vooreerst aan dat de aanbevelingen van het Comité van Ministers van de Raad van Europa en de Commissie voor democratie (met name dat de verdeling van de zaken binnen een rechterlijke instantie aan vooraf bepaalde objectieve criteria moeten beantwoorden) waarnaar verzoekende partij verwijst, als loutere aanbevelingen geen bindende regelgeving betreffen.

Om de regelmatige samenstelling van de achttiende kamer te beoordelen, zijn in dit opzicht artikel 9, 10 en 12 DBRC-decreet, en artikel 28 Huishoudelijk Reglement van belang.

Artikel 9, lid 8 en 9 DBRC-decreet bepalen, onder de titel 'Eerste voorzitter', het volgende:

"Wanneer de behoeften van de dienst het rechtvaardigen kan de eerste voorzitter maatregelen nemen die kunnen afwijken van de bepalingen in het huishoudelijk reglement. Onder de behoefte van de dienst kan onder meer worden begrepen de verdeling van de werklust, de onbeschikbaarheid van een bestuursrechter, een vereiste deskundigheid, de goede voortgang van een zaak of een andere daarmee vergelijkbare objectieve reden.

De eerste voorzitter bewaakt de eenheid van rechtspraak of rechtsvorming tussen de Vlaamse bestuursrechtscolleges. Hiertoe kan hij een zaak op eigen initiatief of op vraag van een voorzitter toewijzen aan een kamer bestaande uit de voorzitters van de Vlaamse bestuursrechtscolleges."

Artikel 10 DBRC-decreet bepaalt, onder de titel "Voorzitter", het volgende:

"De voorzitter van een Vlaams bestuursrechtcollege als vermeld in artikel 2, 1°, a) en b), wordt aangesteld onder en door de effectieve bestuursrechters die benoemd of aangesteld zijn bij dat Vlaams bestuursrechtcollege.

[...]

Het betreft een mandaat van vijf jaar, dat eenmaal kan worden hernieuwd.

De voorzitter bewaakt de eenheid van rechtspraak of rechtsvorming binnen het Vlaams bestuursrechtcollege waarvoor hij bevoegd is. Hiertoe kan hij een zaak op eigen initiatief of op vraag van een kamervoorzitter toewijzen aan een kamer met drie rechters.

De voorzitter is belast met de efficiënte toewijzing van een beroep binnen het rechtcollege waarvoor hij bevoegd is.

De Vlaamse Regering stelt de taken van de voorzitter betreffende de rechtspleging vast inzonderheid inzake het samenvoegen van beroepen of bezwaren, de toepassing van de vereenvoudigde procedure, de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en de voorlopige maatregelen.”

Artikel 12 DBRC-decreet luidt als volgt (eigen nadruk):

“De Vlaamse bestuursrechtscolleges worden ingedeeld in kamers.

Het rechtscollege, zoals bedoeld in artikel 2, § 1, b), heeft een kamer die uitsluitend bevoegd is voor beroepen tegen definitieve onteigeningsbesluiten.

Een enkelvoudige kamer houdt zitting met één bestuursrechter. Meervoudige kamers houden zitting met drie bestuursrechters.

De eerste voorzitter bepaalt de samenstelling van de kamers en wijst de kamervoorzitters aan. Hij houdt daarbij rekening met de kennis van de bestuursrechters, overeenkomstig de kennisdomeinen bepaald in artikel 49, § 1, tweede lid, en wijst aan een gespecialiseerde kamer enkel een bestuursrechter toe voor zover deze over voldoende kennis beschikt in de materies waarin deze kamer gespecialiseerd is.

De kamervoorzitter neemt de leiding van de kamer en is belast met de organisatie ervan. Hij brengt daarover verslag uit bij de eerste voorzitter.

De kamervoorzitter bewaakt de eenheid van rechtspraak of rechtsvorming in zijn kamer.

De eerste voorzitter kan aanvullende kamers samenstellen. Hij kan daarbij afwijken van de regels die zijn vastgesteld in het huishoudelijk reglement.”

Artikel 28 Huishoudelijk Reglement luidt als volgt (eigen nadruk):

“26.1. De Vlaamse bestuursrechtscolleges worden ingedeeld in enkelvoudige en meervoudige kamers. Een enkelvoudige kamer houdt zitting met één bestuursrechter. Meervoudige kamers houden zitting met drie bestuursrechters.

[...]

26.3. De RvVb wordt ingedeeld in minstens tien kamers, waaronder minstens acht enkelvoudige kamers en minstens twee meervoudige kamers, waaronder één meervoudige kamer met de drie voorzitters. [...]”

Vooreerst bevatten voorgaande artikels geen enkele belemmering tot de toewijzing van de zaak aan de achttiende kamer.

De achttiende kamer van de Raad voor Vergunningsbetwistingen is samengesteld als volgt:

- Filip Van Acker, voorzitter van de achttiende kamer,
- Pieter Jan Vervoort, bestuursrechter,

- Ann Carette, bestuursrechter.
(Stuk 34)

Het is de autonome beslissing van de Raad om zich te organiseren en de voormelde bepalingen staan zulks geenszins in de weg. Bestuursrechters Filip Van Acker en Pieter Jan Vervoort hebben binnen de Raad voor Vergunningsbetwistingen o.i. een bijzondere deskundigheid inzake de stikstofregelgeving.

- Zo heeft Bestuursrechter Filip Van Acker, eveneens als voorzitter van de achttiende kamer van de Raad voor Vergunningsbetwistingen, reeds eerder in het Uplace-arrest van 15 december 2022 met nummer RvVb-A-2223-0346 in de zaak met rolnummer 2021-RvVb-0623-SA over de stikstofregelgeving geoordeeld.
- Als voorzitter van de vijfde kamer heeft Bestuursrechter Pieter Jan Vervoort in het allereerste stikstofarrest van 25 februari 2023 met nummer RvVb-A-2021-0698 in de zaak met rolnummer 1920-RvVb-0151-A en het tweede stikstofarrest van 27 oktober 2022 met nummer RvVb-A-2223-0165 in de zaak met rolnummer 2122-RvVb-0152-A over de stikstofregelgeving geoordeeld.

De drie voorgaande stikstofarresten werden ofwel door Bestuursrechter Filip Van Acker ofwel door Bestuursrechter Pieter Jan Vervoort in hun respectievelijke hoedanigheid van kamervoorzitter van de achttiende dan wel vijfde kamer. Het lijkt derhalve zo te zijn dat de achttiende kamer overeenkomstig artikel 12, vierde lid DBRC-decreet op deze manier werd samengesteld omwille van hun bijzondere kennis van de materie.
(Stukken 12, 22 en 23)

140. In zoverre verzoekende partij tot slot nog wijst op de artikelsgewijze bespreking in de memorie van toelichting die stelt dat “[d]e omstandigheden waarin er gebruik van wordt gemaakt [...] niet van aard [mogen] zijn om bij de partijen en bij derden een schijn van partijdigheid van afhankelijkheid of een gebrek aan onbevangenheid te doen rijzen”, merkt Noord-Brabant op dat verzoekende partij niet hard maakt op welke manier er sprake van een schijn van partijdigheid van afhankelijkheid of een gebrek aan onbevangenheid zou zijn.

141. Noord-Brabant wijst tot slot nog op artikel 85 van het Besluit van de Vlaamse Regering houdende de rechtspleging voor sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges.

Artikel 85, §§1 en 2 Procedurebesluit luit als volgt:

“§ 1. De kamervoorzitter bepaalt bij beschikking:

1° de plaats, de dag en het tijdstip van de zitting waarop de vordering tot vernietiging wordt behandeld;

2° de termijn waarbinnen ter griffie inzage kan worden genomen van het administratief dossier en de overtuigingsstukken;

3° de namen van de partijen die persoonlijk moeten verschijnen om toelichting te geven en de feiten waarover ze zullen worden gehoord, als de kamer heeft beslist een partij te

horen;

4° de namen van de getuigen en de feiten waarover ze zullen worden gehoord, als de kamer heeft beslist een getuige te horen.

§2. Uiterlijk vijftien dagen voor de dag van de zitting brengt de griffier de partijen, en in voorkomend geval de getuigen, schriftelijk op de hoogte van de inhoud van de beschikking, vermeld in paragraaf 1, en deelt de griffier hen de samenstelling van de bevoegde kamer mee

[...]"

Per briefwisseling van 27 februari 2023 ontvangen op 1 maart 2023 werd Noord-Brabant op regelmatige wijze hiervan schriftelijk op de hoogte gebracht, inclusief de samenstelling van de bevoegde kamer.

(Stuk 34)

Het weze opgemerkt dat verzoekende partij in het kader van de vernietigingsprocedure voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen geen bezwaar bij de samenstelling van de bevoegde kamer heeft gemaakt, noch de regelmatigheid ervan heeft betwist.

142. Hoewel de aanbevelingen van het Comité van Ministers van de Raad van Europa en de Commissie voor democratie geen bindende regelgeving betreffen, merkt Noord-Brabant voor de goede orde op dat de zaak *in casu* in ieder geval aan de hand van een concreet, objectief en transparant criterium is verdeeld, met name de deskundigheid van de zetel overeenkomstig artikel 9 en 12 DBRC-decreet.

Zo bepaalt artikel 9, lid 8 DBRC-decreet met name het volgende (eigen nadruk):

“Wanneer de behoeften van de dienst het rechtvaardigen kan de eerste voorzitter maatregelen nemen die kunnen afwijken van de bepalingen in het huishoudelijk reglement. Onder de behoefte van de dienst kan onder meer worden begrepen de verdeling van de werklast, de onbeschikbaarheid van een bestuursrechter, een vereiste deskundigheid, de goede voortgang van een zaak of een andere daarmee vergelijkbare objectieve redenen.

En artikel 12 DBRC-decreet het volgende volgt (eigen nadruk):

“De Vlaamse bestuursrechtscolleges worden ingedeeld in kamers.

Het rechtscollege, zoals bedoeld in artikel 2, § 1, b), heeft een kamer die uitsluitend bevoegd is voor beroepen tegen definitieve oteigeningsbesluiten.

Een enkelvoudige kamer houdt zitting met één bestuursrechter. Meervoudige kamers houden zitting met drie bestuursrechters.

De eerste voorzitter bepaalt de samenstelling van de kamers en wijst de kamervoorzitters aan. Hij houdt daarbij rekening met de kennis van de bestuursrechters, overeenkomstig

de kennisdomeinen bepaald in artikel 49, § 1, tweede lid, en wijst aan een gespecialiseerde kamer enkel een bestuursrechter toe voor zover deze over voldoende kennis beschikt in de materies waarin deze kamer gespecialiseerd is.

De kamervoorzitter neemt de leiding van de kamer en is belast met de organisatie ervan. Hij brengt daarover verslag uit bij de eerste voorzitter.

De kamervoorzitter bewaakt de eenheid van rechtspraak of rechtsvorming in zijn kamer.

De eerste voorzitter kan aanvullende kamers samenstellen. Hij kan daarbij afwijken van de regels die zijn vastgesteld in het huishoudelijk reglement.

Indien een vereiste deskundigheid nodig is voor de beoordeling van de zaak, kan de eerste voorzitter met andere woorden de zetel samenstellen rekening houdende met de gespecialiseerde kennis van de bestuursrechters.

In zoverre verzoekende partij aldus meent dat de samenstelling van de zetel op basis van objectieve criteria moet gebeuren (conform de niet-bindende aanbevelingen), merkt Noord-Brabant op dat de gespecialiseerde kennis van de bestuursrechters en kamer *in casu* hier zeker een criterium zal zijn geweest om de zetel samen te stellen. De deskundigheid van de bestuursrechters *in casu* staan in deze immers buiten kijf.
(Stukken 12, 22 en 23)

Overigens stellen de aanbevelingen dat wat de onafhankelijkheid van rechters betreft en het niveau waarop zij zou moeten worden gewaarborgd, *“de verdeling van de zaken binnen een rechterlijke instantie zou moeten beantwoorden aan vooraf bepaalde objectieve criteria, teneinde het recht op een onafhankelijke en onpartijdige rechter te waarborgen. Zij zou niet mogen worden beïnvloed door de wensen van een partij in de zaak, noch van enige andere persoon op wie de afloop van die zaak betrekking heeft.”*⁴⁹

Noord-Brabant merkt ten overvloede op dat de samenstelling van de zetel in deze geenszins door de wensen van een partij in de zaak, nog van enige andere persoon op wie de afloop van die zaak betrekking heeft, werd beïnvloed, minstens dat verzoekende partij dit niet hard maakt. De dossierstukken geven geen enkele reden om te vermoeden dat *in casu* enige sprake van beïnvloeding zou zijn geweest.

Tot slot merkt Noord-Brabant voor de goede orde nog op dat een gebeurlijke schending van een loutere aanbeveling (quod non) geenszins een cassatiegrond kan zijn.

⁴⁹ Aanbeveling CM/Rec (2010)12 aan de lidstaten over de rechters: onafhankelijkheid, efficiëntie en verantwoordelijkheden, 17 november 2010, overweging 24.

143. Uit voorgaande volgt dat de bevoegde kamer op regelmatige wijze is samengesteld overeenkomstig het DBRC-decreet, het Huishoudelijk Reglement en het Procedurebesluit.

2.2.b. In ondergeschikte orde: de aanbeveling tot concrete, objectieve en transparante criteria is niet-bindend

144. Verzoekende partij meent dat de achttiende kamer van de Raad voor Vergunningsbetwistingen niet op regelmatige wijze gevat en samengesteld worden, en kon het Bestreden Arrest dus ook niet op wettige wijze uitgesproken worden bij gebreke aan concrete, objectieve en transparante criteria aan de hand waarvan de zaken verdeeld worden tussen de verschillende (gespecialiseerde) kamers.

145. Noord-Brabant herhaalt dat de aanbevelingen van het Comité van Ministers van de Raad van Europa en de Commissie voor democratie geen bindende regelgeving betreffen en de kamer regelmatig is samengesteld overeenkomstig het wél bindende DBRC-decreet en Huishoudelijk Reglement.

Minstens maakt verzoekende partij niet hard dat de indruk wordt gewekt dat de samenstelling een schijn van partijdigheid van afhankelijkheid of een gebrek aan onbevangenheid te doen rijzen. Deze zware aantijging wordt op geen enkele manier concreet gemaakt.

Om niet onnodig in herhaling te vallen, verwijst Noord-Brabant op dit punt naar wat hierboven reeds werd uiteengezet, hetgeen als integraal hernomen moet worden beschouwd.

146. Het vierde middel is dan ook ongegrond.

E. BESCHIKKEND GEDEELTE

Om deze redenen,
behege het de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak,

Akte te nemen van de memorie van antwoord die eerste verwerende partijen thans neerleggen in de procedure met rolnummer G/A 239.853/VII-42.173,

Dienvolgens, het cassatieberoep van verzoekende partij gericht tegen het arrest nr. RvVb-A-2223-1097 van de Raad voor Vergunningsbetwistingen van 20 juli 2023 in de zaak 2122-RvVb-0906-A, te verwerpen als ongegrond,

De verzoekende partij te veroordelen tot de betaling van de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding.

Met de meeste eerbied,
voor eerste verwerende partijen,
één van haar raadslieden,

[namen]

Advocaat

Antwerpen, 31 oktober 2023

Bijlage: inventaris van de stukken (inventaris en stukken elektronisch neergelegd)

I N V E N T A R I S V A N D E S T U K K E N

1. Bestreden Arrest vanwege de Raad voor Vergunningsbetwistingen van 20 juli 2023 met nummer RvVb-A-2223-1097 in de zaak met rolnummer 2122-RvVb-0906-A;
2. Vernietigde beslissing van 7 juni 2022 vanwege de Vlaamse Regering verleend aan verzoekende partij (OMV_2021104744);
3. Beschikking betreffende de toelaatbaarheid in cassatie nr. 15.598 van 22 september 2023 in de zaak G/A. 239.853/VII-42.173;
4. Schrijven van 2 oktober 2023 vanwege de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak
5. Arrest RvVb van 5 november 2019 (1718-RvVb-0775-A);
6. Arrest RvVb van 11 augustus 2020 (1920-RvVb-0363-SA);
7. E-mailverkeer van 27 augustus 2021 vanwege Team Mer;
8. Ongunstig advies van de Omgevingsdienst van 14 oktober 2021;
9. Gebiedsanalyse “Brabantse Wal” (128) - Programma Aanpak Stikstof (PAS) Provincie Noord-Brabant Versie 15-12-2017;
10. Project-MER van 16 juli 2021 van Ineos Olefins Belgium;
11. Beroepschrift van 14 januari 2022 vanwege Noord-Brabant;
12. Arrest RvVb van 25 februari 2021 (A-2021-0697);
13. Arrest RvS van 23 september 2021 met nummer 251.596 in de zaak met rolnummer A.231.834/VII-40.925;
14. Verzoekschrift tot vernietiging van 19 juli 2022 vanwege Noord-Brabant voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen;
15. Wederantwoordnota van 15 december 2022 vanwege Noord-Brabant voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen;
16. Ongunstig advies RUD Zeeland van 4 oktober 2021;
17. Aanvullende nota van 9 november 2021 van Ineos Olefins Belgium;
18. GOVC-verslag van 20 mei 2022;
19. Schriftelijke uiteenzetting vanwege Ineos van 3 november 2022 voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen;
20. Antwoordnota vanwege de Vlaamse Regering van 4 november 2022 voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen;
21. RvS 5 oktober 2017, nr. 239.291;
22. Arrest RvVb van 27 oktober 2022 (RvVb-A-2223-0165);
23. Arrest RvVb van 15 december 2022 (RvVb-A-2223-0346);
24. Schrijven van 12 juli 2022 vanuit de Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant aan de Vlaamse Minister als reactie op het Vlaamse Ontwerp-PAS van 19 april 2022;
25. Advies vanwege de Raad van State, afdeling Wetgeving van 2 oktober 2023 (nr. 47.348/1/V);
26. Wetenschappelijke literatuur rond het leefgebied van de zwarte specht;
27. Rapportage toestand van de natuur in Brabant 2021;
28. Balans van de Leefomgeving 2016 van het PBL;
29. Resultaten quick scan natuurdoelanalyses van 4 mei 2022;
30. Brochure “Droogte ingrijpend voor natuur in hoog Nederland 2021;
31. Natuurdoelanalyse “Brabantse Wal” van 27 februari 2023;

32. INBO-advies van 11 maart 2022 over de toepassing van de Duitse drempelwaarde van 0,3 kg N/ha/jaar in Vlaanderen (INBO.A.4341);
33. Schrijven van 17 april 2023 vanwege Noord-Brabant aan de Raad voor Vergunningsbetwistingen;
34. Briefwisseling vanwege de Raad voor Vergunningsbetwistingen van 27 februari 2023;
35. Advies van het Agentschap Natuur en Bos van 28 maart 2022;
36. Schrijven van de Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant aan de omgevingsdienst Brabant Noord van 7 maart 2023;
37. Schrijven van de Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant aan de gemeenten van 7 maart 2023.