RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 73.097/1
van 10 maart 2023

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van de VLAREME van 28 oktober 2016, wat betreft de indeling van de afstroomzones in gebiedstypes vanaf 2023 en wat betreft de aanvulling van de lijst van equivalente maatregelen’

‡LW-BADXMACDE-HDAJHXV‡

Op 13 februari 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Justitie en Handhaving, Omgeving, Energie en Toerisme verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van de VLAREME van 28 oktober 2016, wat betreft de indeling van de afstroomzones in gebiedstypes vanaf 2023 en wat betreft de aanvulling van de lijst van equivalente maatregelen’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 2 maart 2023. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Kristine BAMS, eerste auditeur-afdelingshoofd.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 10 maart 2023.

*

‡LW-BADXMACDE-HDAJHXV‡

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

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering legt vanaf 1 januari 2023 een nieuwe indeling vast van de afstroomzones in gebiedstypes. Hiertoe wordt artikel 3.1.1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 28 oktober 2016 'houdende uitvoering van het Mestdecreet van 22 december 2006' (hierna: VLAREME) aangevuld en wordt aan hetzelfde besluit een bijlage 9 toegevoegd (artikelen 1 en 2). Artikel 3 van het ontwerp strekt tot het wijzigen van artikel 16 van bijlage 8 van de VLAREME, waarin de voorwaarden zijn opgenomen voor de equivalente maatregel "wintergranen of wintervlas na nitraatgevoelige hoofdteelten". Deze laatste wijzigingen zijn beperkt tot het vervangen van verwijzingen naar de kalenderjaren 2022 en 2023. In de plaats daarvan wordt gebruikgemaakt van de termen "kalenderjaar (in kwestie)" en "volgende kalenderjaar". Hierdoor kan deze maatregel ook in 2023 verder toegepast worden. Aan het ontworpen besluit wordt terugwerkende kracht verleend tot 1 januari 2023 (artikel 4).

3. Het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in de paragrafen van artikel 14 van het Mestdecreet van 22 december 2006[1] waarnaar wordt verwezen in de rubriek "Rechtsgronden" in de aanhef van het ontwerp.

Wel werd aan de gemachtigde gevraagd welke bepaling rechtsgrond biedt voor het ontworpen artikel 3.1.1, derde lid, van de VLAREME, in de mate in de ontworpen tabel tevens melding wordt gemaakt van het referentiepercentage van de beoogde afstroomzones. Het is immers niet duidelijk welke decretale bepaling de Vlaamse Regering zou machtigen om wijzigingen aan te brengen in bijlage 3 van het Mestdecreet van 22 december 2006 waarin onder meer de voornoemde referentiepercentages worden vastgesteld. De gemachtigde beantwoordde deze vraag als volgt:

> "(…) rechtsgrond hiervoor [wordt] geboden (…) door artikel 14, §4, laatste lid, van het Mestdecreet, volgens hetwelk de Vlaamse Regering een afwijkende berekening van het referentiepercentage kan uitwerken naar aanleiding van de tweejaarlijkse evaluatie van de gebiedstypes. Voor de berekening van het referentiepercentage (bedoeld wordt het referentiepercentage 'voor de landbouwer') wordt in een aantal situaties gebruikgemaakt van het referentiepercentage van de betrokken afstroomzone of afstroomzones. Het referentiepercentage van de afstroomzones is dus, in bepaalde gevallen, een element bij de berekening van het referentiepercentage voor de landbouwers. Naar aanleiding van de tweejaarlijkse evaluatie die nu is doorgevoerd was het noodzakelijk om voor een aantal afstroomzones het referentiepercentage te bepalen, zodat vervolgens het

[1] Decreet van 22 december 2006 'houdende de bescherming van water tegen de verontreiniging door nitraten uit agrarische bronnen'.

‡LW-BADXMACDE-HDAJHXV‡

referentiepercentage zou bepaald kunnen worden voor de landbouwers met percelen in deze afstroomzones die voor het bepalen van hun referentiepercentage moeten terugvallen op het referentiepercentage van de betrokken afstroomzone of afstroomzones. Het betreft hier dus een afwijkende berekening van het referentiepercentage naar aanleiding van de tweejaarlijkse evaluatie van de gebiedstypes en valt dus onder de delegatie voorzien in artikel 14, §4, laatste lid, van het Mestdecreet."

Aldus begrepen ligt aan het ontworpen artikel 3.1.1, derde lid, van de VLAREME, niet de bedoeling ten grondslag om wijzigingen aan te brengen in bijlage 3 van het Mestdecreet van 22 december 2006, waarin onder meer de referentiepercentages van de afstroomzones worden vastgesteld, maar wordt enkel aan die percentages gerefereerd met het oog op de door de gemachtigde geschetste berekening van het referentiepercentage voor de landbouwers. Het door de gemachtigde ingeroepen, en eveneens in de aanhef van het ontwerp vermelde, artikel 14, § 4, van het Mestdecreet, kan in dat geval volstaan als rechtsgrond.[2]

VORMVEREISTEN

4. De beoordelingscommissie voor equivalente maatregelen heeft op 14 december 2021 over het ontworpen besluit geadviseerd. Het advies is datgene dat werd uitgebracht bij de totstandkoming van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 april 2022 'tot wijziging van de VLAREME van 28 oktober 2016, wat betreft de aanvulling van de lijst van equivalente maatregelen'. Het betrokken advies dient overeenkomstig artikel 14, § 5, vierde lid, van het Mestdecreet, te gebeuren "op basis van de meest actuele wetenschappelijke inzichten" en heeft betrekking op "het effect van de betreffende maatregel op de reductie van de stikstofverliezen, in voorkomend geval aangaande de randvoorwaarden die van toepassing moeten zijn opdat een maatregel als een equivalente maatregel beschouwd kan worden en aangaande het gewicht dat aan de betreffende maatregel wordt gehangen".

Gelet op de inhoudelijke draagwijdte van het betrokken advies lijkt het niet onaannemelijk om ervan uit te gaan dat de wetenschappelijke inzichten waarop het advies moet zijn gesteund, zijn geëvolueerd sinds 14 december 2021, zijnde de dag waarop de beoordelingscommissie voor equivalente maatregelen haar eerder advies heeft uitgebracht.

In dat verband brengt de afdeling Wetgeving in herinnering dat de op de overheid rustende wettelijke verplichting om bepaalde adviezen in te winnen in essentie tot doel heeft om haar te informeren over de feitelijke en juridische gegevens die volgens het adviesorgaan in aanmerking moeten worden genomen op het tijdstip waarop de overheid haar beslissing dient te

[2] In de Nota aan de Vlaamse Regering wordt het volgende vermeld: "Naar aanleiding van een herziening van de afbakening van een aantal afstroomzones, werden een aantal afstroomzones hernummerd. (…) Voor elk van deze afstroomzones is het referentiepercentage genomen van de overeenkomstige afstroomzone, voor de hernummering". In het ontworpen artikel 3.1.1, derde lid, van de VLAREME (artikel 1 van het ontwerp), worden derhalve niet de referentiepercentages van de afstroomzones die zijn opgenomen in bijlage 3 van het Mestdecreet gewijzigd. Wel kan, ter wille van de duidelijkheid en de rechtszekerheid, worden overwogen om de hernummering van de afstroomzones beter tot uitdrukking te brengen door middel van het toevoegen van een kolom aan de tabel in het ontworpen artikel 3.1.1, derde lid, van de VLAREME, met daarin een opsomming van de oude nummers van de betrokken afstroomzones.

‡LW-BADXMACDE-HDAJHXV‡

nemen en dat de tijd die verstrijkt tussen de raadpleging en de totstandkoming van de regeling in beginsel dan ook kort moet zijn.[3] Een advies zou enkel dan in aanmerking kunnen worden genomen als uitgangspunt voor een later tot stand te brengen regeling indien er kan worden van uitgegaan dat de feitelijke en juridische omstandigheden waarop het adviesorgaan zich heeft gebaseerd, niet zodanig zijn gewijzigd dat de eerdere raadpleging van het adviesorgaan als niet meer ter zake dienend of niet langer als voldoende actueel kan worden aangemerkt zodat de betrokken pleegvorm eigenlijk zou moeten worden overgedaan.[4]

Het is in het licht van wat voorafgaat zeer de vraag of het advies dat de beoordelingscommissie voor equivalente maatregelen op 14 december 2021 heeft uitgebracht, nog voldoende actueel is en niet beter wordt vervangen door een nieuw, alsnog in te winnen advies van dezelfde commissie, des te meer daar aan de ontworpen regeling de bedoeling ten grondslag ligt om een maatregel die gold voor het jaar 2022 een meer permanent karakter te geven.

Indien vervolgens de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het opnieuw ingewonnen advies van de beoordelingscommissie voor equivalente maatregelen nog wijzigingen zou ondergaan,[5] zullen ook de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, alsnog aan de afdeling Wetgeving moeten worden voorgelegd.

VOORAFGAANDE OPMERKING

5. Er werd aan de gemachtigde gevraagd op welke wijze de ontworpen regeling zich verhoudt tot het bepaalde in artikel 6, lid 3, van richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 ‘inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna’ (hierna: habitatrichtlijn), en of – in de mate dat die bepaling effectief zou worden omgezet door de ontworpen regeling – er een passende beoordeling werd gemaakt, of er rekening werd gehouden met de conclusies ervan en of er met betrekking tot de voorgestelde regeling inspraak heeft plaatsgevonden. De gemachtigde antwoordde:

> “Het betreffende besluit betreft de uitvoering van principes vastgelegd in het Mestdecreet, door de decreetswijziging van 24 mei 2019 (invoering van het zogenaamde MAP 6). Bij de opmaak van het MAP 6 is een plan-MER procedure doorlopen.
>
> De concrete herindeling van de gebiedstypes maakte sindsdien geen voorwerp [uit] van een geactualiseerd MER, passende beoordeling of openbaar onderzoek. Er werd dus niet specifiek rekening gehouden met de lange droogteperiodes sinds 2019 en de daaruit voortvloeiende dalende waterkwaliteit sinds 2019 bij de opmaak van het MER 2019.”

[3] Zie bv. reeds J.-M. AUBY, “Le régime juridique des avis dans la procédure administrative”, *AJDA* 1956, 61: “Les avis sont destinés à fournir à l’autorité appelée à décider, une connaissance des éléments de fait ou de droit existant au moment où la décision doit être prise”.

[4] Zie m.b.t. de problematiek inzake onvoldoende recente adviezen in de adviespraktijk van de afdeling Wetgeving o.m. J. SALMON, J. JAUMOTTE en E. THIBAUT, *Le Conseil d’État de Belgique*, Brussel, Bruylant, 2012, 961; M. VAN DAMME en B. DE SUTTER, *Raad van State. Afdeling Wetgeving*, Brugge, die Keure, 2013, 156.

[5] Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

‡LW-BADXMACDE-HDAJHXV‡

De gemachtigde verwijst in zijn antwoord naar de implementatie van het “MAP 6” dat evenwel geldt voor de periode 2019-2022, terwijl de ontworpen indeling geldt vanaf 1 januari 2023. De ontworpen bijlage 9 bij de VLAREME geldt bovendien voor het ganse grondgebied van het Vlaamse Gewest waarin dus per definitie speciale beschermingszones begrepen zijn.

Op grond van artikel 36*ter*, § 3, eerste lid, van het decreet van 21 oktober 1997 ‘betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu’ (hierna: natuurdecreet) dient een plan dat een betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone kan veroorzaken, zonder dat het direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een gebied in de speciale beschermingszone in kwestie, te worden onderworpen aan een passende beoordeling wat betreft de betekenisvolle effecten voor de speciale beschermingszone.

De leden 3 en 4 van artikel 6 van de habitatrichtlijn gelden voor plannen of projecten. Deze termen worden echter niet gedefinieerd in de richtlijn. Voor een omschrijving van een “plan” kan evenwel nuttig worden verwezen naar het bijgewerkte “interpretatieve richtsnoer betreffende bepalingen van artikel 6 van de habitatrichtlijn inzake de instandhouding en het beheer van Natura 2000”.[6] Uit dat document blijkt dat – mede gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie – de notie “plan” (in aanleg) in de zin van artikel 6, lid 3, van de habitatrichtlijn een zeer ruime betekenis heeft.

In artikel 2, onder a), van richtlijn 2001/42/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 juni 2001 ‘betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma’s’ worden plannen en programma’s omschreven als

> “plannen en programma’s, met inbegrip van die welke door de Gemeenschap worden medegefinancierd, alsook de wijzigingen ervan,
>
> - die door een instantie op nationaal, regionaal of lokaal niveau worden opgesteld en/of vastgesteld of die door een instantie worden opgesteld om middels een wetgevingsprocedure door het parlement of de regering te worden vastgesteld en
>
> - die door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn voorgeschreven”.

Dienaangaande heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie in arrest C-567/10 van 22 maart 2012 geoordeeld dat

> “de bepalingen die de werkingssfeer van deze richtlijn afbakenen, en met name de bepalingen waarin de door deze richtlijn beoogde besluiten zijn gedefinieerd, gelet op het feit dat richtlijn 2001/42 tot doel heeft een hoog milieubeschermingsniveau te verzekeren, ruim [moeten] worden uitgelegd”.[7]

[6] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0125(07)&from=NL.

[7] HvJ 22 maart 2012, C-567/10, nr. 37. ECLI:EU:C:2012:159.

‡LW-BADXMACDE-HDAJHXV‡

De tweede voorwaarde, waaraan wordt gerefereerd in artikel 2, a), van richtlijn 2001/42/EG, wordt door het Hof van Justitie van de Europese Unie nader ingevuld als volgt:

> "Wat de tweede voorwaarde betreft, blijkt uit vaste rechtspraak van het Hof dat plannen en programma's waarvan de vaststelling is geregeld in nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen waarin de voor de vaststelling van deze plannen en programma's bevoegde autoriteiten zijn aangegeven en de procedure voor de opstelling ervan is bepaald, moeten worden beschouwd te zijn 'voorgeschreven' in de zin en voor de toepassing van richtlijn 2001/42 (arresten van 22 maart 2012, Inter-Environnement Bruxelles e.a., C-567/10, EU:C:2012:159, punt 31; 7 juni 2018, Thybaut e.a., C-160/17, EU:C:2018:401, punt 43, en 12 juni 2019, Terre wallonne, C-321/18, EU:C:2019:484, punt 34). Gelet op het feit dat deze bepaling ertoe strekt een hoog milieubeschermingsniveau te verzekeren, en teneinde de nuttige werking ervan te behouden, moet een plan of programma dus als 'voorgeschreven' worden beschouwd ingeval het nationale recht een bijzondere rechtsgrondslag bevat die de bevoegde instanties machtigt om dit plan of programma vast te stellen, zelfs wanneer deze vaststelling niet verplicht is (zie in die zin arrest van 7 juni 2018, Inter-Environnement Bruxelles e.a., C-671/16, EU:C:2018:403, punten 38-40)."[8]

Rekening houdende met de hiervoor aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, met de in artikel 36*ter*, § 3, van het natuurdecreet verplicht gestelde passende beoordeling voor de erin opgesomde plannen en programma's,[9] en met artikel 4.2.1 van het decreet van 5 april 1995 'houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid' (DABM),[10] kan er ernstig aan worden getwijfeld of de ontworpen indeling in gebiedstypes niet dient te worden beschouwd als betrekking hebbend op een "plan" in de zin van de habitatrichtlijn.

Teneinde daarover geen onduidelijkheid of onzekerheid te laten bestaan, zouden de stellers van het ontwerp er goed aan doen om in de aanhef van het ontwerp[11] aan te geven op welke wijze met de ontworpen regeling wordt tegemoetgekomen aan de verplichtingen van de habitatrichtlijn of waarom die verplichtingen volgens hen *in casu* niet van toepassing zijn.

---

[8] HvJ 22 februari 2022, C-300/20, nr. 37. Wat de betrokken twee voorwaarden betreft, kan ook nuttig worden verwezen naar HvJ 25 juni 2020, C-24/19, nrs. 32-52. ECLI:EU:C:2020:503.

[9] Artikel 2, 40°, van dat natuurdecreet omschrijft een plan of programma als "een document waarin beleidsvoornemens, beleidsontwikkelingen of grootschalige overheids-, particuliere of gemengde activiteiten worden aangekondigd en dat wordt opgemaakt en vastgesteld, gewijzigd of herzien op initiatief of onder toezicht van het Vlaamse Gewest, de provincies, de intercommunales, de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en/of de gemeenten, en/of van de federale overheid of waarvoor medefinanciering voorzien is door de Europese Gemeenschap of door het Vlaamse Gewest of de Vlaamse Gemeenschap in het kader van de internationale samenwerking, voor zover het voorgenomen plan of programma aanzienlijke milieu- of veiligheidseffecten kan hebben op het grondgebied van het Vlaamse Gewest".

[10] Uit artikel 4.2.1 van het DABM volgt dat voor ieder plan of programma, waarvoor, gelet op het mogelijke effect op gebieden, een passende beoordeling vereist is uit hoofde van artikel 36*ter*, § 3, eerste lid, van het natuurdecreet, er een plan-MER dient te worden opgemaakt.

[11] Daartoe zou bijvoorbeeld in de aanhef van het ontwerp een rubriek "Juridisch kader" kunnen worden toegevoegd.

‡LW-BADXMACDE-HDAJHXV‡

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

6. De aan de Raad van State meegedeelde documenten doen ervan blijken dat het advies van de inspectie van Financiën dateert van 30 november 2022. Het is derhalve van deze laatste datum, en niet van de datum van “2 december 2022”, dat melding moet worden gemaakt na het tweede streepje in de rubriek “Vormvereisten” in de aanhef van het ontwerp.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Wim GEURTS Marnix VAN DAMME

‡LW-BADXMACDE-HDAJHXV‡