

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 186.972 van 9 oktober 2008
in de zaak A. 188.155/VII-37.190.**

In zake : de BVBA RAPID WAS O MATIC,
die woonplaats kiest bij
advocaat S. LEMIEGRE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Ninoofsesteenweg 643

tegen :

de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (OVAM),
die woonplaats kiest bij
advocaat S. VERNAILLEN,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Mechelsesteenweg 27.

DE VOORZITTER VAN DE VIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de BVBA RAPID WAS O MATIC op 13 mei 2008 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van het besluit van de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij van 10 maart 2008 tot ambtshalve uitvoering van de verdere bodemsanering met betrekking tot een gemengde bodemverontreiniging tot stand gekomen op de grond gelegen aan de Toekomststraat 38 te Sint-Amandsberg (Gent);

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door eerste auditeur P. PROVOOST;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen;

Gelet op de beschikking van 24 juni 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 18 september 2008;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter L. HELLIN;

Gehoord de opmerkingen van advocaat K. PHILIPS die, loco advocaat S. LEMIEGRE verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat S. VERNAILLEN, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur P. PROVOOST;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. De feiten

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat :

1.1. Aan de Toekomststraat 38 te Gent (deelgemeente Sint-Amandsberg) is jarenlang een wasserij geëxploiteerd door de NV WASSERIJ DER VLAANDEREN, later omgedoopt tot de NV FLANDERS CLEANING SERVICES. Bij de exploitatie is klaarblijkelijk bodemverontreiniging tot stand gekomen.

Dit is reeds gebleken uit een "grondonderzoek in verband met bodemverontreiniging" van 20 mei 1996 en uit een oriënterend bodemonderzoek van 15 februari 2000.

Op 23 augustus 2000 verklaart de verwerende partij een voorstel van beschrijvend bodemonderzoek conform.

1.2. Op 5 december 2001 wijst de bevoegde Vlaamse minister de grond aan als historisch verontreinigde grond waar bodemsanering moet plaatsvinden.

1.3. Bij vonnis van 1 april 2004 wordt de NV FLANDERS CLEANING SERVICES failliet verklaard.

De verzoekende partij, die een van de drie gedelegeerde bestuurders is van de gefaillieerde vennootschap, neemt de exploitatie over. Het bedrijfsgebouw en de grond blijven eigendom van de NV FILIN, waarvan de twee andere gedelegeerde bestuurders van de failliete vennootschap gedelegeerd bestuurder zijn.

1.4. Uit het beschrijvend bodemonderzoek van 26 oktober 2005, door de verwerende partij conform verklaard op 6 februari 2006, blijkt dat het om een gemengde verontreiniging gaat, dat de verontreiniging zich heeft verspreid over bijna 200 percelen in de dicht bewoonde omgeving en dat de verontreiniging de bodemsaneringsnormen overschrijdt en/of een ernstige bedreiging vormt.

De verwerende partij maant de curator aan om een bodemsaneringsproject op stellen en in te dienen vóór 1 september 2006.

Tegelijk maant de verwerende partij de verzoekende partij aan om, als saneringsplichtige, "over te gaan tot het opstellen van een bodemsaneringsproject". De verzoekende partij wordt ook gevraagd om vóór 1 mei 2006 te laten weten wat de geplande acties zijn.

1.5. De verzoekende partij antwoordt hierop met een brief van 10 april 2006 :

"(...) wij kunnen in onze hoedanigheid van overnemer van de activiteiten van het faillissement van Flanders Cleaning Services niet aangeduid worden als saneringsplichtige rekening houdend met de overeenkomst met de curator van het failliete Flanders Cleaning Services, waarin duidelijk vermeld is dat :

'6. De curator bevestigt hierbij dat hij de eventuele saneringskosten ingevolge de stopzetting van de handelsuitbating door de nv flanders cleaning services, zijnde de overdragende exploitant, niet verhaalt op partij anderzijds, zijnde de overnemende exploitant".

1.6. Met een brief van 19 september 2006 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij om een bodemsaneringsproject te bezorgen vóór 1 december 2006, en verduidelijkt die vraag als volgt :

"Rapid Was O Matic wordt, in zijn/haar hoedanigheid van exploitant en in overeenstemming met artikel 10 § 1 van het bodemsaneringsdecreet aangeduid als saneringsplichtige persoon voor deze gronden. Dit houdt in dat u de sanering dient uit te voeren.

OVAM is echter van mening dat u slechts verantwoordelijk kan gesteld worden voor een deel van de verontreiniging.

OVAM zal in dit dossier ambtshalve optreden in het kader voor het deel van de verontreiniging die ontstaan is tijdens de vorige uitbating door de Wasserij der Vlaanderen.

Aangezien het aangewezen is om te komen tot één bodemsaneringsproject stelt OVAM voor om in samenspraak met (u) een verdeelsleutel op te stellen die zal bepalen welk deel van de kosten u dient te financieren. Eén van de parameters bij het maken van de verdeelsleutel is de tijd van exploitatie door Rapid Was O Matic en Wasserij der Vlaanderen.

Indien u niet bereid bent om met OVAM constructief samen te werken, zal OVAM u in gebreke stellen en kunnen wij overgaan tot terugvordering van de kosten van de bodemsaneringswerken".

1.7. Met een brief van 6 maart 2007 stelt de verwerende partij de verzoekende partij formeel in gebreke en stelt hierbij wat volgt :

"U dient vóór 20 maart 2007 aan OVAM mee te delen of u bereid bent om over te gaan tot bodemsanering in samenwerking met OVAM".

1.8. De verzoekende partij antwoordt daarop in de volgende bewoordingen :

"Bij de overname van het failliete FLANDERS CLEANING werd uitdrukkelijk bedongen in de overeenkomst met de curator de heer Defreyne dat de saneringskosten ten last(e) waren van de curator en niet konden verhaald worden op de bvba Rapid Was O Matic.

Dit akkoord werd bevestigd door de handelsrechtbank.

U zult begrijpen dat wij de aankoop van de activa van Flanders Cleaning niet eens zouden overwogen hebben indien de sanering ten onze laste was.

Wij zijn niet de saneringsplichtige en U zult begrijpen dat wij niet zullen overgaan tot de bodemsanering in samenwerking met OVAM.

Indien U de overeenkomst met de curator en de Handelsrechtbank in twijfel trekt dan kunt U deze partijen voor de rechtbank vervolgen.

Moesten wij toch als saneringsplichtige aangeduid worden dan zullen wij de rechtbank de ontbinding van onze overeenkomst met de curator van Flanders Cleaning vragen".

1.9. Daarop meldt de verwerende partij aan de verzoekende partij met een brief van 5 april 2007 :

"Op 21 maart 2006 werd de OVAM door de Milieu-inspectie Oost-Vlaanderen op de hoogte gesteld van de aanwezigheid van tetrachlooretheen in twee boorputten van 60 en 56 m diep. Er werden concentraties in het grondwater van deze putten vastgesteld van respectievelijk 0,9 µg/l en 2,4 µg/l. Aangezien er op het terrein een aanzienlijke VOCI verontreiniging voorkomt in de ondiepere lagen dient het verspreidingsrisico naar de diepere lagen te worden ingeschat. U dient hiervoor een bodemsaneringsdeskundige aan te stellen. Deze bodemsaneringsdeskundige zal moeten bepalen indien noodzakelijk welke voorzorgsmaatregelen er moeten genomen worden om verdere verspreiding tegen te gaan.

U dient ons van uw acties tot aanstelling van de deskundige vóór 11 april 2007 op de hoogte te brengen".

1.10. Met een brief van 10 april 2007 antwoordt de verzoekende partij daarop in de volgende bewoordingen :

"Wij willen U graag het volgende opmerken :

1. Wij denken niet dat wij een staal ontvingen voor tegenanalyse, van het water dat afgenomen werd op 21 maart 2006.

Ondertussen werd de 2^e put afgedicht door een erkend aannemer en dit in het kader van een actualisering van onze Exploitatievergunning. De afdichting werd uitgevoerd op vraag van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap - Milieu-Inspectie/Buitendienst Oost Vlaanderen.

2. Zoals U reeds gemeld werd hebben wij de activiteiten van het failliete Flanders Cleaning Services overgenomen van de curator.

In de overnameovereenkomst werd er bepaald dat 'de saneringskosten ingevolgde de stopzetting van de handelsuitbating door de nv Flanders Cleaning Services, zijnde de overdragende exploitant, niet verhaalt op de bvba Rapid Was 0 Matic'.

De curator, (de) heer Geert Defreyne, liet daarna een aantal onderzoeken uitvoeren in het kader van het Saneringsproject. Misschien kunt U bij hem de gewenste informatie bekomen.

3. Volgens de analyseresultaten die U overgemaakt werden door AXTRON GEOCONSULTING nv, in het kader van het Beschrijvend Bodemonderzoek, werd er op 25.10.2000 een concentratie van 2,9 µg/liter Per gemeten in het boorputwater. Deze concentratie was dus 6,5 jaar geleden reeds bekend. Waarom moeten wij nu zo dringend een deskundige aanstellen om voorzorgmaatregelen te nemen?

4. Wij ontvingen Uw brief op 6 April en vandaag is het de eerste werkdag na het Paasweekend. U zult begrijpen dat wij, rekening houdend met hoger vermeld en met de beschikbare tijd omdat U uitdrukkelijk om een antwoord gevraagd hebt voor 11 April, geen bodemsaneringsdeskundige aangesteld hebben".

1.11. Op 21 december 2007 dient de NV BROCAP bij het Vlaams Agentschap Ondernemen een aanvraag in "tot onderhandelingen omtrent de totstandkoming van een Brownfieldconvenant".

De verwerende partij wordt hiervan klaarblijkelijk niet rechtstreeks op de hoogte gebracht.

1.12. Op 10 maart 2008 wordt de bestreden beslissing genomen. De verwerende partij beslist hierbij de verdere bodemsanering ambtshalve uit te voeren.

1.13. Uit een mededeling van de Vlaamse minister van Financiën en Begroting en Ruimtelijke Ordening van 18 juli 2008 blijkt dat, onder meer, de aanvraag van de NV BROCAP ontvankelijk en gegrond bevonden is;

2. De ontvankelijkheid van de vordering

2.1. Overwegende dat de verwerende partij het rechtens vereiste belang van de verzoekende partij ontzegt;

2.2. Overwegende dat over die ingeroepen exceptie slechts uitspraak zou moeten worden gedaan indien aan de beide, cumulatieve voorwaarden om tot de schorsing van de tenuitvoerlegging over te gaan is voldaan, wat te dezen, zoals zal blijken, niet het geval is;

3. De schorsingsvoorwaarden

Overwegende dat luidens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de akte of het reglement een moeilijk te herstellen en ernstig nadeel kan berokkenen;

3.1. Overwegende dat de verzoekende partij met betrekking tot de tweede voorwaarde aanvoert dat de ambtshalve uitvoering van de verdere bodemsanering de procedure tot het verkrijgen van een brownfieldconvenant zal "belemmeren en zelfs verhinderen", dat de ambtshalve sanering onherroepelijke schade teweegbrengt die niet meer ongedaan kan worden gemaakt ingeval van een latere vernietiging, dat de verwerende partij in die hypothese zeer aanzienlijke kosten zal maken omdat er meer dan 80 percelen zouden zijn aangetast door de vervuiling en zij daarbij geen gebruik zal kunnen maken van de soepele en daardoor kostenbeperkende mogelijkheden die het brownfieldconvenant aanreikt, dat de verwerende partij vervolgens deze kosten zal recupereren op de verzoekende partij, dat dergelijke werkwijze daardoor het faillissement van de verzoekende partij zou kunnen veroorzaken, hetgeen uiteraard door een latere vernietiging van de bestreden beslissing niet meer ongedaan kan worden gemaakt, dat men bovendien binnen het ruimere project tot het verkrijgen van een brownfieldconvenant een redelijke verdeelsleutel zou kunnen uitwerken aangaande het te dragen aandeel binnen de sanering waarbij de maximale saneringsplicht ten laste van de verzoekende partij, die slechts de huidige exploitant is maar geen aandeel draagt in de vervuiling, tot een absoluut minimum wordt beperkt, dat het uitvoeren van de ambtshalve sanering om bovenvermelde redenen dan ook een moeilijk te herstellen ernstig nadeel in de zin van artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State in hoofde van de verzoekende partij berokkent; dat de verzoekende partij ten slotte betoogt dat zij, die door de verwerende partij als eerste zal worden aangesproken ter vergoeding van de kosten die de ambtshalve sanering met zich heeft meegebracht, zich later zal

moeten verhalen op de curator van de failliete onderneming "Wasserij der Vlaanderen", wiens actief evenmin toereikend zal zijn om de kosten te dragen;

3.2. Overwegende dat de verzoekende partij als moeilijk te herstellen ernstig nadeel zich uitsluitend beroept op een financieel nadeel; dat in de regel een financieel nadeel steeds kan worden hersteld; dat in dezen de kostprijs van de saneringswerken precies zal kunnen worden vastgesteld, zodat de verzoekende partij na de gebeurlijke vernietiging van de bestreden beslissing algehele voldoening kan verkrijgen; dat slechts wanneer een financieel nadeel een verzoekende partij in dergelijke precaire situatie zou brengen dat het voortbestaan zelf van een verzoekende partij in het gedrang zou worden gebracht, dergelijk nadeel mogelijk als ernstig en moeilijk te herstellen kan worden beschouwd; dat in dezen de saneringsverplichting op zich niet het gevolg is van de bestreden beslissing, maar van het besluit van de Vlaamse regering van 5 december 2001 en de conformverklaring van het beschrijvend bodemonderzoek op 6 februari 2006, in de mate dat het om historische verontreiniging gaat; dat voor de nieuwe bodemverontreiniging de saneringsverplichting het gevolg is van het overschrijden van de bodemsaneringsnormen; dat de verzoekende partij van oordeel is dat de totstandkoming van een brownfield-convenant ernstig bemoeilijkt wordt; dat zij dit evenwel niet nader toelicht, terwijl de verwerende partij terecht laat gelden dat de terugvordering van de kosten van de ambtshalve sanering pas kan gebeuren nadat de hele operatie is afgerond, en dat niets belet dat er intussen toch een brownfieldconvenant tot stand zou kunnen komen; dat zij ook opmerkt dat zij, voordat de bestreden beslissing is genomen, meermaals aan de verzoekende partij heeft voorgesteld te bespreken hoe de saneringswerken zouden kunnen worden uitgevoerd, en wat het financiële aandeel van de verzoekende partij hierin zou zijn, maar dat de verzoekende partij ieder gesprek daarover heeft geweigerd; dat de verzoekende partij niet aantoont welke de kostprijs van de sanering zal zijn en welke vermindering ervan zou kunnen worden gerealiseerd door de aanwending van een brownfieldconvenant; dat de verzoekende partij ook geen cijfermatige gegevens aanbrengt met betrekking tot haar financiële draagkracht en louter stelt dat zij dreigt failliet verklaard te zullen worden indien zij de saneringskosten zal moeten dragen; dat de Raad van State zich bijgevolg geen oordeel kan vormen over het al dan niet voortbestaan van de verzoekende partij indien zij geroepen zou worden om in te staan voor de saneringskosten; dat de verzoekende partij bijgevolg niet op afdoende wijze aannemelijk maakt dat zij door de onmiddellijke uitvoering van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel dreigt te zullen ondergaan;

Overwegende dat uit wat voorafgaat blijkt dat aan één van de voorwaarden van artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State niet is voldaan; dat die vaststelling volstaat om de vordering van de verzoekende partij af te wijzen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 2.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op negen oktober tweeduizend en acht, door :

de H.	L. HELLIN,	kamervoorzitter,
Mevr.	E. IMPENS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

E. IMPENS.

L. HELLIN.