

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 197.450 van 29 oktober 2009
in de zaak A. 192.423/VII-37.365**

In zake: de NV VAN GANSEWINKEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens, Geert Van Calster en Wim Vandenberghe
kantoor houdend te Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de OPENBARE VLAAMSE AFVALSTOFFENMAATSCHAPPIJ
(OVAM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Bronders
kantoor houdend te Oostende
Archimedesstraat 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:
de NV INDAVER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Jo Blockeel
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 mei 2009, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van de Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaamse Gewest dd. 3 maart 2009 houdende bezwaar tegen de overbrenging van afvalstoffen zoals omschreven in de kennisgeving met nummer BE 001001023".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Eerste auditeur Eric Lancksweerdts heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 september 2009.

Kamervoorzitter Luc Hellin heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Geert Van Calster en Wim Vandenberghe, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Rudy Verschraegen, die loco advocaat Bart Bronders verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Carlos De Wolf en Jo Blockeel, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Eric Lancksweerdts heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3. De verzoekende partij is actief in de sector van de afvalstoffen waarin zij onder meer binnen het Vlaamse Gewest industrieel en gelijkgesteld huishoudelijk afval inzamelt en voor de eindverwerking van deze afvalstromen contracten heeft gesloten met diverse verbrandingsovens binnen en buiten het Vlaamse Gewest.

4. Op 23 januari 2009 doet zij een kennisgeving aan de verwerende partij betreffende de grensoverschrijdende overbrenging van afvalstoffen.

De ontvanger van de afvalstoffen in het buitenland zou de BV AVR AFVALVERWERKING te Rotterdam-Botlek zijn.

In de voornoemde kennisgeving stelt de verzoekende partij dat zij in het werkingsjaar 2008 ongeveer 35.000 ton brandbare bedrijfsafvalstoffen richting de stortplaats moeten afvoeren, omdat te weinig geschikte verbrandingscapaciteit voorhanden was en dat zij voor het werkingsjaar 2009 een gelijkaardige situatie voorziet.

Prognoses geven volgens haar aan dat er in 2009 een verbrandingstekort zal zijn, waardoor noodzakelijkerwijze naar de stortplaatsen zal moeten uitgeweken worden.

Zij argumenteert dat de Van Gansewinkel Groep, divisie AVR, in Nederland over diverse afvalverbrandingsinstallaties beschikt die "qua energetisch rendement tot de top behoren binnen (de) Benelux" en dat op deze installaties regelmatig capaciteit beschikbaar is die kan ingevuld worden met afvalstromen buiten Nederland.

Uit het aanvraagdossier blijkt dat er 3.500 overbrengingen worden beoogd en dat er maximum 60.000 ton gemengde bedrijfsafvalstoffen zou worden vervoerd.

5. Met een brief van 16 februari 2009 deelt Senter Novem, de bevoegde Nederlandse autoriteit inzake de overbrenging van afvalstoffen, aan de verwerende partij mee geen bezwaar te maken tegen het voornemen van de verzoekende partij om de afvalstoffen, beschreven in de kennisgeving, over te brengen naar Nederland gedurende een welbepaalde periode.

Op 3 maart 2009 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee bezwaar te maken tegen de geplande overbrenging. Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkost

6. De NV Indaver dient een verzoekschrift tot tussenkost in. Uit het dossier blijkt dat de NV Indaver er belang bij heeft dat zij vanwege de verzoekende partij voldoende afvalstoffen ter verbranding krijgt aangeleverd. Dit zou in het gedrang kunnen komen als de verzoekende partij de toelating zou krijgen om afvalstoffen te exporteren met het oog op verbranding. De NV Indaver doet bijgevolg blijken van een voldoende belang bij haar tussenkost. Zij wordt bijgevolg toegelaten om tussen te komen in het geding.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

7. De tussenkomende partij werpt op dat de verzoekende partij niet doet blijken van het rechtens vereiste belang omdat zij het Uitvoeringsplan Milieuverantwoord Beheer van Huishoudelijke Afvalstoffen 2008-2015 niet

aangevochten heeft terwijl de bestreden beslissing een rechtstreeks gevolg is van de toepassing en de uitvoering van dat Uitvoeringsplan.

8. Over die ingeroepen exceptie zou slechts uitspraak moeten worden gedaan indien aan de beide, cumulatieve voorwaarden om tot de schorsing van de tenuitvoerlegging over te gaan, is voldaan. Dit is, zoals hierna zal blijken, niet het geval.

VI. Onderzoek van de vordering

9. Luidens artikel 17, § 2, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, kan slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging 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.

Moeilijk te herstellen ernstig nadeel

Standpunt van de partijen

10. Met betrekking tot de tweede voorwaarde argumenteert de verzoekende partij dat beslissingen die het verwerven of behouden van een marktaandeel in het gedrang brengen als een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kunnen worden beschouwd.

Zij stelt hierbij dat een onderneming schade kan lijden, ook indien het om een grote onderneming gaat, wanneer zij kan vrezen dat haar concurrentiepositie en groeimogelijkheden in gevaar worden gebracht doordat een discriminerende maatregel de concurrentie -in dezen bestaande eindverwerkingsinstallaties in Vlaanderen - duidelijk bevoordeelt met alle gevolgen van dien voor de concurrentie en haar groei. De mogelijkheid dat de verzoekende partij elders dan in het Vlaamse Gewest diensten kan contracteren, brengt haar in een betere onderhandelingspositie ten aanzien van dienstenaanbieders die enkel contracteren in het Vlaamse Gewest. De bestreden beslissing ontnemt deze mogelijkheid voor de verzoekende partij om in concurrentie te treden met de eindverwerkingsinstallaties in Vlaanderen.

Zij betoogt voorts:

"De bestreden beslissing heeft verder tot gevolg dat verzoekende partij de mogelijkheid ontnomen wordt effectief en efficiënt (centraal) gebruik te maken van haar verwerkingsinstallaties in het buitenland (zijnde AVR Afvalverwerking B.V. in Nederland). Reeds in het kennisgevingsformulier gaf verzoekende partij aan dat er verwerkingscapaciteit beschikbaar is in deze installatie en dat zij deze optimaal wenst te benutten. Dit is essentieel voor de rentabiliteit van de significante investeringen inzake de installatie. Dit is eveneens van belang in het licht van een continue en concurrentieel exploitatie van de installatie, en de toestroom van (buitenlandse) afvalstromen vormt hiertoe een belangrijk onderdeel.

Op het gebied van 'verbranding met energierterugwinning' is AVR marktleider in Nederland. De Van Gansewinkel Groep is specialist in het inzamelen, be- en verwerken van afval. De bestreden beslissing ontnemt verzoekende partij de mogelijkheid om haar diensten verder te ontwikkelen als een verticaal geïntegreerde ondernemingsgroep (van afvalinzameling tot afvalverwerking en verbranding).

De onzekerheid die in de hand wordt gewerkt door het door de OVAM gevoerde beleid inzake afvaltransporten buiten de regiogrenzen van het Vlaamse Gewest, hypothekeert tevens de uitbating van verzoekende partij haar onderneming (afvalophaling en -vervoer) en in het bijzonder haar contractuele relaties (zoals in casu met verwerkingsinstallaties zoals AVR Afvalverwerking B.V. doch ook met bedrijven die zich wensen te ontdoen van hun afval).

In casu vormt de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verder tevens een moeilijk te herstellen ernstig nadeel in hoofde van verzoekende partij nu zij met het beroep tot schorsing voor uw Raad de mogelijkheid op herstel in natura wenst te vrijwaren. Uit het feitenrelaas blijkt immers dat het laatste afvaltransport voorzien was op 31 januari 2010. Bij onwettig overheidsoptreden wordt in regel voorkeur gegeven aan het herstel in natura. Dit is ook het doel van verzoekende partij: zij wil een uitvoering in natura, nl. dat zij het afval kan transporteren naar en laten verwerken in AVR Afvalverwerking B.V.). De vordering tot schorsing heeft juist tot doel en is ook de enige mogelijkheid om dergelijk herstel in natura mogelijk te maken".

11. De verwerende partij stelt dat het vermeende moeilijk te herstellen ernstig nadeel zeer ruim en algemeen geformuleerd is door te stellen dat door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing de concurrentiepositie en de groei van de verzoekende partij in het gedrang zouden worden gebracht.

Enig vermeend nadeel, zo het al zou bestaan, vloeit volgens de verwerende partij geenszins voort uit de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing zelf, maar uit het Uitvoeringsplan Milieuverantwoord Beheer van Huishoudelijke Afvalstoffen 2008-2015 waarvan de bestreden beslissing een concrete toepassing uitmaakt.

De sectorale uitvoeringsplannen gelden overeenkomstig artikel 36, § 6, van het decreet van 2 juli 1981 betreffende de voorkoming en het beheer

van afvalstoffen (hierna: afvalstoffendecreet) onder andere voor de administratieve overheden van het Vlaamse Gewest en de publiekrechtelijke of privaatrechtelijke instellingen die belast zijn met taken van openbaar nut inzake milieubeleid.

Overeenkomstig artikel 36, § 7, van het afvalstoffendecreet zijn de bepalingen van sectorale uitvoeringsplannen bindend, uitgezonderd waar dit uitdrukkelijk aangegeven is in deze plannen, in welk geval ze indicatief zijn. In dezelfde decreetsbepaling wordt ook verduidelijkt dat van de bindende bepalingen slechts kan worden afgeweken bij beslissing van de Vlaamse regering "wanneer daarvoor gewichtige redenen zijn en mits behoorlijke motivering".

De verwerende partij citeert uit het Uitvoeringsplan Milieuverantwoord Beheer van Huishoudelijke Afvalstoffen 2008-2015:

"Het zelfvoorzieningsprincipe houdt in dat Vlaanderen - zoals de Europese Kaderrichtlijn Afval voorziet - ervoor kiest om zelf de volledige verantwoordelijkheid te nemen voor de verwijdering van het Vlaamse huishoudelijk restafval en bedrijfsafval. In dit plan blijft dit behouden, wat betekent dat de gewestgrenzen voor verwijdering door verbranding (D10) gesloten blijven. Voor import/export voor verwijdering van een welbepaalde hoeveelheid afvalstoffen binnen een welbepaalde periode met een welbepaalde oorsprong en bestemming naar andere gewesten is de expliciete toelating van de Vlaamse minister van Leefmilieu vereist. Voor invoer uit en uitvoer naar het buitenland wordt bovendien de EVOA-procedure gevolgd.

Bij uitvoer buiten het Vlaamse Gewest geldt het principe van gelijk speelveld waarbij o.m. steeds de ontvangende eindverwerkingsinstallatie minimaal moet voldoen aan de Europese richtlijnen. In principe kan alleen hoogcalorisch afval voor nuttige toepassing worden afgevoerd buiten Vlaanderen. Voor grensoverschrijdende samenwerking met naburige regio's waar een gelijk speelveld geldt inzake BBT, heffingen, normering, handhaving, subsidiëring, ... kan de Vlaamse minister voor Leefmilieu afwijkingen verlenen op het principe van zelfvoorziening voor eindverwerking".

De verwerende partij was gehouden om tegen de vraag bezwaar te formuleren wegens strijdigheid met de bindende bepalingen van het Uitvoeringsplan Milieuverantwoord Beheer van Huishoudelijke Afvalstoffen 2008-2015, zodat het door de verzoekende partij aangevoerde nadeel rechtstreeks voortvloeit uit een bindende bepaling van dit Uitvoeringsplan, waartegen de verzoekende partij geen schorsings- of annulatieberoep heeft ingeleid.

De verzoekende partij heeft bovendien na de kennisgeving nog met het indienen van haar vordering gewacht tot 4 mei 2009.

Aldus zijn de gedragingen van de verzoekende partij tegenstrijdig met haar motieven op grond waarvan zij meent de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing te kunnen verkrijgen.

Zij heeft ook tot februari 2009 gewacht om een kennisgevingsformulier op te stellen met het oog op voorgenomen afvaltransporten naar Nederland voor het werkingsjaar 2009.

De verzoekende partij is aldus, volgens de verwerende partij, niet diligent opgetreden.

De schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing kan het vermeende nadeel ook niet wegnemen, aangezien deze niet automatisch tot gevolg zou hebben dat de verzoekende partij het met de kennisgeving beoogde transport van Vlaams bedrijfsafval naar Nederland zou mogen uitvoeren om het daar te laten verwerken, zelfs niet indien de bestreden beslissing na een uiteindelijke vernietiging ervan definitief uit het rechtsverkeer zou verdwijnen.

Ten slotte blijft de verzoekende partij in gebreke om aan de hand van precieze gegevens of bewijsstukken in concreto aan te tonen dat de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing de vermeende nadelen zou kunnen veroorzaken. De verzoekende partij beperkt zich tot de eenvoudige bewering dat de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing haar concurrentiepositie en haar groei, het effectief en efficiënt gebruik van haar verwerkingsinstallaties in het buitenland, en de rentabiliteit van de significante investeringen inzake de installatie en de continue en concurrentiële exploitatie van de installatie in het gedrang zou brengen, zonder daaromtrent enig stuk of enige studie neer te leggen.

12. De tussenkomende partij stelt dat de verzoekende partij nalaat aan te tonen dat er zich een tekort aan verbrandingscapaciteit zou voordoen voor het werkingsjaar 2009.

Uit de stukken die de tussenkomende partij aanbrengt, blijkt volgens haar dat de verzoekende partij zelfs haar aanleveringsverplichting voor het werkingsjaar 2008, "overeenkomstig artikel 5.2.2 van de Raamovereenkomst", ten aanzien van de tussenkomende partij niet volledig is nagekomen. Voor 2009 dreigt

eveneens de overeengekomen aanleveringscapaciteit door de verzoekende partij niet te worden gehaald.

Aangezien de verzoekende partij niet eens de totale beschikbare verbrandingscapaciteit van de tussenkomende partij benut, kan niet worden ingezien op welke manier zij in haar kennisgeving kan beweren dat te weinig verbrandingscapaciteit voorhanden zou zijn.

Bovendien kan de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing geenszins tot gevolg hebben dat de verzoekende partij zonder meer mag overgaan tot het door haar geplande vervoer van afvalstoffen omdat voorafgaand aan het transport van voor verwijdering bestemde afvalstoffen een kennisgeving moet gebeuren aan de betrokken autoriteiten, waarbij deze bevoegde autoriteiten van bestemming, verzending en doorvoer hiervoor hun toestemming moeten geven of hiertegen bezwaar kunnen maken.

Een herstel in natura kan bijgevolg niet worden verkregen.

Beoordeling

13. Het door de verzoekende partij aangevoerde nadeel wordt op een algemene en niet onderbouwde wijze uiteengezet.

De verzoekende partij zet immers uiteen dat haar concurrentiepositie en groeimogelijkheden in gevaar worden gebracht, doch daartegenover staat dat zij een zeer breed maatschappelijk doel heeft dat haar toelaat tal van activiteiten te ontplooiën binnen de afvalsector. In het licht van het totale activiteitenpakket van de verzoekende partij lijkt een uitvoerverbod, dat betrekking heeft op 60.000 ton afvalstoffen en dan nog gedurende een welbepaalde periode, niet van aard om de concurrentiepositie van de verzoekende partij dermate aan te tasten dat haar voortbestaan in het gedrang zou komen. Het blijkt evenmin dat andere ondernemingen uit dezelfde sector in het Vlaamse Gewest wel een toelating hebben gekregen voor de uitvoer van afval met het oog op verbranding, daar waar dit bij de verzoekende partij is geweigerd. De verzoekende partij beklaagt zich veeleer over het feit dat ten gevolge van de bestreden beslissing haar concurrentiepositie niet verbetert, zodat dit veeleer het niet verkrijgen van een betere positie ten opzichte

van de concurrenten is dan een nadeel. Zulks kan in elk geval niet aanzien worden als een moeilijk te herstellen ernstig nadeel.

Ook toont de verzoekende partij niet aan dat de concurrentiepositie van de eindverwerkingsinstallatie in Rotterdam, of enige andere eindverwerkingsinstallatie die door haar wordt geëxploiteerd, een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel zal ondervinden van de bestreden beslissing.

De verzoekende partij beweert op een zeer algemene wijze dat haar concurrentiepositie en haar groeimogelijkheden in gevaar worden gebracht, doch zij toont dit geenszins concreet aan.

De bestreden beslissing heeft slechts een tijdelijke uitwerking, met name tot 31 januari 2010, zodat de beslissing er niet toe strekt dat het voor de verzoekende partij op een structurele en permanente wijze onmogelijk wordt om haar diensten verder te ontwikkelen als een verticale ondernemingsgroep.

De verzoekende partij stelt dat de uitbating van haar onderneming wordt gehypothekeerd evenals haar contractuele relaties.

Het blijkt ook in dat verband dat de verzoekende partij er zelfs niet in slaagt om aan de tussenkommende partij te leveren wat contractueel is vastgelegd. Er valt bijgevolg niet in te zien waarom de verzoekende partij beroep zou moeten doen op uitvoer naar het buitenland om haar exploitatie verder te kunnen zetten.

Ten slotte dient er op te worden gewezen dat, indien de verzoekende partij contracten sluit met buitenlandse afnemers van het afval, zij dient te beseffen dat de verwerkende partij de export van afval kan verbieden, zodat het risico dat contracten niet kunnen worden uitgevoerd steeds inherent en structureel aanwezig is.

14. De verzoekende partij toont niet op afdoende wijze aan dat zij een moeilijk te herstellen ernstig nadeel dreigt te ondergaan.

BESLISSING

1. Het verzoek van de NV Indaver tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst in het administratief kort geding, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negenentwintig oktober tweeduizend en negen, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Luc Hellin,
met bijstand van

Dieter Decock,

kamervoorzitter,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Dieter Decock

Luc Hellin