RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

nr. 206.377 van 1 juli 2010
in de zaak A. 187.076/VII-37.148.

In zake: de NV METALEN DESCAMPS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Gregory Verhelst
kantoor houdend te Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Vincke
kantoor houdend te Avelgem
Kasteelstraat 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 15 februari 2008, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse minister van Openbare Werken, Energie, Leefmilieu en Natuur van 17 december 2007 waarbij het beroep tegen de beslissing van de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (hierna : OVAM) van 17 mei 1999, houdende conformverklaring van het beschrijvend bodemonderzoek betreffende het bedrijfsterrein van de NV Metalen Descamps, gelegen aan de Herseltsesteenweg te Aarschot, ongegrond wordt verklaard en de beroepen beslissing wordt bevestigd.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Peter Provoost heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 mei 2010.

Kamervoorzitter Luc Hellin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Matthias Valkeniers, die loco advocaten Peter Flamey en Gregory Verhelst verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Filip Vincke, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Peter Provoost 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

3.1. Bij arrest nr. 168.356 van 1 maart 2007 heeft de Raad van State een beslissing van 18 juni 1999 vernietigd, waarbij een administratief beroep van de verzoekende partij onontvankelijk was bevonden. Dit administratief beroep was gericht tegen een beslissing van OVAM van 17 mei 1999, waarbij een beschrijvend bodemonderzoek betreffende het bedrijfsterrein van de verzoekende partij conform werd verklaard en waarbij zij werd aangemaand een bodemsaneringsproject in te dienen.

3.2. Op 23 maart 2007 laat de verwerende partij aan de verzoekende partij weten dat het door haar ingediende administratief beroep ontvankelijk wordt bevonden. Zij deelt voorts mee dat de verzoekende partij, aangezien het beroepschrift dateert van 16 juni 1999, nog aanvullingen kan indienen tot 15 mei 2007 en dat zij duidelijk de huidige stand van het dossier moet meedelen en desgevallend moet aangeven of zij het beroep wenst in te trekken indien zij geen belang meer zou hebben.

Op dezelfde dag laat de verwerende partij ook aan OVAM weten dat het door de verzoekende partij ingediende administratief beroep ontvankelijk wordt bevonden.

3.3. Op 15 mei 2007 antwoordt de verzoekende partij dat zij haar belang behoudt bij de behandeling van het beroep in heroverweging en vraagt zij om uitspraak te doen op grond van de stukken van het dossier.

3.4. Op 4 mei 2007 bezorgt OVAM het administratief dossier en een "verweernota" aan de verwerende partij.

3.5. Op 17 december 2007 wordt het bestreden besluit genomen waarbij het beroep wordt verworpen en de conformverklaring van het beschrijvend bodemonderzoek door OVAM wordt bevestigd.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van artikel 23 van het decreet van 22 februari 1995 betreffende de bodemsanering (hierna : bodemsaneringsdecreet), van artikel 37 van het besluit van de Vlaamse regering van 5 maart 1996 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de bodemsanering (hierna : Vlarebo) en van het fair play-beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het recht om zijn standpunt naar voor te brengen, de hoorplicht en de materiële motiveringsplicht.

Zij stelt dat zij niet werd gehoord en dat haar niet de gelegenheid werd gegeven schriftelijk te antwoorden op een verweernota van OVAM van 4 mei 2007 terwijl zij in haar beroepschrift gevraagd had om te worden gehoord. Voorts argumenteert zij dat het feit dat het bodemsaneringsdecreet en Vlarebo niet uitdrukkelijk in een hoorplicht voorzien, niet wegneemt dat zij moest worden gehoord, gelet op de omstandigheid dat het beroep reeds meer dan acht jaar eerder was ingediend. De verzoekende partij stelt dat zij geen kennis heeft kunnen nemen van de verweernota van OVAM van 4 mei 2007 die, volgens haar, cruciaal was om het standpunt van OVAM te kennen en dat zij bijgevolg niet op geïnformeerde wijze

gebruik heeft kunnen maken van haar beroepsrecht om haar beroep van 16 juni 1999 aan te vullen en te actualiseren.

5. De verwerende partij verwijst naar de motivering in het bestreden besluit en antwoordt dat de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur, voor zover niet uitdrukkelijk opgelegd, enkel bestaat wanneer het bestuur overweegt een ernstige maatregel te nemen omwille van iemands eigen gedrag, wat, volgens haar, te dezen niet het geval is. Zij antwoordt voorts dat aan de verzoekende partij de mogelijkheid is gegeven om aanvullingen in te dienen bij haar administratief beroep en dat deze administratieve procedure niet op een "accusatoire" manier met woord en wederwoord verloopt. Het was volgens haar niet noodzakelijk dat de verzoekende partij kennis had van de verweernota van OVAM van 4 mei 2007 omdat deze nota geen element bevat dat de verzoekende partij onbekend was. Ten slotte stelt de verwerende partij dat in de Vlarebo-procedure niet voorzien is dat de nota van OVAM aan de beroepsindiener moet worden bezorgd.

6. De verzoekende partij repliceert dat ook wanneer niet uitdrukkelijk in de hoorplicht is voorzien, de beroepsindiener voldoende - ongeveer evenveel als de andere partijen - gelegenheid moet hebben om zijn rechten te vrijwaren. Zij stelt dat het dossier op basis waarvan het bestreden besluit is genomen, wat de verzoekende partij betreft, enkel het administratief beroepschrift van 16 juni 1999 bevat, terwijl het dossier, wat OVAM betreft, een verweernota van 4 mei 2007 bevat, waarin ook wordt verwezen naar briefwisseling die dateert van na het administratief beroep. Volgens haar moest tegenspraak worden georganiseerd om de gelijkheid tussen partijen te waarborgen en is het louter aanbieden van de gelegenheid om het beroep aan te vullen na voornoemd arrest van de Raad van State onvoldoende omdat zij moest kunnen antwoorden op deze verweernota en hiervan geen kennis heeft gekregen.

7. De verzoekende partij stelt in haar laatste memorie dat bij afwezigheid van bijzondere omstandigheden, in hoofde van het bestuur de verplichting bestaat om administratieve beroepen af te handelen met inachtneming van het beginsel van de fair play, wat volgens haar te dezen inhoudt dat zij in kennis moest worden gesteld van de verweernota van OVAM die acht jaar na het indienen van het beroepschrift werd neergelegd en dat zij de gelegenheid moest krijgen een standpunt in te nemen ten opzichte van deze verweernota. Zij stelt dat haar vraag in de e-mail van 15 mei 2007 om uitspraak te doen op grond van de in het dossier bestaande stukken, naar het administratief dossier verwijst zoals zij dit kende naar

aanleiding van de procedure voor de Raad van State omdat zij niet kon weten of er sinds het arrest nr. 168.356 van 1 maart 2007 van de Raad van State nog stukken aan waren toegevoegd. Het getuigt volgens haar enerzijds van onbehoorlijk bestuur dat zij niet van de verweernota van OVAM van 4 mei 2007 in kennis werd gesteld en anderzijds van onzorgvuldig bestuur doordat uitspraak is gedaan op basis van een éénzijdig samengesteld dossier. Ten slotte stelt de verzoekende partij dat de verwerende partij na het arrest nr. 168.356 van 1 maart 2007 nog steeds gevat was door het oorspronkelijke beroep met inbegrip van de vraag om gehoord te worden en heeft de vervanging van een hoorzitting door de mogelijkheid om schriftelijk verweer toe te voegen, slechts zin wanneer de betrokkene kennis heeft van het integraal dossier.

Beoordeling

8. Het is niet formeel voorgeschreven dat de verzoekende partij moest worden gehoord, noch dat de verweernota van OVAM haar moest worden bezorgd om haar toe te laten er schriftelijk op te reageren.

De verzoekende partij stelt dat zij moest kunnen nagaan "op welke manier de bevindingen anno 1999 worden getoetst door OVAM aan het juridische kader en de code van goede praktijk anno 2007", maar heeft zelf haar beroep niet nader toegelicht of geactualiseerd. Het stond de verzoekende partij vrij het administratief dossier in te kijken. Ook heeft zij op 15 mei 2007 gevraagd om uitspraak te doen op grond van de stukken van het dossier, zodat zij wordt geacht de stukken tot op die datum te kennen.

Voorts toont de verzoekende partij niet aan dat het tijdsverloop belangrijk was bij de beoordeling van het beroep, met name betreffende de beoordeling van conformverklaring van het beschrijvend bodemonderzoek aan de bepalingen van het bodemsaneringsdecreet en de beoordeling dat een deel van de vastgestelde verontreiniging een ernstige bedreiging vormt en dat daarom voor die verontreiniging een bodemsaneringsproject moet worden ingediend.

De verzoekende partij suggereert dat precies het lange tijdsverloop de aanleiding vormde voor OVAM om een nota in te dienen. In de nota staat echter over de grond van de zaak niets wat OVAM niet had kunnen schrijven kort na het indienen van het beroep, zodat er bezwaarlijk sprake kan zijn van een "geactualiseerde" verweernota.

9. Met betrekking tot de vraag om gehoord te worden, wordt in het bestreden besluit terecht gesteld dat het voldoende is dat de betrokkene de mogelijkheid heeft om zijn rechten te vrijwaren door zijn standpunt uiteen te zetten in een gemotiveerd beroepschrift of nota en via schriftelijk meegedeelde aanvullende gegevens en toont de verzoekende partij niet aan dat het tijdsverloop, tussen het indienen van het beroep en de uitspraak erover, dan wel de zogenaamde "geactualiseerde" verweernota van aard waren om een bijzondere hoorplicht te doen ontstaan, los van enige uitdrukkelijke wettelijke bepaling.

Ten slotte stelt de Raad van State vast dat de vraag van de verzoekende partij om "uitspraak te doen op grond van de stukken van het dossier" niet kan worden begrepen als een herhaling of een bevestiging van de oorspronkelijke vraag om gehoord te worden.

Het eerste middel is ongegrond.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

10. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van artikel 23 van het bodemsaneringsdecreet samengelezen met artikel 37, §§ 5, 6, en 7, van Varebo, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna : motiveringswet) en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij stelt dat OVAM beschikte over veertien dagen, na ontvangst van de kennisgeving van de ontvankelijkheid van het beroep, om het administratief dossier neer te leggen, eventueel vergezeld van een nota met opmerkingen en dat de nota van OVAM van 4 mei 2007 laattijdig werd ingediend. Voorts stelt zij dat de verwerende partij, overeenkomstig artikel 37, § 6, van Vlarebo, verplicht was om advies te vragen aan de Adviescommissie Bodemsanering.

11. De verwerende partij antwoordt dat het beroep is behandeld volgens de procedure geldend ten tijde van het instellen ervan. Zij stelt dat de Adviescommissie Bodemsanering pas bij artikel 7 van het besluit van de Vlaamse regering van 12 oktober 2001 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse regering van 5 maart 1996 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de

bodemsanering werd opgericht en dat overeenkomstig artikel 23 van dit besluit beroepen die worden ingediend vóór de inwerkingtreding van artikel 7 afgehandeld worden volgens de procedure die van toepassing is op het ogenblik van het indienen van het beroep.

12. De verzoekende partij repliceert dat het beroep ontvankelijk is bevonden na de inwerkingtreding van artikel 7 van voornoemd besluit van 12 oktober 2001, dat een beroep pas werkelijk als ingediend kan worden beschouwd wanneer het ook ontvankelijk is bevonden en dat voor beroepen die nog niet ontvankelijk zijn bevonden de algemene regel van onmiddellijke werking van gewijzigde procedureregels geldt.

13. In haar laatste memorie stelt de verzoekende partij dat het beginsel van onmiddellijke werking van het gewijzigd procedurerecht een algemeen rechtsbeginsel is dat ook toepasselijk is voor administratieve overheden. In de mate dat uit artikel 23 van voornoemd besluit van 12 oktober 2001 zou volgen dat de verzoekende partij niet kan genieten van de onmiddellijke toepassing van de gewijzigde procedure, stelt zij dat dit artikel met toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing moet worden gelaten omdat de algemene rechtsbeginselen boven de formele wet staan in de hiërarchie der normen.

Beoordeling

14. Artikel 23 van het besluit van de Vlaamse regering van 12 oktober 2001 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse regering van 5 maart 1996 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de bodemsanering vermeldt duidelijk :

> "De beroepen zoals bedoeld in de artikelen 18 en 23 van het decreet die vóór de inwerkingtreding van artikel 7 worden ingediend, worden afgehandeld volgens de procedure die van toepassing is op het ogenblik van het indienen van het beroep".

Dit artikel behoeft geen verdere interpretatie. De verzoekende partij toont niet aan dat eigenlijk het tijdstip wordt bedoeld waarop het beroep ontvankelijk wordt verklaard.

15. De rechtsleer waar de verzoekende partij naar verwijst handelt over artikel 3 van het gerechtelijk wetboek, dat betrekking heeft op onder meer de "rechtspleging" in "de hangende rechtsgedingen". Het administratief beroep dat wordt georganiseerd door artikel 23 van het bodemsaneringsdecreet is geen "rechtsgeding" in de zin van het gerechtelijk wetboek, aangezien de beroepsoverheid optreedt als orgaan van actief bestuur. Alzo is het algemeen rechtsbeginsel waarop de verzoekende partij zich beroept alleen van toepassing op jurisdictionele procedures en bijgevolg niet op administratieve procedures.

Het tweede middel is ongegrond.

C. Derde middel

Standpunt van de partijen

16. De verzoekende partij voert in een derde middel de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, van artikel 37, § 7, van Vlarebo en van de materiële motiveringsplicht. Zij voert ook de ontstentenis van de vereiste feitelijke en juridische grondslag aan.

Zij argumenteert dat er een interne tegenstrijdigheid is in de motivering van het bestreden besluit wanneer inzake de verontreiniging met zware metalen en minerale olie in het vaste deel van de bodem enerzijds gesteld wordt dat "het globale risicobeeld eerder weinig alarmerend is en de waarschijnlijke impact op de fauna en flora in het volledige risicokader eerder onbelangrijk is" en anderzijds dat "het niet kennelijk onredelijk is dat de OVAM stelt dat de verontreiniging met zware metalen en minerale olie in het vaste deel van de bodem een ernstige bedreiging vormen".

17. De verwerende partij antwoordt dat de door de verzoekende partij geciteerde overwegingen overgenomen zijn uit de conclusies van het beschrijvend bodemonderzoek van 1 juli 1997 en citeert op haar beurt de passages uit dit beschrijvend bodemonderzoek die volgens haar geleid hebben tot deze conclusie en waaruit blijkt dat er geen tegenstrijdigheid is. Er is volgens haar geen tegenstrijdigheid in een beslissing die enerzijds overweegt dat het globale risico-beeld eerder weinig alarmerend is en de waarschijnlijke impact op fauna en flora eerder onbelangrijk is, maar anderzijds stelt dat OVAM niet kennelijk onredelijk gehandeld heeft door te stellen dat de verontreiniging met zware metalen en

minerale olie een ernstige bedreiging vormen. Ten slotte stelt de verwerende partij dat de verzoekende partij niet aantoont dat de beoordeling door OVAM wel kennelijk onredelijk is.

18. De verzoekende partij repliceert dat de decreetgever gekozen heeft voor een "geval tot geval"-benadering voor wat betreft de sanering van historische verontreiniging, waarbij enkel tot sanering moet worden overgegaan wanneer de vastgestelde verontreiniging een bepaalde ernst vertoont en dan nog enkel wanneer deze verontreiniging "zeker of waarschijnlijk" schadelijke gevolgen zal hebben voor de gezondheid van mensen, planten of dieren, hetzij de waterwinning nadelig kan beïnvloeden. Zij stelt dat de verwerende partij er van uit lijkt te gaan dat eender welke verontreiniging automatisch moet worden gesaneerd, zelfs wanneer vastgesteld wordt dat deze verontreiniging quasi zonder impact zal blijven op de omgeving. Zij besluit dat het te dezen kennelijk niet redelijk is, minstens tegenstrijdig, om achtereenvolgens het gebrek aan ernst van een verontreiniging vast te stellen, om vervolgens te stellen dat deze verontreiniging desalniettemin zou moeten worden gekwalificeerd als zijnde een ernstige bedreiging.

19. In haar laatste memorie stelt de verzoekende partij dat de door haar geciteerde passages uit het bestreden besluit schragende overwegingen zijn, met daarin een redenering die de verwerende partij tot de hare heeft willen maken, en blijkt uit het bestreden besluit niet hoe van een verontreiniging met een eerder weinig alarmerend risicobeeld en een eerder onbelangrijke impact op de fauna en flora een ernstige bedreiging kan uitgaan. Zij stelt voorts dat zij in haar verzoekschrift heeft aangevoerd dat het bestreden besluit niet gesteund is op de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag en dat zij in haar memorie van wederantwoord dit middel verder uitwerkt door de criteria aan te halen op basis waarvan bij historische verontreiniging normaal gezien tot sanering wordt beslist.

Beoordeling

20. De eerste door de verzoekende partij geciteerde passage is een gedeelte van de weergave in het bestreden besluit van de conclusies van het beschrijvend bodemonderzoek van 1 juli 1997. De volledige passage luidt als volgt :

"Overwegende dat:
- op het terrein binnen het bosgebied de aangetroffen bodemverontreiniging op zijn minst waarschijnlijk schadelijke gevolgen zal hebben voor de gezondheid van planten en dieren; dat alhoewel het globale risicobeeld eerder weinig alarmerend is en de waarschijnlijke impact op fauna en flora in het volledige risicokader eerder onbelangrijk is, echter conform aan het Bodemsaneringsdecreet niet anders kan besloten worden dan dat er een ernstige bedreiging uitgaat van de aangetroffen verontreiniging (pag. 30 Beschrijvend Bodemonderzoek d.d. 1 juli 1997);
- (...)".

De tweede door de verzoekende partij geciteerde passage is gelicht uit de eigen beoordeling bij het bestreden besluit. De volledige alinea luidt als volgt :

"Overwegende dat er van de verontreiniging met zware metalen en minerale olie in het vaste deel van de bodem ter hoogte van het bosgebied/natuurgebied, op het perceel 65t en 65v, een ecologisch risico uitgaat; dat deze verontreiniging voorkomt in de toplaag of humuslaag van de bodem; dat de deskundige enkel besluit dat voor de aanwezigheid van zware metalen in het grondwater momenteel geen ernstige bedreiging aanwezig is, maar dit niet gaat over de verontreiniging in het vaste deel van de bodem; dat er bovendien duidelijk vermeld staat in het beschrijvend bodemonderzoek dat de verontreiniging met zware metalen in het vaste deel van de bodem moet aangepakt worden om geen bijkomend risico op verontreiniging in het grondwater te veroorzaken; dat door uitloging de zware metalen in de bodemlaag aanleiding kunnen geven tot bijkomende verontreiniging; dat contact bij een verontreiniging in de toplaag van de bodem niet uit te sluiten valt en dat dergelijke concentraties zware metalen en minerale olie waarschijnlijk schadelijke gevolgen hebben voor de mensen, planten of dieren die er mee in contact komen; dat de normale ontwikkeling van fauna en flora door de verontreiniging bedreigd wordt; dat het niet kennelijk onredelijk is dat de OVAM stelt dat de verontreiniging met zware metalen en minerale olie in het vaste deel van de bodem een ernstige bedreiging vormen".

Een gebeurlijke interne tegenstrijdigheid wordt niet aangetoond door een zinsnede uit de weergave van een beschrijvend bodemonderzoek te plaatsen tegenover een zinsnede uit de beoordeling die de verwerende partij zelf heeft gemaakt. Uit de bewuste passages in hun geheel blijkt dat het beschrijvend bodemonderzoek tot de conclusie komt dat "conform aan het Bodemsaneringsdecreet niet anders kan besloten worden dan dat er een ernstige bedreiging uitgaat van de aangetroffen verontreiniging" en het bestreden besluit "dat het niet kennelijk onredelijk is dat de OVAM stelt dat de verontreiniging met zware metalen en minerale olie in het vaste deel van de bodem een ernstige bedreiging vormen". De intern tegenstrijdige motivering die in het verzoekschrift aan het bestreden besluit wordt verweten, bestaat enkel in de selectieve lezing van het besluit door de verzoekende partij. Voor zover er al een tegenstrijdigheid bestaat, is deze enkel terug te vinden in het bewuste beschrijvend bodemonderzoek.

21. In de memorie van wederantwoord levert de verzoekende partij voor het eerst ook inhoudelijke kritiek op het beschrijvend bodemonderzoek, zonder echter de werkelijke motivering van het bestreden besluit te bespreken. Die kritiek in de memorie van wederantwoord is een nieuw middel en derhalve onontvankelijk.

Het derde middel is voor het overige ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van een juli tweeduizend en tien, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Luc Hellin,	kamervoorzitter,
Eric Brewaeys,	staatsraad,
Carlo Adams,	staatsraad,

bijgestaan door

Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Elisabeth Impens **Luc Hellin**