

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 208.696 van 4 november 2010
in de zaak A. 119.674/VII-26.345.**

In zake:

1. de NV EIKENAAR
2. Theophiel EIKENAAR
3. Jeanne EIKENAAR
4. Luc EIKENAAR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Ghysels
kantoor houdend te Brussel
Terhulpsessesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de OPENBARE VLAAMSE AFVALSTOFFENMAATSCHAPPIJ
(OVAM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Luypaers en Hans-Kristof Carême
kantoor houdend te Heverlee
Industrieweg 4, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 12 april 2002, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (hierna : OVAM) van 13 februari 2002 houdende "voorzorgsmaatregelen op de voormalige terreinen van de Oude Arseenfabriek, Grote Baan te Reppel-Bocholt".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 188.460 van 4 december 2008 zijn de debatten heropend en is het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat opgedragen het onderzoek van de zaak voort te zetten en een aanvullend verslag op te stellen.

Eerste auditeur Peter Provoost heeft een aanvullend verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 juni 2010.

Kamervoorzitter Luc Hellin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Claudia Moraru, die loco advocaat Jan Ghysels verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Hans-Kristof Carême, 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. De feiten worden samengevat weergegeven in het tussenarrest van de Raad van State nr. 188.460 van 4 december 2008.

IV. Heropening van de debatten

4. Bij arrest van de Raad van State nr. 188.460 van 4 december 2008 zijn de debatten heropend om het standpunt van de partijen te kennen naar aanleiding van het arrest nr. 160.426 van 22 juni 2006, inzake A. 79.448/VII-16.903, de NV Eikenaar en Theophiel Eikenaar tegen het Vlaamse Gewest, waarin de Raad van State voor recht heeft gezegd dat :

"De stelling van de verzoekende partijen dat met de sanering van de kwestieuze gronden niet werd aangevangen vóór de inwerkingtreding van het decreet van 20 april 1994, zodat de sanering diende te worden verdergezet

overeenkomstig het Bodemsaneringsdecreet van 22 februari 1995 en OVAM slechts tot de ambtshalve sanering kon overgaan, behoudens de wettelijk voorziene uitzonderingen, indien het perceel was opgenomen op de lijst bedoeld in artikel 46 van het Bodemsaneringsdecreet, kan bijgevolg niet worden bijgetreden".

De Raad van State zegt voorts voor recht in zijn arrest nr. 188.460 van 4 december 2008 :

"dat hieruit ondubbelzinnig wordt afgeleid dat de sanering van de gronden een aanvang heeft genomen voordat het decreet van 20 april 1994 tot wijziging van het decreet van 2 juli 1981 betreffende het beheer van afvalstoffen in werking was getreden, namelijk vóór 7 mei 1994; dat als gevolg van die vaststelling luidens artikel 14, derde lid, van het voornoemde decreet van 20 april 1994, de maatregelen tot ambtshalve sanering van verontreinigde bodems worden voltooid en de kosten ervan verhaald overeenkomstig de regels die golden voor de inwerkingtreding van dit decreet, derhalve overeenkomstig de regels vervat in het decreet van 2 juli 1981 betreffende de voorkoming en het beheer van afvalstoffen (hierna : afvalstoffendecreet); dat het afvalstoffendecreet in de versie vóór zijn wijziging door het decreet van 20 april 1994 geen bepalingen bevatte met betrekking tot voorzorgsmaatregelen of gebruiksbeperkingen tijdens of na de sanering; dat de partijen er van uitgegaan zijn dat in dezen het bodemsaneringsdecreet diende te worden toegepast; dat zulks lijkt te strijden met de hiervoor gedane vaststellingen; dat het derhalve past de debatten te heropenen teneinde het standpunt van de partijen te kennen".

V. Samenhang

5. De verzoekende partijen vragen in hun laatste memorie vóór het voornoemde tussenarrest dat de voorliggende zaak wordt samengevoegd met de zaken A. 121.382/VII-26.716 en A. 119.676/VII-26.346 wegens samenhang.

6. In zaak A. 119.676/VII-26.346 heeft de Raad van State reeds een arrest gewezen nr. 188.461 van 4 december 2008 en in zaak A. 121.382/VII-26.716 arrest nr. 188.462 van 4 december 2008. Er is bijgevolg geen aanleiding meer om deze zaken samen te voegen.

VI. Onderzoek van de middelen

Vierde middel

Standpunt van de partijen

7. In het vierde middel roepen de verzoekende partijen de schending in van artikel 5, §§ 1 en 2, van het decreet van 22 februari 1995 betreffende de bodemsanering (hierna : bodemsaneringsdecreet) en voeren zij het gebrek aan van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag. Voorts voeren zij aan dat het bestreden besluit genomen werd met machtsoverschrijding. Zij stellen dat het in werkelijkheid gaat om gebruiksbeperkingen en verwijzen naar de overweging in het bestreden besluit die stelt dat "de verenigbaarheid van deze terreinen met de activiteiten van Eikenaar nv & Consoorten Eikenaar ondergeschikt is aan de bepalingen van deze voorzorgsmaatregelen". Volgens hen kunnen dergelijke maatregelen alleen door de Vlaamse regering worden genomen zodat ze, aangezien ze te dezen door de verwerende partij werden opgelegd, door een onbevoegde overheid zijn genomen.

8. De verwerende partij antwoordt dat de kwalificatie van gebruiksbeperking overeenkomstig de termen van artikel 5, § 1, van het bodemsaneringsdecreet maar kan worden gehecht aan die maatregelen die tot gevolg hebben dat de percelen niet meer kunnen worden gebruikt overeenkomstig hun gebruikelijke bestemming. Volgens haar geven de verzoekende partijen niet aan welk het gebruik van de gronden overeenkomstig hun gebruikelijke bestemming is en moet volgens de decreetgever het begrip "gebruikelijke bestemming" niet worden opgevat als de planologische bestemming. De verwerende partij stelt voorts dat ook indien de percelen van de verzoekende partijen in abstracto gelegen zouden zijn in een KMO-zone krachtens het geldende gewestplan, het bestreden besluit het gebruik van deze percelen overeenkomstig hun normale bestemming niet uitsluit. Zij stelt dat, hoewel de percelen momenteel niet als KMO-zone worden gebruikt, zulk gebruik niet uitgesloten wordt.

9. De verzoekende partijen repliceren dat de verwerende partij niet kan stellen dat zij niet zou weten welke de gebruikelijke bestemming van de betreffende percelen was, omdat in het verzoekschrift werd vermeld dat de verzoekende partijen op dat terrein een wegeniswerkenbedrijf uitbaatten.

Zij stellen dat de voorwaarden tot teruggave tot gevolg hebben dat de percelen niet meer kunnen worden gebruikt, noch voor haar feitelijke gebruikelijke bestemming (wegeniswerkenbedrijf), noch voor haar planologische bestemming (KMO-zone).

10. De verwerende partij stelt in haar laatste memorie vóór het tussenarrest dat het argument dat het gebruik van de betrokken terreinen voor een wegeniswerkenbedrijf door het bestreden besluit onmogelijk is gemaakt omdat de grond niet langer mag worden bewerkt in de mate de HPDE-folie hierdoor zou worden beschadigd, niet leidt tot de vaststelling dat een wegeniswerkenbedrijf op het betrokken terrein niet meer kan worden uitgebaat. Een dergelijk bedrijf impliceert volgens de verwerende partij niet noodzakelijk groundbewerking dieper dan 50 cm onder de oppervlakte.

11. De verzoekende partijen stellen naar aanleiding van het tussenarrest nr. 188.460 van 4 december 2008 dat het arrest nr. 160.426 van 22 juni 2006 van de Raad van State inzake de NV Eikenaar en Theophiel Eikenaar een afwijzend arrest is en daarom geen gezag van gewijsde heeft, terwijl het vernietigingsarrest nr. 188.461 van 4 december 2008 in zaak A. 119.676/VII-26.346 dat tot dezelfde conclusie is gekomen, wel gezag van gewijsde erga omnes heeft. Volgens hen moeten de partijen zich richten naar laatstgenoemd arrest.

12. De verwerende partij stelt naar aanleiding van voormeld tussenarrest dat artikel 14 van voornoemd decreet van 20 april 1994 nog steeds van toepassing is en dat daarom alle maatregelen van ambtshalve bodemsanering in het dossier Eikenaar op grond van het oude afvalstoffendecreet moeten worden voortgezet. Zij stelt voorts dat de verscheidene stappen en/of opeenvolgende fases van bodemsanering afzonderlijk moeten worden beschouwd en dat de maatregelen tot ambtshalve sanering conform het afvalstoffendecreet worden voltooid wanneer zij vóór de inwerkingtreding van het decreet van 20 april 1994 zijn aangevangen en in het andere geval op grond van de alsdan geldende wetgeving. Volgens haar moeten, voor wat de tweede fase betreft, de bodemsanering, de ambtshalve bodemsanering en de maatregelen van ambtshalve bodemsanering op grond van de op dat moment geldende decreten worden uitgevoerd. Zij stelt dat voorzorgsmaatregelen geen deel uitmaken van bodemsanering omdat zij op zichzelf staan en de bodem-saneringswerken voorafgaan. Met betrekking tot het arrest van de Raad van State nr. 188.461 van 4 december 2008 stelt de verwerende partij dat het gezag van gewijsde zich beperkt tot wat de Raad van State noodzakelijk heeft

beslist om zijn beschikkend gedeelte te rechtvaardigen en dat de overweging dat de verwerende partij geen voorzorgsmaatregelen mocht nemen bij ontstentenis van een voldoende rechtsgrond in het afvalstoffendecreet, niet met gezag van gewijsde is bekleed. Zij concludeert daaruit dat in het kader van de procedure "voorzorgsmaatregelen" het bodemsaneringsdecreet van toepassing was. In ondergeschikte orde, voor het geval de Raad van State zou oordelen dat het afvalstoffendecreet van toepassing was gebleven, meent de verwerende partij dat de verzoekende partijen geen terzake relevant middel hebben aangevoerd.

13. De verwerende partij stelt in haar laatste memorie na het aanvullend auditoraatsverslag dat, bij stilzwijgen van het afvalstoffendecreet en haar overgangsbepalingen met betrekking tot juridische begrippen zoals "eindverklaring", de uitvoering van het besluit van 30 juli 1992 - waarbij de toenmalige Vlaamse executieve de verwerende partij formeel de opdracht gaf om over te gaan tot de onmiddellijke ambtshalve sanering van de terreinen van de voormalige arseenfabriek - niet noodzakelijk pas een einde zou moeten nemen naar aanleiding van de voltooiing van de ganse bodemsanering, maar, overeenkomstig de algemene beginselen van het administratief recht, een einde kan nemen naar aanleiding van, bijvoorbeeld, de opheffing van dit besluit.

Zij stelt voorts dat de ambtshalve bodemsanering afsplitsbaar is en dat dit blijkt uit haar beslissing van 13 februari 2002 inzake voorwaarden tot teruggave van de controle van het terrein. De teruggave van het terrein duidt volgens haar aan dat de maatregelen van ambtshalve bodemsanering beëindigd waren.

Ten slotte stelt de verwerende partij dat bij stilzwijgen van het afvalstoffendecreet met betrekking tot de draagwijdte van het begrip "maatregelen van ambtshalve bodemsanering" en de procedure hieromtrent, niet tot haar onbevoegdheid kan worden besloten en dat zij haar bevoegdheid minstens op de theorie van "implied powers" kan steunen.

Beoordeling

14. De voor de oplossing van het geschil relevante bepalingen luiden op dat ogenblik als volgt :

- artikel 21, §2, c), eerste lid, van het afvalstoffendecreet :

"De afvalstoffenmaatschappij kan ambtshalve de afvalstoffen van een onderneming verwijderen en de verontreinigde bodems en buiten gebruik gestelde industriële installaties, die een risico inhouden voor het leefmilieu en de volksgezondheid, saneren ingeval na behoorlijke ingebrekestelling door de afvalstoffenmaatschappij of door het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, de ingebrekegestelde heeft nagelaten de opgelegde maatregelen te treffen of de opgelegde werken uit te voeren binnen de opgelegde termijn";

- artikel 14, derde lid, van het decreet van 20 april 1994 tot wijziging van het afvalstoffendecreet :

"De maatregelen tot ambtshalve sanering van verontreinigde bodems en buiten gebruik gestelde industriële installaties op grond van artikel 21, § 2, c), van het decreet van 2 juli 1981 betreffende het beheer van afvalstoffen waarvan de uitvoering is aangevangen voor de datum van inwerkingtreding van dit decreet, worden voltooid en de kosten ervan verhaald overeenkomstig de regels die golden voor de inwerkingtreding van dit decreet".

Bij aangetekend schrijven van 4 maart 1987 werden de verzoe-
kende partijen in gebreke gesteld om de volgende werken uit te voeren :

"(...) dienen de afvalstoffen aanwezig in of op de bodem van de onder rubriek vermelde terreinen verwijderd te worden binnen de drie maanden te rekenen vanaf de postdatum van huidig schrijven.

Bovendien worden, binnen dezelfde termijn, volgende saneringsmaatregelen opgelegd:

- aanleggen van een voldoende aantal peilputten;
- egalisatie van het terrein na verwijdering der afvalstoffen;
- afdek met goede teelaarde".

Bij besluit van de Vlaamse regering van 30 juli 1992 werd de
verwerende partij formeel opgedragen om deze werken ambtshalve uit te voeren.

De maatregelen tot ambtshalve sanering omvatten het hele pakket
van werken en maatregelen dat bij besluit van de Vlaamse regering van 30 juli 1992
aan de verwerende partij is opgedragen.

Die saneringsmaatregelen zijn aangevangen vóór 7 mei 1994,
zodat zij overeenkomstig voornoemd artikel 14, derde lid, van het decreet van
20 april 1994 tot wijziging van het afvalstoffendecreet worden voltooid en de
kosten ervan verhaald overeenkomstig de regels die golden vóór 7 mei 1994.

Door de reeds gedeeltelijke uitvoering van de opgelegde saneringsmaatregelen is de acute bedreiging die uitgaat van de verontreiniging klaarblijkelijk weggenomen. De afvalstoffen zouden evenwel nog niet verwijderd zijn maar voorlopig opgeslagen in een zogenaamde "saneringsopslag".

In een volgende fase van de uitvoering van de saneringsmaatregelen zullen zij wellicht verwijderd worden.

De door de verwerende partij opgelegde voorzorgsmaatregelen zijn luidens artikel 2, 14/, van het bodemsaneringsdecreet maatregelen om mens of milieu tijdelijk te beschermen tegen de gevaren van de bodemverontreiniging in afwachting van bodemsaneringswerken.

Zij zijn bijgevolg te onderscheiden van de eigenlijke bodemsanering en zij zijn van tijdelijke aard, zodat zij door de verwerende partij enkel konden worden genomen mits de bodemsaneringswerken niet zijn aangevat.

In dezen zijn de werken wel aangevat en dan nog vóór 7 mei 1994, zodat de voorzorgsmaatregelen opgelegd bij het bestreden besluit hadden moeten kunnen kaderen in de voorschriften van het afvalstoffendecreet zoals zij golden ten tijde van het bestreden besluit.

Er bestond toen evenwel geen enkele regeling die de verwerende partij toeliet om nog dergelijke maatregelen na de aanvang van de saneringswerken op te leggen. De verwerende partij miste bijgevolg de bevoegdheid om de door de verzoekende partijen gewraakte maatregelen op te leggen. Omwille van de onbevoegdheid van de steller van die administratieve rechtshandeling, dient de bestreden beslissing dan ook vernietigd te worden.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij van 13 februari 2002 houdende "voorzorgsmaatregelen op de voormalige terreinen van de Oude Arseenfabriek, Grote Baan te Reppel-Bocholt".

2. Dit arrest dient bij uittreksel te worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het vernietigde besluit.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 700 euro.

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

Luc Hellin,	kamervoorzitter,
Eric Brewaeys,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Luc Hellin