

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 228.874 van 23 oktober 2014
in de zaak A. 207.725/VII-38.731.**

In zake : de NV SITA REMEDIATION
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Els Desair
 kantoor houdend te 2000 Antwerpen
 Rijnkaai 93
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de OPENBARE VLAAMSE
AFVALSTOFFENMAATSCHAPPIJ (OVAM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Willem Slosse
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 64, bus 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 18 januari 2013, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (hierna : OVAM) van 21 november 2012 "om de afvalstoffen van verzoekende partij die nog aanwezig zijn op de terreinen aan de Torontostraat 2 te Rotterdam terug te nemen (of te verwijderen of nuttig toe te passen in Nederland of elders) en de kosten hiervan op verzoekende partij te verhalen".

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 partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 juni 2014.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Kyoto Van Herreweghe, die loco advocaat Els Desair verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Stijn Brusselmans, die loco advocaat Willem Slosse verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Peter Provoost heeft 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. De verzoekende partij heeft tussen 26 maart en 23 juni 2008 ongeveer 15.000 ton verontreinigde grond, afkomstig van bodemsaneringswerken, overgebracht naar een verwerkingsinstallatie te Rotterdam, geëxploiteerd door de BV Deep Green. OVAM had hiervoor toestemming verleend, ingevolge de door de verzoekende partij gedane kennisgevingen BE00270290, BE001000171 en

BE001000174. De verzoekende partij heeft aan OVAM bankgaranties bezorgd tot zekerheid van haar verplichtingen.

3.2. Op 20 november 2008 wordt de BV Deep Green in staat van faillissement verklaard. De door de verzoekende partij overgebrachte verontreinigde grond, minstens een deel ervan, is op dat ogenblik nog niet verwerkt.

3.3. Met een brief van 18 maart 2009 schrijft SenterNovem, een agentschap van het Nederlandse ministerie van Economische Zaken, aan OVAM dat de curator heeft laten weten geen afvalstoffen meer te kunnen ontvangen of verwerken. De kennisgeving BE001000174 is afgesloten en niet meer te gebruiken. Met een brief van 23 maart 2009 verzoekt SenterNovem OVAM, op grond van artikel 22, lid 2 en 3, van verordening (EG) 1013/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen (hierna : EVOA) en artikel 25, lid 1, van verordening (EEG) 259/93 van de Raad van 1 februari 1993 betreffende toezicht en controle op de overbrenging van afvalstoffen binnen, naar en uit de Europese Gemeenschap om "er voor zorg te dragen dat de afvalstoffen worden teruggenomen naar België dan wel dat een verwerking bij een andere vergunde inrichting in Nederland tot stand wordt gebracht".

3.4. Op 8 april 2009 vraagt OVAM aan de verzoekende partij om "dringend de nodige maatregelen te treffen om de afvalstoffen terug te nemen of om een verwerkingsoplossing in Nederland te zoeken". Ook wordt de verzoekende partij erop gewezen dat indien zij zou nalaten deze verplichting na te komen, OVAM zal moeten instaan voor de terugname van de afvalstoffen in welk geval de bankgaranties die de verzoekende partij heeft gesteld zullen worden aangesproken.

3.5. Met een brief van dezelfde dag vraagt OVAM aan SenterNovem, met verwijzing naar artikel 22, lid 3, EVOA, of er kan worden gegarandeerd "dat de afvalstoffen die werden overgebracht onder kennisgeving BE270290, BE001000171 en BE001000174 na al die tijd nog steeds duidelijk identificeerbaar zijn en niet gemengd werden met andere afvalstoffen".

Tussen OVAM en SenterNovem wordt geen overeenstemming bereikt over wat er met de nog aanwezige niet-verwerkte grond dient te gebeuren.

3.6. Op 16 april 2009 deelt de verzoekende partij in antwoord op de voormelde brief van 8 april 2009 aan OVAM het volgende mee :

"In uw brief wordt terecht vastgesteld dat Deep Green B.V. (in) staat van faillissement is verklaard. Tussen de curator van Deep Green B.V. en Sita Remediation N.V. is in Nederland thans een procedure (in kort geding) aanhangig over dit onderwerp.

In eerste aanleg heeft de curator bij de Voorzieningenrechter van de Rechtbank te Amsterdam (onder meer) gevorderd dat Sita Remediation N.V. de door haar op de locatie van Deep Green B.V. aangeleverde gronden diende te verwijderen.

Daartegen is gemotiveerd verweer gevoerd, waarbij van belang is dat de Voorzieningenrechter in haar vonnis d.d. 26 februari 2009 vervolgens onder 4.2. (op pagina 9) heeft overwogen dat:

'moeilijk is vast te stellen welke grond door Sita is aangeleverd en waar deze grond op het terrein van Deep Green is opgeslagen, nu ter zitting mede naar aanleiding van door Sita overgelegde luchtfoto's is gebleken dat een (groot) deel van de door Sita aangeleverde grond is verplaatst, waarvan een deel reeds is verwerkt en waarvan een deel is vermengd met andere grond'.

Een kopie van voornoemd kort-geding vonnis is aangehecht als bijlage bij deze brief.

Van belang is op te merken dat de curator inmiddels hoger beroep heeft ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam. Deze procedure is thans nog aanhangig en Sita Remediation N.V. dient op 21 april a.s. haar antwoord in die procedure te nemen.

Onderdeel van de discussie tussen partijen is nog immer dat zeer waarschijnlijk sprake is van vermenging van de door Sita Remediation onder de voornoemde kennisgevingen aangevoerde gronden.

Uit luchtfoto's van de locatie blijkt dat andere partijen grond vermengd zijn met de grond die door Sita Remediation N.V. is aangeleverd. Ook is Sita Remediation N.V. ter weten gekomen dat - in strijd met de geldende voorschriften - de aangeleverde grond nimmer is afgedekt, zodat op deze wijze

vermenging met andere gronden door middel van regenwater heeft kunnen plaatsvinden.

Artikel 22 van Verordening 1013/2006/EG bepaalt dat de terugnameplicht als opgenomen in dit artikel niet geldt indien de getransporteerde afvalstoffen tijdens de handeling in de betrokken inrichting onomkeerbaar met andere afvalstoffen werden gemengd voordat een betrokken bevoegde autoriteit er kennis van kreeg dat het aangemelde transport niet kon worden voltooid.

Nu deze situatie zich heeft voorgedaan en bovendien tussen de curator van Deep Green B.V. en Sita Remediation N.V. daarover een procedure aanhangig is, verzoeken wij u vriendelijk om Sita Remediation N.V. een nadere termijn te gunnen alvorens door de OVAM ter zake een definitief standpunt zal worden ingenomen. Vanzelfsprekend zullen wij u op de hoogte houden van het verloop en de uitkomst van de thans aanhangige procedure.

Overigens wijzen wij er ter volledigheid op dat de procedure een hoger beroep in een kort-geding procedure betreft, waarbij slechts tijdelijke, zogenaamde voorlopige voorzieningen, kunnen worden opgelegd - als al gekomen wordt tot een veroordeling. De kort-gedingrechter in Nederland is niet bevoegd om zogenaamde declaratoire uitspraken te doen. Dit betekent dat er slechts ordemaatregelen kunnen worden opgelegd en dat uiteindelijk in een bodemprocedure een definitief oordeel van de rechter dient te worden bekomen".

3.7. SenterNovem laat op 16 april 2009 aan OVAM weten de vraag over de opslag en de eventuele vermenging van afvalstoffen te hebben doorgestuurd aan de curator.

3.8. OVAM deelt op 13 mei 2009 aan de verzoekende partij onder meer mee dat de termijn van 90 dagen om de afvalstoffen terug te nemen op 18 maart 2009 is beginnen lopen, toen zij door SenterNovem ervan op de hoogte werd gebracht dat de afvalstoffen niet werden verwerkt. Zij wijst erop dat, zelfs indien de terugnameplicht vervalt, de kosten voor de verwerking niet vervallen en dat, ook al zouden de afvalstoffen in Nederland verwerkt worden, de kosten in eerste instantie in rekening zullen worden gebracht aan de NV Sita Remediation als kennisgever en in derde instantie aan OVAM, als bevoegde autoriteit van verzending.

3.9. In een brief van 8 juni 2009 stelt de verzoekende partij dat de door haar aangeleverde grond niet alleen vermengd, maar ook anderszins vervuild is, dat de grond haar eigendom niet meer is en dat "nu het feitelijk niet meer

mogelijk (is) om de grond dusdanig te individualiseren zodat kan worden bepaald welke kosten ten laste van Sita Remediation N.V. zouden dienen te vallen", zij van mening is dat zij op grond van EVOA niet gehouden kan worden tot betaling van enig bedrag.

3.10. OVAM vraagt vervolgens aan SenterNovem, wegens de gerezen onduidelijkheid over het juridisch statuut van de grond en de in Nederland lopende gerechtelijke procedure, om bij toepassing van artikel 22, lid 2, EVOA de periode voor de terugname te verlengen tot eind oktober 2009. SenterNovem stemt daar mee in.

3.11. Nadat er tussen de betrokken partijen verder briefwisseling is gevoerd, onder meer naar aanleiding van een arrest van 19 januari 2010 van het Gerechtshof te Amsterdam, schrijft OVAM op 12 juli 2011 aan de verzoekende partij :

"(...)

Op 16 april 2009 verzoekt Sita, via een brief, de OVAM om hen een nadere termijn te gunnen gelet op een hangende rechtszaak in Nederland.

In een brief van 13 mei 2009 antwoordt de OVAM Sita de tijd te geven om de procedure in Nederland af te ronden. De OVAM wijst Sita er echter ook op dat de procedure in Nederland los staat van de verplichtingen die Sita heeft in het kader van de verordeningen betreffende de overbrenging van afvalstoffen en herhaalt de verplichting tot optreden.

Sita verdedigde zich hiertegen, bij brief van 8 juni 2009, door te stellen dat Sita is vrijgesteld van de terugnameplicht aangezien er vermenging is met andere grond en dat zij ook bijgevolg geen plicht hebben om de kosten voor een verwijdering op zich te nemen. Sita brengt hiervan echter geen bewijsstuk bij. Met betrekking tot het feit van een mogelijke vermenging had de OVAM in haar brief van 13 mei 2009 ook reeds gesteld dat artikel 22, lid 3 van de Verordening 1013/2006/EG stelt dat de terugnameplicht niet meer geldt als de afvalstoffen onomkeerbaar werden gemengd met andere afvalstoffen. In dat geval mogen de mengsels worden verwijderd of op een andere wijze nuttig toegepast worden in het land van bestemming of elders. De terugnameplicht (het terug overbrengen van de afvalstoffen naar België) vervalt, maar niet de plicht om de kosten voor de verwerking te betalen. Artikel 23 over de kosten van terugname spreekt ook over artikel 22, lid 3. Dus ook al zouden de afvalstoffen in Nederland verwerkt worden, de kosten zullen dan nog steeds in eerste instantie in rekening worden gebracht aan Sita als kennisgever.

In een brief van 16 juli 2009 vraagt de OVAM aan SenterNovem om een verlenging van periode waarin de afvalstoffen moeten teruggenomen worden.

Op 28 juli 2009 antwoordt SenterNovem akkoord te gaan met het voorstel om de periode te verlengen tot eind oktober 2009.

Op 18 maart 2010 vindt overleg plaats tussen de OVAM en Sita.

Naar aanleiding van dat overleg stuurde de OVAM op 25 maart 2010 een brief naar Agentschap NL (het vroegere SenterNovem) waarin verwezen wordt naar de uitspraak van het Gerechtshof van Amsterdam dd. 19 januari 2010 met het oog op het vernemen van het standpunt van de Nederlandse bevoegde autoriteit hieromtrent.

Op 3 mei 2010 stuurt de OVAM een brief naar Sita met de vermelding dat voor de Nederlandse bevoegde autoriteit de verplichtingen uit de Verordening onverkort van toepassing blijven, ook na de uitspraak van het Gerechtshof van Amsterdam. De OVAM besluit dan ook dat de terugnameplicht ten laste van Sita nog steeds geldig is.

De OVAM ontvangt een brief van de advocaten van Sita op 10 juni 2010 waarin zij stellen dat het besluit van de OVAM ten laste van Sita België geen wettelijke basis kent.

De OVAM vraagt per mail van 22 juni 2010 aan Agentschap NL of de Milieu-inspectie van VROM reeds op de terreinen is geweest om vast te stellen of de gronden van Sita nog aanwezig zijn.

Op 27 juli 2010 krijgt de OVAM een mail van de VROM-inspectie: volgens hun bevindingen gaan zij er vanuit dat de gronden die op de locatie van het voormalige Deep Green liggen afkomstig zijn uit België.

Naar aanleiding van deze mail stuurt de OVAM op 12 augustus 2010 een brief naar SITA waarin wij erop wijzen dat het terugnameplicht nog steeds van kracht is en waarin wij hen uitnodigen mee ter plaatse het terrein te bezoeken.

Op 20 augustus 2010 antwoordt SITA dat zij de inhoud van de brief niet kunnen plaatsen. Zij vragen een afschrift van de bevindingen van de Milieu-inspectie van VROM.

Op 30 juli 2010 bevestigt de OVAM per mail aan VROM dat zij ingaan op een gezamenlijk plaatsbezoek.

Het plaatsbezoek vindt plaats op 27 oktober 2010. Er wordt per mail en telefonisch met Sita gecommuniceerd en nogmaals gevraagd om mee ter plaatse te gaan. Na beraadslaging met hun advocaat laat SITA weten dat het voor hen niet opportuun is om mee te gaan.

Uit het plaatsbezoek van de OVAM, samen met (...) de heren Van der Ploeg en Vink van het Nederlandse Ministerie van Milieu en Infrastructuur (ex-VROM-inspectie), is gebleken dat er nog grond van Sita in Nederland ligt. Enkel over de hoeveelheid die er nog ligt is er onduidelijkheid: er zou al een gedeelte van de Belgische grond verwerkt zijn. De VROM-inspectie zou hierover nog gegevens naar OVAM mailen.

Deze informatie is in januari 2011 naar de OVAM gestuurd.

Op basis van het plaatsbezoek en het bestuderen van de opgevraagde informatie maken de heren Vervoort en De Prins van de OVAM het volgende verslag:

'Op 27 oktober 2010 bezochten wij (Koen de Prins en Jef Vervoort) samen met de heren Van der Ploeg en Vink van het Ministerie van Milieu en Infrastructuur (ex-VROM-inspectie) de terreinen van Deep Green aan de Torontostraat 2 te Rotterdam.

Het terrein was zeer drassig. Bepaalde delen van het terrein konden enkel vanop afstand bekeken worden. Een groot deel van de opslag van de (verontreinigde) gronden, waaronder die van Sita Grimbergen, waren afgedekt met een zeil (kant Torontostraat). Sommige hopen verontreinigde gronden raakten elkaar duidelijk (overlapping).

Op basis van het inkijken van het dossier en de overgemaakte documenten kan men besluiten dat de verontreinigde gronden van Sita Grimbergen wel verplaatst zijn, maar niet zijn samengevoegd met andere herkomsten. Een (klein) deel van de getransporteerde verontreinigde gronden vanuit Sita Grimbergen was wel gereinigd.

Op basis van het laatste (overgemaakte) overzicht van het voorraadvak (5/05/2009) blijkt dat er nog 12.641,12 ton verontreinigde grond afkomstig van Sita Grimbergen aanwezig is. Dit is verdeeld over 4 vakken:

- A2: 4.543.680 kg;
- A3: 2.864.280 kg;
- A4: 4.000.000 kg;
- C1 :1.233.160 kg.

Dit is dezelfde hoeveelheid verontreinigde grond afkomstig van Sita België die volgens de curator R. Slotboom op de terreinen van Deep Green te Rotterdam nog aanwezig zou zijn.'

Gelet op al het voorgaande, de gevoerde briefwisseling en communicatie en gelet op de conclusies na het plaatsbezoek herhaalt de OVAM als bevoegde autoriteit formeel de plicht aan Sita om de gronden overgebracht onder de kennisgevingen BE270290, BE001000171 en BE001000174 terug te nemen of in Nederland te laten verwerken. We verwijzen hierbij naar de verplichtingen die gelden onder de verordeningen 259/93/EEG en 1013/2006/EG.

De kennisgeving BE270290 werd ingediend in het kader van de Verordening 259/93/EEG betreffende toezicht en controle op de overbrenging van afvalstoffen binnen, naar en uit de Europese Gemeenschap. Artikel 25 van die verordening is hier van toepassing.

De kennisgevingen BE001000171 en BE001000174 werden ingediend in het kader van de Verordening 1013/2006/EG. De artikelen 22 en 23 van die verordening zijn hier van toepassing.

De OVAM legt aan Sita de plicht op om ten laatste op 15 september de nodige stappen te hebben ondernomen om te voldoen aan de verplichtingen uit de Verordening.

Indien Sita hieraan geen gevolg geeft, zal de OVAM genoodzaakt zijn om zelf op te treden en de kosten te verhalen op Sita. Hiertoe zullen onder meer de bankgaranties die Sita in het kader van de kennisgevingen gesteld heeft, door de OVAM moeten worden aangesproken".

3.12. Het Nederlandse ministerie van Infrastructuur en Milieu verzoekt OVAM op 23 maart 2012, onder verwijzing naar de voormelde brief van OVAM, met klem "om deze zaak spoedig en conform Verordening 1013/2006/EG af te handelen". In deze brief staat het volgende te lezen :

"Bij brief van 23 maart 2009, met kenmerk DUA 0910560, heeft de Nederlandse bevoegde autoriteit (Agentschap NL, toen SenterNovem) OVAM verzocht de niet-verwerkte afvalstoffen (i.c. verontreinigde grond) overgebracht door Sita Remediation N.V. (hierna SITA), onder kennisgevingen BE270290, BE001000171 en BE001000174, terug te nemen dan wel in Nederland te laten verwerken.

Sinds dat verzoek zijn er meerdere brief- en mailwisselingen geweest tussen Agentschap NL en de OVAM. In uw brief van 12 juli 2011, met kenmerknummer AMB/KBL/EDP/2011-1968, geeft u een overzicht van alle ontwikkelingen tussen april 2009 tot januari 2011 inzake dit dossier. Tevens maant u in die brief Sita (herhaald) aan om de verontreinigde gronden terug te nemen of een verwerkingsoplossing in Nederland te zoeken.

Tot op heden ligt de verontreinigde grond nog steeds op het bedrijfsterrein van het voormalige Deep Green in de haven van Rotterdam.

Op 22 februari 2012 stelt u, bij monde van uw advocaat, per mail een aantal vragen over de actuele situatie van de afvalstoffen op locatie, waaronder de vraag of bewezen kan worden dat de betreffende afvalstoffen niet met andere afvalstoffen op locatie zijn vermengd.

Deze vragen bevreemden mij ten eerste, omdat u op 27 oktober 2010 de locatie van Deep Green gezamenlijk met de VROM-inspectie heeft bezocht en daarbij is vastgesteld dat de verontreinigde gronden niet zijn samengevoegd met andere gronden op de locatie. U heeft dit ook in de brief van 12 juli 2011 aan SITA bericht.

Tot nog toe verkeerden wij in de veronderstelling dat u aan uw verplichtingen uit de Verordening 1013/2006/EG zou voldoen. Wij hebben daaraan vanaf het begin onze volledige medewerking verleend. Wat is de reden waarom u nu opeens een nieuwe bewijsvoering wenst te zien? Aan de feiten zoals u die in uw brief van 12 juli 2011 heeft vermeld is niets gewijzigd. Ik verzoek u dan ook met klem om deze zaak spoedig en conform Verordening 1013/2006/EG af te handelen".

3.13. Op 21 november 2012 neemt OVAM de thans bestreden beslissing die luidt als volgt :

"Op 8 april 2009 heeft de OVAM Sita Remediation (SITA) aangemaand om op basis van de verordeningen 259/93/EEG en 1013/2006/EG de afvalstoffen overgebracht via de kennisgevingen BE270290, BE001000171 en BE001000174 die niet werden verwerkt, terug te nemen of een verwerkingsoplossing te zoeken in Nederland of elders.

Op 12 juli 2011 heeft de OVAM dit verzoek formeel herhaald.

Sindsdien is er nog herhaaldelijk schriftelijke communicatie gevoerd tussen SITA, de advocaten van SITA en de OVAM.

Met een schrijven van 16 januari 2012 heeft meester Desair het standpunt van SITA overgemaakt. Aansluitend op dit schrijven heeft er op 27 februari

2012 een overleg tussen SITA en OVAM plaatsgehad. Op deze vergadering heeft de OVAM de standpunten van SITA weerlegd. Bij deze bevestigen wij u de belangrijkste standpunten van de OVAM met betrekking tot de aangehaalde argumenten.

In eerste instantie nemen wij akte van de contractuele afspraken die er waren tussen SITA en Deep Green (overdrachtsovereenkomst, grondreinigingsovereenkomst en verrekeningsovereenkomst). Deze contractuele afspraken staan echter volledig los van de verplichtingen die op de kennisgever rusten in het kader van de verordeningen inzake overbrenging van afvalstoffen. Bij deze verwijzen wij ook naar artikel 23, lid 2 van de Verordening 1013/2006/EG waarin gesteld wordt dat het communautaire en het nationale aansprakelijkheidsrecht onverlet blijft. Dit wil zeggen dat de kosten die volgens de verordening in rekening worden gebracht aan de kennisgever, door deze eventueel kunnen teruggevorderd worden van diegene die volgens hem aansprakelijk hiervoor is.

Met betrekking tot de gerechtelijke procedure die in Nederland is gevoerd, handhaaft de OVAM haar stelling dat het gerechtshof te Amsterdam bij arrest van 19.01.2010 uitspraak heeft gedaan over de contractuele relatie tussen Deep Green en SITA, het Hof spreekt zich echter niet uit over de toepassing van de Verordening 1013/2006/EG. Wij willen in dit verband verwijzen naar volgende passage uit het arrest: 'Sita België heeft in dit verband onweersproken gesteld dat zij slechts aan een terugnameplicht behoeft te voldoen op vordering van de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (...) en dat van een dergelijke vordering vooralsnog geen sprake is'. Het Hof stelt voorts dat een mogelijke vermenging met andere partijen vervuilde grond niet uit te sluiten is. Wij willen u er echter nog eens duidelijk op wijzen dat krachtens artikel 22, lid 3 van de Verordening 1013/2006/EG de terugnameplicht (het fysiek terug overbrengen van de afvalstoffen naar België) kan komen te vervallen bij eventuele vermenging, maar dat de afvalstoffen dan in het land van bestemming of elders op een andere wijze verwijderd of nuttig toegepast dienen te worden. Ook de verplichting tot betaling van deze kosten werd in artikel 23 van de verordening opgenomen. De kosten worden in dit artikel duidelijk op getrapte wijze ten laste van de kennisgever gelegd.

Tot slot willen we in dit verband nog even melden dat huidig dossier wel degelijk valt onder artikel 22 van de Verordening 1013/2006/EG zijnde een terugname ingeval een transport niet als gepland kan worden voltooid en het niet gaat om een illegale overbrenging onder artikel 24. De verordening spreekt in het kader van artikel 22 niet over 'fout' en laat in artikel 23 het communautaire en nationale aansprakelijkheidsrecht onverlet.

Sinds 12 juli 2011 is er ook vanuit Nederland, onder meer door de bevoegde autoriteit Agentschap NL, zowel schriftelijk als mondeling herhaaldelijk bij de OVAM op aangedrongen om de bepalingen van de verordening na te leven. Dit werd bevestigd door een schrijven van de Nederlandse Staatssecretaris van Infrastructuur en Leefmilieu dd. 20 maart 2012. Ook de haven van Rotterdam heeft op 10 mei 2012 de OVAM aangemaand om snel tot actie over te gaan.

Door de weigering van SITA om in dit dossier haar verplichtingen op te nemen, kan de OVAM niet langer wachten om zelf op basis van de artikelen

22 en 23 van de Verordening 1013/2006/EG op te treden.

De afdeling IVS van de OVAM is bijgevolg ter plaatse in Rotterdam, samen met de bevoegde Nederlandse autoriteit, de situatie gaan bekijken en heeft een bemonstering op de achtergelaten afvalstoffen laten doorvoeren. De resultaten van het verslag van bemonstering waren van die aard dat de OVAM is overgegaan tot het opstarten van een procedure, in het kader van de wetgeving op de overheidsopdrachten, tot verwijdering/verwerking van de betrokken afvalstoffen.

Het verslag van de bemonstering werd aan SITA overgemaakt.

Op 4 oktober 2012 heeft op verzoek van SITA een overleg plaatsgehad bij de OVAM. SITA deelde hierbij mee dat zij van oordeel zijn dat op basis van de gegevens van de analyse blijkt dat de afvalstoffen niet van hen zijn. Dit komt echter niet overeen met de bevindingen van de OVAM en de verplichtingen op basis van de artikelen van de Verordening 1013/2006/EG. SITA heeft wel degelijk met de reeds weergegeven kennisgevingen partijen grond overgebracht naar de betrokken site waarvoor SITA geen verwerkingsattesten conform de verordening kan voorleggen en waarvoor bij de OVAM een formeel terugnameverzoek door de bevoegde Nederlandse autoriteit werd ingediend. Op de vergadering van 4 oktober legt SITA ook geen enkel schriftelijk bewijs voor waaruit het tegendeel zou blijken. Er worden geen bewijzen aan de OVAM voorgelegd noch over de samenstelling van de afvalstoffen noch over eventuele voorhanden zijnde verwerkingsattesten. De OVAM deelt bijgevolg aan SITA mee dat zij zelf het dossier tot optreden zal verder zetten.

Op 5 oktober 2012 verzoekt SITA opnieuw om een overleg met de OVAM. Op een overleg op 10 oktober 2012 doet SITA een voorstel tot dading (50/50 regeling). Gelet op het feit dat SITA ook nu geen andere argumenten of stukken aanbrengt die een ander licht op de zaak kunnen werpen, kan de OVAM op dit voorstel niet ingaan. Het Nederlandse verzoek tot terugname/verwerking geldt voor zijn totaliteit.

Het is aldus duidelijk dat het afvalstoffentransport niet volgens de voorwaarden van het kennisgevingdocument en de toepasselijke regels kon worden voltooid.

De OVAM optredend op basis van artikel 10.3.3, § 2, 11° van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid, werd als bevoegde autoriteit van verzending hiervan op de hoogte gebracht door de bevoegde autoriteit van bestemming.

Overeenkomstig lid 2 van artikel 22 van Verordening 1013/2006/EG dient OVAM ervoor te zorgen dat de betrokken afvalstoffen door de kennisgever (dit is SITA) of indien dit niet mogelijk is, door haarzelf of namens haar door een natuurlijk of rechtspersoon in het gebied onder haar rechtsmacht, of elders in het land van verzending worden teruggenomen, tenzij in het geval van lid 3 van artikel 22 de afvalstoffen in het land van bestemming of elders op een andere wijze verwijderd of nuttig toegepast kunnen worden.

Aangezien ondanks herhaalde aanmaning, SITA niet overgaat tot terugname en evenmin tracht lid 3 toe te passen (de verwijdering of nuttige toepassing elders), is de OVAM overeenkomstig lid 2 van artikel 22 gehouden de betreffende afvalstoffen terug te nemen of de afvalstoffen op basis van lid 3 van artikel 22 van de Verordening 1013/2006/EG te verwijderen of nuttig toe te

passen in het land van bestemming of elders.

De OVAM beslist aldus dat de afvalstoffen van SITA die nog aanwezig zijn op de terreinen aan de Torontostraat 2 te Rotterdam, worden teruggenomen overeenkomstig de terugnameplicht in artikel 22, lid 2, tenzij zou blijken dat de terugnameplicht niet geldt omdat overeenkomstig lid 3 van artikel 22 de afvalstoffen in Nederland of elders op een andere wijze verwijderd of nuttig toegepast kunnen worden, in welk geval de OVAM beslissen zal dat de afvalstoffen in Nederland of elders zullen verwijderd of nuttig toegepast worden.

De OVAM zal de noodzakelijke initiatieven nemen om effectief tot terugname (of verwijdering/nuttige toepassing in Nederland of elders) over te gaan.

De kosten hiervoor zullen conform artikel 23 van Verordening 1013/2006/EG verhaald worden op SITA. Hiertoe zullen ook onder meer de bankgaranties die SITA in het kader van de kennisgevingen gesteld heeft, door de OVAM moeten worden aangesproken".

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. In haar verzoekschrift tot nietigverklaring licht de verzoekende partij haar belang bij het annulatieberoep als volgt toe :

"Tegenpartij heeft beslist om de kosten van de terugname en de verwerking van de verontreinigde gronden op verzoekende partij te verhalen zodat deze laatste er ontegensprekelijk belang bij heeft om deze beslissing aan te vechten.

Tegenpartij heeft in haar schrijven dd. 23 november 2012 bovendien aangegeven dat er een verzoekschrift tot vernietiging en/of schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden ingediend bij de Raad van State".

5. De verwerende partij werpt op dat het beroep onontvankelijk is wegens onbevoegdheid van de Raad van State. Zij stelt dat "de verwerende partij middels de bestreden beslissing gewoon de voorgeschreven rechtsgevolgen heeft verbonden aan het feit dat de verzoekende partij niet voldeed aan de wettelijke en reglementaire voorwaarden dewelke in het bijzonder worden bepaald in de Verordening 1013/2006/EG", dat de bestreden beslissing bijgevolg geen voor de Raad van State aanvechtbare administratieve rechtshandeling is en dat hij dan ook niet bevoegd is om kennis te nemen van het door de verzoekende partij ingediende annulatieberoep.

6. De verzoekende partij wijst er in haar memorie van wederantwoord op dat in de bestreden beslissing de Raad van State wordt aangewezen als beroepsinstantie. Zij stelt bovendien dat OVAM geen gebonden, maar wel degelijk een discretionaire bevoegdheid heeft uitgeoefend en dat de bestreden beslissing bestaat uit drie afzonderlijke deelbeslissingen, te weten :

- "1. De terugname van de afvalstoffen van verzoekende partij die nog aanwezig zouden zijn op de terreinen aan de Torontostraat 2 te Rotterdam;
2. Het terugvorderen van de kosten van verwijdering of nuttige toepassing van verzoekende partij;
3. Het aanspreken van de bankgaranties die verzoekende partij in het kader van de kennisgevingen heeft gesteld".

7. In haar laatste memorie herhaalt de verzoekende partij dat OVAM zowel met betrekking tot de beslissing tot terugname van de afvalstoffen, de terugvordering van de kosten van verwijdering of nuttige toepassing en het aanspreken van de gestelde bankgaranties, een discretionaire bevoegdheid heeft uitgeoefend. Voorts benadrukt zij dat de bestreden beslissing een "finaal standpunt" inhoudt, terwijl de verwerende partij met haar brief van 8 april 2009 slechts een "eerste standpunt" met betrekking tot de terugnameplicht kenbaar heeft gemaakt. Ook uit de volgehouden passieve houding van de verwerende partij die gekenmerkt wordt door de afwezigheid van de "nodige uitvoeringsdaden", leidt de verzoekende partij af dat pas met de bestreden beslissing een eindbeslissing over de zaak werd genomen.

Beoordeling

8. De verzoekende partij betwist in wezen dat zij overeenkomstig de bepalingen van EVOA gehouden is tot terugname van de overgebrachte verontreinigde grond die nog onverwerkt aanwezig is op de plaats van bestemming; die grond zou immers vermengd zijn met andere vervuilde gronden. Volgens artikel 22, lid 3, EVOA geldt de terugnameplicht niet indien de getransporteerde afvalstoffen tijdens de handeling in de betrokken inrichting

onomkeerbaar met andere afvalstoffen werden gemengd. Deze mengsels worden verwijderd of op een andere wijze nuttig toegepast in het land van bestemming of elders.

Om voormelde reden heeft de verzoekende partij gemeend niet te moeten ingaan op de herhaalde aanmaningen van de verwerende partij om het restant van de overgebrachte gronden terug te nemen of in Nederland te laten verwerken.

Het feit dat de verwerende partij uiteindelijk de terugnameplicht materieel op zich neemt - overeenkomstig artikel 22, lid 2, EVOA zorgt de bevoegde autoriteit van verzending ervoor dat de betrokken afvalstoffen desnoods door haar zelf worden teruggenomen - en tegelijk aangeeft dat de daaraan verbonden kosten verhaald zullen worden op de verzoekende partij, vormt een constitutieve rechtshandeling waarbij zij gebruik heeft gemaakt van haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid. EVOA dringt het ambtshalve optreden van de verwerende partij niet automatisch op als enige correcte keuze. De bestreden beslissing wijzigt de rechtstoestand van de verzoekende partij en is derhalve aanvechtbaar op grond van artikel 19, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

9. Samen met de verzoekende partij wordt vastgesteld dat de thans bestreden beslissing geen loutere bevestiging is van een eerder genomen beslissing die definitief is geworden. Met een brief van 25 maart 2010 heeft OVAM aan de verzoekende partij meegedeeld dat "nog geen standpunt" werd ingenomen over het verzoek tot terugname van de niet-verwerkte afvalstoffen en dat zij zal worden geïnformeerd over het "verdere verloop" van het dossier. De vroegere aanmaningen van 8 april 2009 en 13 mei 2009 kunnen derhalve niet worden aangemerkt als voor de Raad van State aanvechtbare handelingen die rechtsgevolgen hebben doen ontstaan. Hetzelfde geldt voor de bij brief van 12 juli 2011 aan de verzoekende partij opgelegde "verplichting" om "ten laatste op 15 september de nodige stappen te hebben ondernomen om te voldoen aan de

verplichtingen uit de Verordening". In een navolgende brief van 23 maart 2012 van het Nederlandse ministerie van Infrastructuur en Milieu is immers sprake van een mailbericht van de raadsman van de verzoekende partij van 22 februari 2012 waarin vragen worden gesteld over de "actuele situatie van de afvalstoffen op locatie", inzonderheid "de vraag of bewezen kan worden dat de betreffende afvalstoffen niet met andere afvalstoffen op locatie zijn vermengd".

De exceptie wordt verworpen.

V. Heropening van de debatten

10. Aangezien het auditoraatsverslag enkel standpunt inneemt over de ontvankelijkheid van het beroep, is er reden om de debatten te heropenen en een aanvullend onderzoek te bevelen.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent de debatten.

2. De Raad van State gelast het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat met een aanvullend onderzoek van de zaak.

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

Eric Brewaeys,	kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Eric Brewaeys