

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 229.917 van 22 januari 2015
in de zaak A. 203.510/VII-38.399.**

In zake : de NV NMBS-HOLDING, thans de NV van publiek recht
NMBS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bob Martens
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door
de Vlaamse regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Vincke
kantoor houdend te 8580 Avelgem
Kasteelstraat 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 2 februari 2012, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse minister van Leefmilieu, Natuur en Cultuur van 1 december 2011 waarbij het beroep ingesteld tegen de beslissing van de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (hierna : OVAM) van 1 oktober 2010 waarbij deze oordeelt dat de NV NMBS-Holding niet aantoonde dat zij voldoet aan de voorwaarden om te worden vrijgesteld van het uitvoeren van een beschrijvend bodemonderzoek, voor een perceel gelegen aan de Ijzerenweglei/Heirbaan te Mortsel en dat artikel 110, § 2, van het bodemdecreet van toepassing is, wordt verworpen.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Peter Provoost heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 december 2014.

Kamervoorzitter Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Katrien Miclotte, die loco advocaat Bob Martens 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. De betwisting betreft de sanering van een grond gelegen aan de IJzerenweglei te Mortsel (perceel 269 C6), waarvan de verzoekende partij op 14 oktober 1992 eigenaar is geworden.

4. De grond grenst aan een terrein waarop gedurende meerdere decennia door de Lustrerie Massive een inrichting werd geëxploiteerd waar metalen luchters werden vervaardigd. Dat terrein was eigendom van die exploitant, en werd in 1993 verkocht aan de NV Adriaensens, die er een schrijnwerkerij exploiteerde. Een deel van de activiteiten van zowel de Lustrerie Massive als de NV Adriaensens werd verricht op perceel 269 C6. De verzoekende partij verleende daarvoor toestemming via een bezettingscontract, ook voordat ze eigenaar was van het perceel. Het perceel 269 C6 vormt een smalle strook langs de spoorweg, en het gebouw dat deels op het perceel staat strekt zich zonder afscheiding voor het grootste deel uit over meerdere andere percelen.

5. Uit twee oriënterende bodemonderzoeken op andere percelen van het bedrijfsterrein blijkt de aanwezigheid van bodemverontreiniging met gechloreerde koolwaterstoffen. OVAM geeft naar aanleiding daarvan opdracht aan een erkend deskundige de NV Tauw om ook op perceel 269 C6 een oriënterend bodemonderzoek uit te voeren. De deskundige besluit in zijn verslag van 12 november 2001 :

- dat het vaste deel van de aarde en het grondwater zijn verontreinigd met gechloreerde solventen; dit wordt als een gemengde (deels nieuwe, deels historische) verontreiniging beschouwd;
- dat het grondwater is verontreinigd met arseen, tolueen, cyanide, benzeen en minerale olie; dit wordt als historische verontreiniging beschouwd.

6. OVAM vraagt aan de verzoekende partij om op grond van haar zelfstandige saneringsplicht een beschrijvend bodemonderzoek uit te voeren voor de gemengde bodemverontreiniging en kondigt aan dat ze voor de historische bodemverontreiniging aan de Vlaamse regering zal voorstellen het perceel aan te wijzen als historisch verontreinigde grond waar bodemsanering moet plaatsvinden. De verzoekende partij laat weten niet saneringsplichtig te zijn, omdat de NV Adriaensens, als exploitant of gebruiker, de feitelijke controle heeft over de grond. OVAM deelt mee het daarmee eens te zijn.

7. OVAM vraagt dan met een brief van 8 mei 2002 aan de NV Adriaensens om een beschrijvend bodemonderzoek op grond van de zelfstandige saneringsplicht van deze vennootschap. Er volgt betwisting en uitgebreide briefwisseling, waarna de Vlaamse minister van Openbare Werken, Energie, Leefmilieu en Natuur, op 9 mei 2005 in beroep oordeelt dat de door OVAM als gemengd beschouwde bodemverontreiniging met gechloreerde solventen als historische bodemverontreiniging moet worden beschouwd, en dat de NV Adriaensens voldoet aan de voorwaarden om van saneringsplicht daarvoor te worden vrijgesteld. Deze beslissing steunt in essentie op volgende motieven :

"- de milieuvergunningen en de plannen bij de milieuvergunning op naam van de vorige exploitant niet de aanwezigheid van ondergrondse of bovengrondse tanks vermelden; de milieu-ambtenaar bevestigde dat er geen vergunningen gekend zijn voor ondergrondse of bovengrondse tanks (...);

- er n.a.v. het verwijderen van de tanks in februari 2001 zintuigelijk vastgesteld werd dat de grond rond deze tanks (...);

- er geen zintuigelijke verontreiniging was van het terrein (...);

- de beroepster bij ministerieel besluit d.d. 4 maart 2002 het onschuldig bezit verkreeg voor het buurperceel 269/K/2;

Overwegende dat er op het terrein geen aanwijzingen waren dat er verontreiniging was; dat ook de milieuvergunningen van de vorige exploitant geen aanwijzingen bevatten dat er bodemverontreiniging kon zijn; dat de ondergrondse tanks niet onmiddellijk zichtbaar waren doordat de tankdeksels dichtgecementeerd waren; dat de beroepster dan ook beging jaren '90 niet op de hoogte was van de bodemverontreiniging".

8. Inmiddels heeft de verzoekende partij aan OVAM haar voornemen gemeld tot overdracht van twee percelen, waaronder perceel 269 C6, en heeft ze daar een nieuw oriënterend bodemonderzoek bijgevoegd. OVAM legt aanvullende onderzoeksverrichtingen op voor wat betreft dat oriënterend bodemonderzoek en laat weten dat de overdracht voorlopig niet kan doorgaan. Zij maant de verzoekende partij aan een beschrijvend bodemonderzoek uit te voeren, zowel voor de nog steeds als gemengd beschouwde verontreiniging als voor de historische verontreiniging. Hierbij is de overdrachtsprocedure van toepassing. De verzoekende partij antwoordt dat zij niet saneringsplichtig is, en vraagt vrijstelling. Met een brief van 15 november 2004 deelt OVAM mee dat de verzoekende partij

door het decreet van 22 februari 1995 betreffende de bodemsanering (hierna : bodemsaneringsdecreet) niet als saneringsplichtige wordt aangewezen, aangezien een exploitant of gebruiker de feitelijke controle heeft over de grond.

9. Op 26 mei 2008 meldt de verzoekende partij aan OVAM opnieuw het voornemen tot overdracht van een aantal percelen, waaronder het perceel 269 6C. Ze voegt een verslag van een oriënterend bodemonderzoek bij (de NV Envirosoil, 15 mei 2008). Met een brief van 18 juli 2008 laat OVAM aan de verzoekende partij weten dat de overdracht van (onder meer) perceel 269 6C niet kan doorgaan, en zij maant haar aan om een beschrijvend bodemonderzoek uit te voeren, zowel voor de historische bodemverontreiniging, als voor de gemengde bodemverontreiniging.

10. De verzoekende partij bezorgt aan OVAM een "Tussentijds rapport beschrijvend bodemonderzoek" (de NV Envirosoil, 15 september 2009). OVAM meent dat het verslag niet voldoet aan de doelstellingen van artikel 38 van het bodemdecreet, en legt aanvullende onderzoeksverrichtingen op. Daarop bezorgt de verzoekende partij een "2e tussentijds rapport beschrijvend bodemonderzoek", in de vorm van een "addendum oriënterend bodemonderzoek" (de NV Envirosoil, 21 april 2010). OVAM meent dat het verslag niet voldoet aan de doelstellingen van artikel 38 van het bodemdecreet, en legt opnieuw aanvullende onderzoeksverrichtingen op.

11. De verzoekende partij vraagt om van saneringsplicht te worden vrijgesteld. Bij besluit van 1 oktober 2010 oordeelt OVAM, dat de verzoekende partij niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 110, § 1, van het decreet van 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en de bodembescherming (hierna : bodemdecreet) (regeling bij overdracht, verwijzend naar artikel 23, § 2, van het bodemdecreet), en dat bovendien artikel 110, § 2, van toepassing is (regeling bij overdracht, analoog aan artikel 23, § 3, van het bodemdecreet), waardoor de verzoekende partij ook als zij wel zou voldoen aan de voorwaarden van artikel 110, § 1, toch niet zou kunnen worden vrijgesteld.

12. De verzoekende partij dient een administratief beroep in. Het beroep wordt op 1 december 2011 verworpen. Er wordt geoordeeld dat de verzoekende partij niet aantoont dat zij bij het verwerven van de grond niet op de hoogte was of behoorde te zijn van de bodemverontreiniging, en dat zij bijgevolg niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 110, § 1, van het bodemdecreet.

Dit is de bestreden beslissing.

De bestreden beslissing geeft een onderscheiden motivering voor enerzijds de bodemverontreiniging met gechloreerde solventen, die afkomstig zou zijn uit vier oude ondergrondse tanks, die door OVAM als gemengde verontreiniging wordt beschouwd, en anderzijds de onbetwist historische verontreiniging met arseen, tolueen, minerale olie, vrije cyanide, en benzeen. De essentie van de motivering is voor beide hetzelfde, en luidt als volgt :

"(...)

Overwegende dat beroepster eigenaar werd van de grond op 14 oktober 1992; dat deze datum geldt als tijdstip voor het beoordelen van de kennisvoorwaarde; dat de kennisvoorwaarde verbonden is met de zorgvuldigheidsplicht; dat een eigenaar moet worden geacht de verontreiniging te kennen als aangenomen kan worden dat een zorgvuldig eigenaar het nodige zou hebben gedaan om zich op de hoogte te stellen betreffende de verontreiniging; dat de zorgvuldigheidsplicht moet gekaderd worden in de tijdsgeest; dat rekening moet gehouden worden met hoe een zorgvuldig optreden algemeen werd ingevuld op het ogenblik van de overdracht van het verontreinigde terrein; dat verder ook rekening dient gehouden te worden met de andere elementen zoals opgesomd in artikel 50 Vlarebo;

Overwegende dat op de grond van 1940 tot 1986 door de LUSTERIE MASSIVE een luchtermakerij werd geëxploiteerd; dat de LUSTERIE MASSIVE daarvoor beschikte over een exploitatievergunning, verleend op 25 maart 1965 en hernieuwd/uitgebreid op 8 september 1967, geldig voor een termijn van dertig jaar; dat in die exploitatievergunning wordt vermeld dat zij geldt voor o.a. een gieterij voor messing, zink en aluminium, verscheidene werkplaatsen voor metaalbewerking, houtbewerking en voor het bewerken van marmer, werkplaatsen voor het ontvetten van metalen met perchloorethyleen en met alkalische zouten en voor het bedekken van metalen met koper, nikkel, chroom en goud, werkplaatsen voor het aanbrengen van verf en vernis op metalen, alsook opslagplaatsen voor vloeibare zuurstof en cyaniden; dat de verontreinigingen door met de bedrijfsactiviteiten van de LUSTERIE

MASSIVE; werd veroorzaakt dat beroepster de eigendom van de grond van rechtswege verwierf via het Koninklijk Besluit van 30 september 1992 houdende goedkeuring van het eerste beheerscontract van de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen en tot vaststelling van maatregelen met betrekking tot deze Maatschappij; dat hierin geen bepalingen met betrekking tot bodemverontreiniging werden opgenomen; dat de activiteiten van de LUSTRERIE MASSIVE op de grond weliswaar maar duurden tot 1986; dat beroepster echter minstens sedert 1957 het beheer heeft over de grond; dat beroepster in haar hoedanigheid van beheerder van de grond bezettingscontracten kon/kan afsluiten met derden; dat beroepster een dergelijk bezettingscontract had afgesloten met de LUSTRERIE MASSIVE voor de periode 1957 - 1986; dat beroepster bijgevolg wist met wie er een bezettingscontract werd afgesloten en bijgevolg ook op de hoogte was welke soort activiteiten er zouden uitgeoefend worden op de grond; dat dit bodembedreigende activiteiten waren;

Overwegende dat beroepster eigenaar werd van de grond op 14 oktober 1992; dat op dit tijdstip het Bodemsaneringsdecreet nog niet in werking getreden was; dat anderzijds op dit tijdstip al een zekere aandacht uitging naar het milieu en de bescherming ervan, en ook aandacht ontstond voor bodemproblematiek ten gevolge van de uitbating van risico-inrichtingen op een grond en bepaalde bodembedreigende activiteiten; dat zeker van een overheidsinstantie in die periode kan verwacht worden dat zij daar ook de nodige aandacht voor had en de evoluties terzake opvolgde; dat dit eens te meer geldt voor een overheidsinstantie die het beheer en bezit heeft over vele gronden;

Overwegende dat, gelet op het voorgaande, er voldoende aanwijzingen zijn dat beroepster mits het aan de dag leggen van voldoende zorgvuldigheid en waakzaamheid, zowel tijdens de exploitatie van de grond door de 'bezettende' derden als tijdens de periode van verwerving van de grond, op de hoogte kon geweest zijn van de verontreiniging op het ogenblik dat zij eigenaar werd van de grond; dat er immers voldoende aanwijzingen zijn die beroepster konden alerteren dat de grond mogelijks verontreinigd was opdat van beroepster kan verwacht worden dat zij een bodemonderzoek zou doen of zich toch minstens verder zou informeren over de mogelijkheid van aanwezigheid van een verontreiniging;

Overwegende dat beroepster dan ook niet aantoonde dat zij niet op de hoogte was en niet op de hoogte behoorde te zijn van de verontreiniging op het ogenblik dat zij eigenaar werd van de grond;

Overwegende dat de beroepster derhalve niet voldoet aan de voorwaarde gesteld in artikel 23, §2, 3° Bodemdecreet;

(...)"

IV. Onderzoek van het eerste middel

Standpunten van de partijen

13. In een eerste middel wordt de schending aangevoerd van artikel 110, § 1, van het bodemdecreet, samengelezen met artikel 23, § 2, van datzelfde decreet, van artikel 50 van het besluit van de Vlaamse regering van 14 december 2007 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de bodemsanering en de bodembescherming (hierna : Vlarebo) en van het redelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel.

Het middel houdt in essentie in dat de bestreden beslissing stelt dat de verzoekende partij van beide verontreinigingen op de hoogte had moeten zijn en in het bijzonder dat zij op de hoogte was of had moeten zijn van een bodemverontreiniging veroorzaakt door illegale, ondergrondse tanks in strijd met de milieuvergunning van de voormalige exploitant, terwijl die vereiste geen redelijke invulling van de kennisvoorwaarde is, en van de verzoekende partij geen actieve onderzoeksplicht verwacht kon worden die gelijkgesteld is met het politioneel toezicht op hinderlijke inrichtingen.

De verzoekende partij voert onder meer aan dat de activiteiten van de Lustrerie Massive die wellicht tot de bodemverontreiniging hebben geleid, in andere gedeelten van het gebouw plaatsvonden dan in het gedeelte op perceel 269 C6 en dat in haar archieven geen spoor terug te vinden is van een vraag vanwege die exploitant om op het perceel een activiteit uit te oefenen die gevaarlijk, hinderlijk of ongezond moet worden geacht. De verontreiniging met gechloreerde solventen is volgens de verzoekende partij naar alle waarschijnlijkheid afkomstig uit de ondergrondse tanks, waarvoor nooit een toestemming of vergunning werd gevraagd, en die verborgen waren onder de betonnen vloerplaat. Bovendien zou uit de wetenschap dat er ondergrondse tanks aanwezig waren niet volgen dat de verzoekende partij op de hoogte behoorde te zijn van een eventuele bodemverontreiniging. De in het grondwater aangetroffen

verontreiniging met arseen, toluen en minerale olie, was volgens haar in 1992 niet zintuiglijk waarneembaar en kon niet worden vermoed, net zo min als dat het geval was voor de verontreiniging met benzeen en cyaniden.

14. De verwerende partij antwoordt dat er wel degelijk werd getoetst aan de beoordelingselementen van artikel 50 van Vlarebo, en verwijst voor elk van die elementen afzonderlijk naar een passage uit de bestreden beslissing.

Wat de beweerdde schending van het redelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel betreft wijst zij er hoofdzakelijk op dat de verzoekende partij niet "het eerste het beste" bedrijf is, maar "decennia lang een overheidsinstantie was, van wie een grotere waakzaamheid verwacht wordt", en dat de verzoekende partij sinds 1926 het beheer over de grond had, waarvoor zij bezettingscontracten afsloot. De verwerende partij stelt voorts in vraag of de ondergrondse tanks wel zo onzichtbaar waren als de verzoekende partij beweert. Zij meent dat de verontreiniging met arseen, toluen, minerale olie, benzeen en cyaniden, niet los kan worden gezien van de verontreiniging met gechloreerde solventen en dat de activiteiten waarvoor deze producten werden aangewend blijkt uit de eertijds aan Lustrerie Massive verleende exploitatievergunning.

15. Ter ondersteuning van haar argumentatie dat de verzoekende partij zich in 1992 vragen had behoren te stellen bij de activiteiten die reeds sinds 1986 waren stopgezet, verwijst de verwerende partij in haar laatste memorie nog naar de vermelding, in de bestreden beslissing, dat de tanks in februari 2001 werden uitgegraven en verwijderd; dat de tanks zichtbaar beschadigd waren en dat de grond rondom de tanks zichtbaar verontreinigd was", informatie die volgens haar rechtstreeks afkomstig is uit het oriënterend bodemonderzoek van 12 november 2001.

Beoordeling

16. Te dezen gaat het om een perceel naast een spoorweg, waarop de rechtsvoorganger van de verzoekende partij een recht van opstal had verleend voor het optrekken van een gedeelte van een bedrijfsgebouw. De activiteiten die in de bestreden beslissing bodembedreigend worden genoemd waren reeds in 1986 stopgezet, en de voor die activiteiten gebruikte installaties waren verwijderd. De redenering in de bestreden beslissing houdt in dat de verzoekende partij de exploitatievergunningen van 1965 en 1967 had moeten opsporen en consulteren, en dat ze vervolgens een bodemonderzoek had moeten uitvoeren, louter om de mogelijkheid te onderzoeken dat de betreffende activiteiten bodemverontreiniging zouden hebben kunnen veroorzaken die zich bovendien zou hebben verspreid naar perceel 269 C6.

Die verplichting is te verregaand en onevenredig.

De verwerende partij heeft immers, op 9 mei 2005, dus op een ogenblik dat de verzoekende partij reeds eigenaar was van het desbetreffende perceel, ingevolge een vraag tot vrijstelling van de vorige exploitant van de grond, geoordeeld dat er geen aanwijzingen waren voor de aanwezigheid van bodemverontreiniging en dat de aanwezige ondergrondse tanks toen niet onmiddellijk zichtbaar waren. De stelling van de verwerende partij komt er op neer dat de verzoekende partij toch had moeten onderzoeken of de bodem misschien niet verontreinigd was door verspreiding vanaf het naastgelegen perceel, in welk geval zij de aanwezigheid van de tanks en de verontreiniging zou hebben ontdekt. Dit is een onredelijk strenge beoordeling van de "kennisvoorwaarde".

Het valt niet in te zien hoe louter het publiek karakter van een vennootschap of instelling een bijzondere juridische verantwoordelijkheid zou kunnen impliceren inzake bodembescherming.

Het eerste middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van de Vlaamse minister van Leefmilieu, Natuur en Cultuur van 1 december 2011 waarbij het beroep ingesteld tegen de beslissing van OVAM van 1 oktober 2010 waarbij deze oordeelt dat de NV NMBS-Holding niet aantoonst dat zij voldoet aan de voorwaarden om te worden vrijgesteld van het uitvoeren van een beschrijvend bodemonderzoek, voor een perceel gelegen aan de Ijzerenweglei/Heirbaan te Mortsels en dat artikel 110, § 2, van het bodemdecreet van toepassing is, wordt verworpen.

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 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van tweeëntwintig januari tweeduizend vijftien, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bart Tettelin,	griffier.
De griffier	De voorzitter

Bart Tettelin

Eric Brewaeys