

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 232.753 van 29 oktober 2015
in de zaak A. 209.836/VII-38.874.**

In zake : 1. de NV DEME ENVIRONMENTAL CONTRACTORS
 2. de NV ENVISAN
 3. de NV GHENT DREDGING
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Isabelle Larmuseau
 kantoor houdend te 9000 Gent
 Kasteellaan 141
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de OPENBARE VLAAMSE
AFVALSTOFFENMAATSCHAPPIJ
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Bronders
kantoor houdend te 8400 Oostende
Archimedesstraat 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :
het GEMEENTELIJK HAVENBEDRIJF ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jan Bouckaert en David D'Hooghe
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Verzoekende partij in tussenkomst :
de VZW FEDERATIE DER BAGGERWERKEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Isabelle Larmuseau
kantoor houdend te 9000 Gent
Kasteellaan 141
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 2 oktober 2013, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (hierna: OVAM) van 5 augustus 2013 houdende toestemming voor de grensoverschrijdende overbrenging van afvalstoffen zoals omschreven in kennisgeving BE001003673.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 224.496 van 23 augustus 2013 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

Bij arrest nr. 225.885 van 19 december 2013 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partijen hebben een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

De tussenkommende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. Deze tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 17 januari 2014. De tussenkommende partij heeft een memorie ingediend.

De verzoekende partij in tussenkomst heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. Deze tussenkomst is voorlopig toegestaan bij beschikking van 6 mei 2014. De verzoekende partij in tussenkomst heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Peter Provoost heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij en de tussenkomende partij hebben 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 20 november 2014.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Isabelle Larmuseau, die verschijnt voor de verzoekende partijen en de verzoekende partij in tussenkomst, advocaat Clive Rommelaere, die loco advocaat Bart Bronders verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Stefanie François, die loco advocaten Jan Bouckaert en David D’Hooghe verschijnt voor de tussenkomende 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. Op 6 mei 2013 schrijft het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen het bestek B10133 “Verdiepingsbaggerwerken Antwerpse dokkencomplex Rechteroever 4^{de} havendok” uit. Daarin wordt onder meer het volgende gesteld:

“De gebaggerde specie wordt eigendom van de aannemer. De aannemer staat in voor het bekomen van alle noodzakelijke vergunningen en certificaten in het kader van de afvoer van de baggerspecie. Hij kan hiervoor desgewenst gebruik maken van de toelating van het Havenbedrijf voor het transport van de baggerspecie naar De Slufter, die momenteel in aanvraag is, van zodra deze wordt toegekend”.

3.2. Door middel van het kennisgevingsformulier BE001003673 geeft het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen aan de verwerende partij kennis van haar voornemen om tussen 1 augustus 2013 en 31 juli 2014, door middel van 170 transporten, een totaal geplande hoeveelheid van 153.000 ton niet-ontwaterde baggerspecie met het oog op verwijdering naar Nederland (depot Slufter te Rotterdam) over te brengen.

3.3. Bij aangetekend schrijven van 5 juni 2013 deelt de VZW Federatie der Baggerwerken aan de verwerende partij onder meer het volgende mee:

“(…) Graag maken wij u erop attent dat in Vlaanderen ruim voldoende verwerkingscapaciteit beschikbaar is voor de behandeling van de baggerspecie vrijkomend bij de uitvoering van bovenvermeld werk (85.000 m³). De verwerkingscentra voor bagger- en ruimingsspecie, gelegen in Vlaanderen, beschikken over een totale vergunde verwerkingscapaciteit van circa 1 miljoen m³. Bovendien is door het uitblijven van acties in uitvoering van het sectoraal uitvoeringsplan Bagger- en ruimingsspecie de beschikbare verwerkingscapaciteit op heden onderbenut.

Het bestaan dat (deels reinigbare) baggerspecie vanuit Vlaanderen wordt afgevoerd naar de deponie van Depot Slufter voor het definitief storten van deze specie is niet in overeenstemming met de Europese Afvalstoffenrichtlijn 2008/98/EG met betrekking tot

- 1) De uitvoer van na reiniging nuttig toepasbare baggerspecie naar de stortplaats Depot Slufter.
 - 2) Het beginsel van nabijheid en zelfverzorging laat niet toe dat voor verwijdering bestemde baggerspecie naar Depot Slufter wordt overgebracht temeer Vlaanderen over voldoende stortcapaciteit bezit. We verwijzen hiervoor naar het door OVAM opgesteld rapport ‘Toekomstvisie stortplaatsen’; De Greeff, maart 2012).
- (...)”.

3.4. Nadat de datum van de openbare aanbesteding voor het onder

randnummer 3.1 vermelde bestek van 24 juni 2013 naar 26 augustus 2013 werd verplaatst, nemen de verzoekende partijen op 16 augustus 2013 kennis van de publicatie in het Bulletin der Aanbestedingen van het “Terechtwijzend bericht nr. 2” inzake het meer vermelde bestek, waarbij hen de bestreden beslissing van 5 augustus 2013 van de verwerende partij houdende toestemming voor de grensoverschrijdende overbrenging van afvalstoffen onder kennisgeving BE001003673, alsook de beslissing van 6 augustus 2013 van de Nederlandse staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu waarbij besloten wordt geen bezwaar te maken “tegen het voornemen van Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen om op basis van kennisgeving BE001003673 afvalstoffen over te brengen van België naar Nederland”, wordt meegedeeld.

De bestreden beslissing houdende toestemming voor de grensoverschrijdende overbrenging van afvalstoffen stelt:

“(…)

De specie zal worden gestort in het depot De Slufter te Rotterdam. De specie werd getoetst aan de acceptatiecriteria van de Slufter en voldoet hieraan. De kennisgever en de ontvanger hebben een contract afgesloten dat voldoet aan de bepalingen van artikel 5 van de Verordening.

Uit analyses van de specie blijkt dat deze niet voldoet aan de normen voor hergebruik. Bovendien is tributyltin (TBT), een havenspecifieke probleemparameter, in hoge concentraties aanwezig in dit slib.

Het Havenbedrijf heeft in de aanvraag een overzicht van de bestaande bergingsmogelijkheden toegevoegd. Deze bergingsmogelijkheden werden getoetst aan de eigenschappen van de specie. Het Havenbedrijf concludeert hieruit dat een aantal locaties nog in oprichting zijn, een aantal niet meer worden geëxploiteerd, een aantal enkel vergund zijn voor steekvaste specie en dat ontwatering omwille van de zeer ecotoxische parameter TBT niet binnen de vergunde waterzuivering mogelijk is.

Verder merkt de OVAM op dat omwille van de aanwezigheid van het ecotoxisch tributyltin in de specie en de zeer strikte normen voor de aanwezigheid van deze parameter in waterig milieu, deze specie als gevaarlijke afvalstof (EURAL 17 05 05*) dient ingedeeld te worden.

Gezien de hoeveelheid en het gevaarlijk karakter van de specie kan de OVAM de redenering van het Antwerpse Havenbedrijf volgen en akkoord gaan met de uitvoer van deze baggerspecie naar het depot De Slufter.

(…)”.

IV. Ontvankelijkheid van de tussenkomsten

4. In het auditoraatsverslag wordt ambtshalve opgeworpen dat het verzoek tot tussenkomst van de VZW Federatie der Baggerwerken laattijdig werd ingediend. De exceptie steunt op de onderstelling dat de VZW Federatie der Baggerwerken, die tussenkomt ter ondersteuning van het beroep tot nietigverklaring, op dezelfde wijze en op hetzelfde tijdstip als de verzoekende partijen kennis heeft genomen van de bestreden beslissing. Die onderstelling wordt niet betwist.

De tussenkomst van de VZW Federatie der Baggerwerken wordt afgewezen.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

Excepties

5. De verwerende partij werpt op dat de verzoekende partijen weliswaar stellen geïnteresseerd te zijn in de overheidsopdracht voor de verdiepingsbaggerwerken in de Antwerpse haven, maar geen offerte hebben ingediend, zodat zij niet beschikken over het in rechte vereiste belang. Volgens haar is het louter hypothetisch dat de verzoekende partijen in aanmerking zouden komen om als onderaannemer mee te werken aan de uitvoering van de desbetreffende overheidsopdracht indien het baggerslib niet naar Nederland zou worden overgebracht. Aan een mogelijk concurrentieel nadeel, zouden de verzoekende partijen evenmin een zeker en rechtstreeks belang kunnen ontlenen. Dergelijk nadeel vloeit immers niet rechtstreeks voort uit de bestreden beslissing, maar wel uit de mogelijkheid waarin het bestek nr. B10133 voorziet om de uit de verdiepingswerken afkomstige baggerspecie die met tributyltin (hierna: TBT) is vervuild, over te brengen naar het depot de Slufter in Nederland.

6. De tussenkomende partij werpt als eerste exceptie op dat de

bestreden beslissing niet griefhoudend is voor de verzoekende partijen, aangezien een gebeurlijke vernietiging niet verhindert dat andere overheden of instellingen in de toekomst eveneens gebruik zullen maken van de mogelijkheid om baggerspecie over te brengen naar de Slufter, zodat niet valt in te zien welk concreet voordeel de verzoekende partijen verhopend te behalen uit de beoogde vernietiging. Bovendien zouden de verzoekende partijen nalaten om concreet aan te tonen welke nadelen zij, al dan niet rechtstreeks, ondervinden of welke voordelen zij door een vernietiging hopen te verkrijgen. Met de bewering dat de volgende 60 jaar alle Vlaamse baggerspecie zou worden overgebracht naar Nederland, wordt slechts een onrechtstreeks en louter hypothetisch belang aangetoond.

De verzoekende partijen tonen volgens de tussenkomenende partij evenmin aan in welke rechtsverhouding zij zich bevinden tot de bestreden beslissing, om over het vereiste persoonlijk belang te beschikken. Volgens haar omschrijven de verzoekende partijen hun belang als dat van elk bergings- of verwerkingsbedrijf in Vlaanderen en heeft de derde verzoekende partij “niet eens [...] meegedongen naar de uitgeschreven overheidsopdracht”.

7. In hun memorie van wederantwoord repliceren de verzoekende partijen dat in één van de ingediende offertes voor de overheidsopdracht uitdrukkelijk werd opgegeven dat de bergingslocaties van de eerste en de tweede verzoekende partij zouden worden gebruikt, en wijzen zij op de grote hoeveelheid baggerspecie waar het om gaat. Voorts zetten zij uiteen dat de bestreden beslissing de zware investeringen, die zij onder impuls van de Vlaamse regering hebben gedaan, nutteloos dreigt te maken. Hun concurrentiepositie beschrijven zij aan de hand van een overzicht van de beschikbare bergingscapaciteit in Vlaanderen.

8. De verwerende partij verwijst in haar laatste memorie aanvullend nog naar haar latere beslissing van 24 oktober 2013 waarbij toestemming werd verleend voor de grensoverschrijdende overbrenging van baggerspecie zoals omschreven in een andere kennisgeving ingediend door de afdeling Maritieme Toegang. Die beslissing vormt het voorwerp van het beroep bij

de Raad van State gekend onder A. 211.019/VII-38.989. Zij stelt dat in die beslissing de overbrenging van de baggerspecie voor de helft werd geweigerd, namelijk voor zover “die niet sterk met TBT verontreinigde baggerspecie in aanmerking kon komen voor hergebruik als bodem of niet-vormgegeven bouwstof”, waarmee zij het essentiële belang van de hoge concentratie aan TBT in de baggerspecie, in combinatie met de hoeveelheid ervan, als motief wil benadrukken. Voorts kadert het aanbieden van de mogelijkheid om de baggerspecie over te brengen naar Nederland volgens de verwerende partij in de overheidsopdracht met betrekking tot de verdiepingsbaggerwerken, zodat de verzoekende partijen tegen deze beslissing beroep hadden moeten instellen bij de Raad van State.

Beoordeling

9. De verzoekende partijen hebben als “in Vlaanderen gesitueerde slibverwerkingscentra” een voldoende persoonlijk belang om zich in rechte te kanten tegen de overbrenging naar het buitenland van Vlaamse baggerspecie. Het doet daarbij niet ter zake dat ze geen offerte zouden hebben ingediend om de baggerwerken zelf uit te voeren. Het is bovendien allerminst hypothetisch dat de grensoverschrijdende overbrenging van de baggerspecie teneinde deze te storten en niet te verwerken, nadelige effecten heeft op de rendabiliteit van de verwerkingscentra die door de verzoekende partijen worden geëxploiteerd. In dit verband hoeven de verzoekende partijen niet onomstotelijk aan te tonen dat zij effectief als onderaannemer in aanmerking zouden zijn gekomen om het betrokken baggerslib te verwerken in geval degene aan wie de overheidsopdracht voor de uitvoering van de baggerwerken werd toegewezen, zou hebben afgezien van de mogelijkheid om de baggerspecie naar Nederland te exporteren. Ten gronde betwisten de verzoekende partijen bovendien dat de baggerspecie wegens het beweerd “gevaarlijk karakter” ervan, niet in aanmerking komt voor hergebruik na reiniging, alsook dat er in Vlaanderen onvoldoende capaciteit beschikbaar is. Het feit dat de gebeurlijke vernietiging van de bestreden beslissing niet kan verhinderen dat andere overheden en instellingen in de toekomst gebruik zullen

maken van de mogelijkheid om baggerspecie over te brengen naar het depot Slufter te Rotterdam, is niet van aard het belang van de verzoekende partijen bij voorliggend annulatieberoep dat handelt over een specifieke overbrenging van afvalstoffen, te ontnemen. Een vernietigingsarrest strekt er overigens niet toe om uitspraak te doen over de toekomstige inzichten van “andere overheden of instellingen” die niet bij het proces betrokken zijn.

De excepties worden verworpen.

VI. Onderzoek van de middelen

Derde middel

Standpunt van de partijen

10. In een derde middel wordt de schending aangevoerd van het zorgvuldigheidsbeginsel en van de materiële motiveringsplicht, samengelezen met de afvalhiërarchie opgenomen in artikel 4, lid 1, e), en artikel 4, lid 2, § 1, van richtlijn 2008/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende afvalstoffen en tot intrekking van een aantal richtlijnen en in de artikelen 4, § 3, e), en 8 van het decreet van 23 december 2011 betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen (hierna: materialendecreet), samengelezen met artikel 11, lid 1, a), van verordening (EG) 1013/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen, en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

De verzoekende partijen betogen dat uit de door OVAM bijgetreden “redenering van het Antwerpse Havenbedrijf”, blijkt dat er voorrang werd gegeven aan verwijdering boven nuttige toepassing, omwille van “een

(vermeend hoge) reinigingskost”. Volgens de verzoekende partijen komt de baggerspecie door het hoge zandgehalte wel degelijk in aanmerking voor nuttige toepassing, en kan er van de prioriteitsvolgorde van de afvalhiërarchie enkel worden afgeweken op grond van het levenscyclusdenken en niet op basis van een vermeend hoge reinigingskost.

11. De verwerende partij betwist dat de kwestieuze baggerspecie in aanmerking komt voor nuttige toepassing en verwijst dienaangaande naar de kwalificatie van de specie als gevaarlijke afvalstof, wegens de hoge concentraties TBT. Dat de raad van bestuur van de tussenkomenende partij hierover mogelijk een andere mening zou hebben, is voor de verwerende partij irrelevant. Zij vervolgt dat de opmerkingen over het hoge zandgehalte betrekking hebben op reeds uitgevoerde en niet op geplande baggerwerken, en dat de specie omwille van de hoge concentraties aan TBT niet in de AMORAS-installatie kan worden verwerkt. De vraag of de specie in de Slufter kan worden gestort, is volgens de verwerende partij een Nederlandse aangelegenheid, waarvoor de Belgische Raad van State geen bevoegdheid heeft. Zij besluit dat uit de geschonden geachte Europese normen voor de bevoegde autoriteit van verzending geen verplichting volgt om bezwaar in te dienen tegen een voorgenomen overbrenging van afvalstoffen.

12. De tussenkomenende partij stelt eveneens dat de bevoegde autoriteiten geen verplichting hebben om bezwaar in te dienen tegen een voorgenomen grensoverschrijdende overbrenging van afvalstoffen, en dat niet wordt aangetoond dat de baggerspecie in aanmerking komt voor nuttige toepassing. Dit laatste doet er volgens haar overigens niet toe, aangezien de zogenaamde afvalhiërarchie geen absolute prioriteiten voorstaat.

13. In de memorie van wederantwoord voegen de verzoekende partijen in essentie toe dat ook bij een zeer hoog zandgehalte voorrang dient te worden gegeven aan nuttige toepassing boven verwijdering.

14. In haar laatste memorie benadrukt de tussenkomenende partij dat

de verwijzing naar de redenering van het Havenbedrijf niet los kan worden gezien van de hoeveelheid en het gevaarlijk karakter van de baggerspecie. Zij wijst voorts op de discretionaire bevoegdheid van de verwerende partij dienaangaande en op de marginale toetsingsbevoegdheid van de Raad van State.

15. De verwerende partij herneemt in haar laatste memorie het betoog dat er geen tegenspraak is tussen de bijlage 7a van het kennisgevingsdossier en het standpunt dat nuttige toepassing met inachtneming van de beste beschikbare technieken (BBT) niet mogelijk is. Voorts wijst zij op de combinatie van de hoeveelheid baggerspecie en de hoge concentratie TBT als reden waarom de specie niet kan worden gereinigd.

Beoordeling

16. In bijlage 7a bij de kennisgeving “Informatie relevant voor de beoordeling van de kennisgeving en zijn overeenstemming met de Europese en Vlaamse regelgeving terzake”, zoals neergelegd in het administratief dossier en in de versie zoals erkend door de verwerende partij, wordt het volgende gesteld:

“[...]

In casu is de voorrang van verwijdering ten opzichte van nuttige toepassing te verantwoorden om de volgende redenen:

Zoals onder randnummer 2 wordt gesteld rust in vele gevallen een historisch passief op het te baggeren materiaal in de Antwerpse havendokken. Dit geldt in het bijzonder ook voor het materiaal dat binnen dit project zal vrijkomen en [waarvan] de kwaliteitsgegevens deel uitmaken van dit dossier. De kans dat de baggerspecie die binnen dit project vrijkomt voldoet aan de voorwaarden voor hergebruik, zoals gesteld in het Vlarema, is dan ook klein. Het reinigen [van] deze hoeveelheden baggerspecie zou de verwerkingsprijs onverantwoord opdrijven.
[...].”

Uit deze toelichting moet worden afgeleid dat volgens de tussenkomende partij de specie na reiniging weliswaar kan voldoen aan de normen voor hergebruik, maar dat wegens de hoge verwerkingskosten wordt gekozen voor de verwijdering van de baggerspecie en niet voor de nuttige toepassing ervan.

17. De verwerende partij poneert in de bestreden beslissing evenwel dat “[u]it analyses van de specie blijkt dat deze niet voldoet aan de normen voor hergebruik”. Deze bewoordingen kunnen niet anders worden begrepen dan dat nuttige toepassing van de baggerspecie om technische redenen hoe dan ook niet mogelijk is. Aldus spoort de motivering van de bestreden beslissing, waarin de verwerende partij nochtans aangeeft “de redenering van het Antwerpse Havenbedrijf [te kunnen] volgen”, niet met bijlage 7a bij de kennisgeving waarin wordt gesteld dat de reiniging van de baggerspecie in beginsel mogelijk is. Bovendien wordt in de bestreden beslissing niet nader gemotiveerd waarom nuttige toepassing van de baggerspecie technisch niet uitvoerbaar is.

De post factum motivering van de tussenkomende partij mag niet in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de wettigheid van de motivering van de bestreden beslissing.

Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De tussenkomst van de VZW Federatie der Baggerwerken wordt afgewezen.

2. De Raad van State vernietigt het besluit van de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij van 5 augustus 2013 houdende toestemming voor de grensoverschrijdende overbrenging van afvalstoffen zoals omschreven in kennisgeving BE001003673.

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

4. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 1.050 euro.

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

De verzoekende partij in tussenkomst wordt verwezen in de kosten van haar verzoek tot tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negenentwintig oktober tweeduizend vijftien, 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