

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 234.923 van 2 juni 2016
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, Hangar 26
 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 201
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. Bij arrest nr. 228.874 van 23 oktober 2014 zijn de debatten heropend en werd het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat gelast met een aanvullend onderzoek van de zaak.

Eerste auditeur Peter Provoost heeft een aanvullend verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 juni 2015.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Claudia De Pooter, 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 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. 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 bevreedden 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

Exceptie

4. De verwerende partij werpt op dat bij het verzoekschrift geen stuk werd gevoegd waaruit blijkt dat het bevoegde orgaan van de vennootschap heeft beslist om in rechte te treden.

Beoordeling

5. Uit de door de verzoekende partij neergelegde stukken blijkt dat de beslissing om bij de Raad van State een annulatieberoep in te dienen, conform haar statuten, werd ondertekend door twee bestuurders.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

6. In een eerste middel wordt de schending aangevoerd van artikel 14 van het decreet van 23 december 2011 betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen (hierna: materialendecreet) juncto de artikelen 22 en 23 EVOA, van de materiële motiveringsplicht en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij stelt dat artikel 22, lid 3, EVOA bepaalt dat de terugnameplicht niet geldt indien de getransporteerde afvalstoffen tijdens de handeling in de betrokken inrichting onomkeerbaar met andere afvalstoffen werden gemengd. Dienaangaande zet zij uiteen dat de door haar aangeleverde grond niet door scheidingswanden werd gescheiden maar op de ontvangende inrichting op een “amateuristische wijze” werd verplaatst en gemengd. Zulks zou blijken uit het plan van de site en de voorraad van eind november 2011. Bovendien ontbreekt elke afdekking waardoor de aangevoerde grond al vier jaar is blootgesteld aan regen en andere ongunstige weersomstandigheden, de kwaliteit ervan nadelig werd beïnvloed en de verdere vermenging bevorderd. Ook zou er met regelmaat aan- en afvoer van andere grond hebben plaatsgevonden. Intussen zou de aangevoerde grond niet alleen vermengd maar ook vervuild zijn door andere partijen grond.

In het verslag van het plaatsbezoek van 27 oktober 2010 door OVAM vindt zij elementen die haar stelling bevestigen, meer bepaald doordat in dit verslag wordt gesteld dat “door het drassig karakter van het terrein de vaststellingen enkel van op een afstand zijn kunnen gebeuren”, dat “een ‘groot deel’ doch niet alle grond is afgedekt met een zeil”, dat “bepaalde hopen grond elkaar raken/overlappen”, dat “een deel van de grond gereinigd is” en dat “de

gronden van ‘Sita Grimbergen’ verplaatst werden”. Volgens de verzoekende partij is het onbegrijpelijk dat OVAM, ondanks voormelde elementen, concludeert dat 12.641,12 ton grond - verdeeld over 4 opslagvakken (A2, A3, A4 en C1) - van haar afkomstig zou zijn. Voor zover als nodig benadrukt de verzoekende partij dat zij het niet zinvol heeft geacht bij dit plaatsbezoek aanwezig te moeten zijn omdat de vermenging van de grond in het kader van de gerechtelijke procedure in Nederland reeds duidelijk was aangetoond en aanvaard. Zij verwijst in dit verband naar het vonnis in kort geding van 26 februari 2009 van de rechtbank te Amsterdam en het arrest van 19 januari 2010 van het gerechtshof te Amsterdam.

Ze noemt het logisch dat de terugnameplicht vervalt als “een afvalstroom die op basis van een kennisgeving is getransporteerd, niet meer te individualiseren is”, omdat de kennisgever moeilijk gedwongen kan worden “om grond terug te nemen waarvan niet meer bepaald kan worden of deze van [hem] is, dan wel dat deze nog dezelfde samenstelling heeft als ten tijde van de afgifte”. Ze meent ook dat de drie kennisgevingen, die betrekking hadden op verschillende grondpakketten, apart behandeld moeten worden, wat evident impliceert “dat de grond komende van de aparte kennisgevingen nog apart moet kunnen geïdentificeerd worden”, wat niet mogelijk is.

Ze meent dat uit het verslag van bodem- en milieuconsulent ABO van 5 september 2012 blijkt dat “er diverse elementen zijn die erop wijzen dat de gronden van verzoekende partij niet langer aanwezig zijn, minstens dat zij vermengd zijn met andere gronden ingevolge de onoordeelkundige opslag ervan”. In dit verband merkt de verzoekende partij op:

“Inzake partij I

(a)

Volgens de administratie van Deep Green B.V. ligt er in vak C1 1.233 ton van de grond met projectnummer H08268.

Volgens diezelfde administratie ligt er in dat vak C1 ook nog (afgerond):

- Grond van Nieuw Park fase 2 te Gouda (H09215): 509 ton
- Freesasfalt met zand (H10002): 292 ton
- Korrel Zoetermeer (H10005): 1005 ton

In totaal is dat ongeveer 3.040 ton, wat - rekening houdend met het

soortelijk gewicht van 1,6 ton per m³ - overeenstemt met de 1.900 m³ waarvan sprake in de ABO rapportage (pagina 6).

Wanneer ABO dus spreekt over de analyse van partij 1, dan is het duidelijk dat het grootste deel daarvan (zijnde 1.806 ton van de 3.040 ton) niet afkomstig is van verzoekende partij.

(b)

Uit de ABO-analyses van partij 1 (bemonsteringen B1 - B3) - dit is dus de volledige 3.040 ton waarvan er maar 1.233 initieel van verzoekende partij afkomstig was - blijkt dat de sulfaatconcentratie van partij 1 hoog is, terwijl sulfaat in de door verzoekende partij aangevoerde grond niet gemeten werd. De analyses van ABO bevestigen dus dat het niet kan gaan om de grond van verzoekende partij, minstens dat deze vermengd werd.

(c)

Bovendien ligt er volgens de administratie van Deep Green B.V. in vak A3 een partij grond van 1000 ton, eveneens geregistreerd onder projectnummer H08268. Nochtans zijn voor alle monsters de gemeten waarden lager dan de waarden gemeten voor de grond met dezelfde projectnummer H08268, en gelegen in vak C1.

Hieruit kan enkel geconcludeerd worden dat de grond onder code H08268 opgeslagen in vak C1 (partij 1), niet dezelfde grond is als de grond die onder dezelfde code H08268 opgeslagen is in vak A3 (partij 2).

Inzake partij 2

Voor partij 2, gestockeerd in de vakken A2, A3 en A4, klopt het volgende niet:

(a)

Volgens de administratie van Deep Green B.V. zou er in vak A2 4.000 ton moeten liggen, terwijl het plan gevoegd als stuk 19 aantoont dat dit vak A2 leeg is.

(b)

Er zijn vier afwijkingen aan te tonen ten opzichte van aangeleverde grond:

1. De aangeleverde grond heeft hogere droge stof waarden dan de ABO-analyse van partij 2;
2. De aangeleverde grond heeft een lagere som PAK-waarden dan de ABO-analyse van partij 2;
3. De aangeleverde grond heeft verhoogde cyanide waarden ten aanzien van de ABO-analyse van partij 2;
4. In de aangeleverde grond bestond 37-40% van de minerale olie (C10-C40) uit ketenlengte C30-C40, terwijl volgens de ABO-analyses van partij 2 het aandeel C30-C40 maar 12-17% van de minerale olie (C10-C40) uitmaakte. Het gaat dus om een andere samenstelling van olie en dus om een andere herkomst.
5. De aangeleverde grond bevatte minder benzo-a-pyreen dan gemeten is door ABO.

Uit hoger vermelde toelichtingen blijkt dat, aan de hand van de vergelijking die verzoekende partij zelf heeft gedaan, ofwel de grond niet van verzoekende partij is, ofwel dat die grond vermengd werd met grond van andere oorsprong.

Verzoekende partij heeft dit standpunt op 5 november 2012 aan tegenpartij overgemaakt [...].

Voorts wijst de verzoekende partij erop dat artikel 23, lid 3, EVOA voorziet in een trapsgewijze verantwoordelijkheid voor de kosten verbonden aan de terugname van afvalstoffen. De door haar overgebrachte grond werd gemengd met andere grond waardoor deze niet langer kan worden geïdentificeerd. Zij is niet langer eigenaar van die grond. Ook is het niet meer mogelijk om te bepalen welke kosten voor de terugname te haren laste zouden vallen.

Bovendien heeft zij reeds betaald voor de nuttige toepassing van de overgebrachte grond, en kan zij moeilijk gedwongen worden om tweemaal verwerkingskosten te betalen “van grond die vermoedelijk minstens deels aan een ander toebehoort en/of waarvan de samenstelling ingevolge de vermenging en de blootstelling aan regen en wind niet meer dezelfde is als ten tijde van de afgifte”. Overeenkomstig artikel 22, lid 9, EVOA zijn de Nederlandse autoriteiten verantwoordelijk om ervoor te zorgen dat de grond oordeelkundig wordt gestockeerd.

Ze verwerpt nadrukkelijk de stelling dat het ontbreken van een op haar rustende terugnameplicht toch zou impliceren dat zij moet instaan voor de kosten van nuttige toepassing. Ter zake verwijst de verzoekende partij naar artikel 22, tweede alinea, EVOA dat bepaalt dat de kennisgever niet tot terugname dient over te gaan indien de afvalstoffen “onomkeerbaar met andere afvalstoffen werden vermengd”. Zij vindt het logisch dat dit mengsel nog nuttig toegepast of verwerkt zal moeten worden. Dat de kosten hiervan gedragen moeten worden door de kennisgever, die geen enkele fout aan deze vermenging heeft en te dezen bovendien - reeds vóór de vermenging - via de verrekening de kosten al betaald heeft, zou evident niet kunnen. De verzoekende partij wijst erop dat artikel 23, lid 1, EVOA bepaalt dat de kosten dienen betaald te worden door de kennisgever in eerste orde, tenzij dit “niet mogelijk is”. Deze onmogelijkheid, zo stelt de verzoekende partij, slaat ook op het geval waarbij de kennisgever, die geen schuld treft voor de vermenging, reeds voor de nuttige toepassing heeft betaald. In een dergelijke situatie moeten de kosten gedragen worden door ofwel “andere

natuurlijke of rechtspersonen (bv. de uitbater van de site, zijnde Deep Green en/of haar opvolger en/of haar curator)” ofwel “de bevoegde autoriteit van verzending”.

Tot slot benadrukt de verzoekende partij dat artikel 23 EVOA niet voor interpretatie vatbaar is. Indien het niet mogelijk is om de kosten voor terugname of verwerking ten laste te leggen van de kennisgever dienen deze aan andere natuurlijke of rechtspersonen te worden aangerekend. Zij kan niet gehouden zijn tot de betaling van verwerkingskosten voor grond die vermoedelijk minstens deels aan een ander toebehoort en waarvan minstens de samenstelling ingevolge de vermenging is gewijzigd.

7. De verwerende partij antwoordt dat de verzoekende partij niet betwist dat bepaalde vrachten afvalstoffen die zij heeft overgebracht niet de aanvankelijk voorziene nuttige toepassing hebben gekregen. De bevoegde autoriteit van bestemming heeft haar daarvan op de hoogte gebracht. Dienvolgens heeft zij met toepassing van artikel 22, lid 2, EVOA de verzoekende partij aangemaand om de afvalstoffen terug te nemen, te verwijderen, of nuttig toe te passen. De verzoekende partij is daar niet op willen ingaan, omdat zij meent dat de afvalstoffen onomkeerbaar vermengd zijn met andere afvalstoffen. Daardoor zouden haar geen verplichtingen meer kunnen worden opgelegd op grond van EVOA, noch zou zij er toe gehouden zijn de kosten te betalen verbonden aan de uitvoering door anderen van door EVOA opgelegde verplichtingen. De verzoekende partij gaat er evenwel aan voorbij dat in geval van onomkeerbare vermenging met andere afvalstoffen nog steeds de verplichting geldt om de afvalstoffen te verwijderen of nuttig toe te passen, en dat de kennisgever moet instaan voor de kosten daarvan. Zij heeft de verzoekende partij herhaaldelijk aangemaand, en omdat deze daar niet op is ingegaan, heeft ze in de bestreden beslissing gesteld dat ze dit zelf zal doen, en de kosten op de verzoekende partij zal verhalen.

Volgens de verwerende partij toont de verzoekende partij niet aan dat de afvalstoffen onomkeerbaar werden gemengd. Bovendien zou een

onomkeerbare vermenging van de afvalstoffen niet impliceren dat de verzoekende partij zou worden vrijgesteld van alle verplichtingen volgend uit EVOA. Artikel 22, lid 3, tweede alinea, van deze verordening bepaalt dat in dat geval de afvalstoffen moeten worden verwijderd of nuttig toegepast in het land van bestemming of elders overeenkomstig artikel 22, lid 3, eerste alinea. Daarom zou het irrelevant zijn te weten of de afvalstoffen al dan niet werden gemengd.

Artikel 23, lid 1, a), EVOA bepaalt dat indien het niet mogelijk is de kosten in rekening te brengen aan de kennisgever deze kosten aan anderen in rekening kunnen worden gebracht. Het feit dat de afvalstoffen vermengd zijn met andere afvalstoffen impliceert echter niet dat de kennisgever de kosten niet zou moeten dragen. Ook de anderen die in ondergeschikte orde worden vermeld in artikel 23, lid 1, b), c) en d), EVOA zouden zich immers op hetzelfde argument kunnen beroepen om de kosten niet te moeten dragen, wat ertoe zou leiden dat de kosten aan niemand in rekening kunnen worden gebracht. Waar de verzoekende partij erop wijst dat zij reeds heeft betaald voor de nuttige toepassing van de afvalstoffen, betreft het een zuiver burgerrechtelijke aangelegenheid.

Artikel 23, lid 2, EVOA laat het communautaire en nationale aansprakelijkheidsrecht onverlet, zodat diegene die op grond van artikel 23, lid 1, EVOA kosten voor zijn rekening moet nemen, deze steeds kan terugvorderen van de aansprakelijke. Hieruit vloeit voort dat het loutere feit dat men niet verantwoordelijk is voor het niet verwerken van de afvalstoffen en dat deze bijgevolg moeten worden teruggenomen of in het land van bestemming of elders verwijderd of nuttig toegepast moeten worden, of dat men niet verantwoordelijk is voor de vermenging van de afvalstoffen of dat men reeds betaald heeft om de afvalstoffen te laten verwerken, geen omstandigheden zijn die wijzen op een onmogelijkheid zoals bedoeld in artikel 23 EVOA. Ook in dergelijke omstandigheden worden de kosten in de eerste plaats aan de kennisgever in rekening gebracht, doch deze kan de kosten op basis van het communautaire en nationale aansprakelijkheidsrecht terugvorderen van diegene die verantwoordelijk/aansprakelijk is.

8. In haar memorie van wederantwoord zet de verzoekende partij uiteen dat de opdracht tot verwijdering van de 4.000 ton grond door OVAM werd gegund aan de BV Sita Remediation, haar Nederlandse dochtervennootschap, dat in het kader van de uitvoering van deze opdracht een bemonstering van de af te voeren grond werd uitgevoerd door de BV Certicon Kwaliteitskeuringen, dat de uitgevoerde analyses aantonen dat de grond cyanides en PAK's bevat terwijl die stoffen oorspronkelijk niet in de overgebrachte grond aanwezig waren en dat tevens blijkt dat het gehalte aan zware metalen gemiddeld met een factor 5 à 10 is toegenomen, zodat er wel degelijk sprake is van onomkeerbare vermenging.

Het feit van vermenging van gronden is volgens de verzoekende partij zeer relevant. De verwerende partij is onterecht van mening dat de verplichting tot verwijdering en nuttige toepassing automatisch bij de kennisgever terecht komt zonder dat deze over de mogelijkheid beschikt om aan te tonen dat er gegronde redenen zijn om hem vrij te stellen van deze verplichting. Gelet op de bestaande vermenging, kan van haar niet worden geëist dat zij haar gronden van de rest onderscheidt met het oog op verwijdering en nuttige toepassing aangezien dat onderscheid maken niet langer mogelijk is.

Tot slot herhaalt zij dat de kosten voor de verwijdering of nuttige toepassing niet te haren laste kunnen worden gelegd.

9. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat het bestreden besluit wel degelijk een beslissing inhoudt om de gronden niet terug te nemen maar te laten verwerken. Daaruit zou volgen dat de vermenging van de gronden een vaststaand feit is waardoor zij niet langer gehouden is door een terugnameplicht.

De verzoekende partij verwijst naar een toelichting van de Europese Commissie waaruit zou blijken dat de zinsnede "indien dit niet mogelijk is" van artikel 23 EVOA niet enkel slaat op een faillissement maar evenzeer

betrekking kan hebben op een “technische dysfunctie”. Het feit dat de grond werd vermengd met andere gronden en onbeheerd werd achtergelaten, dat de samenstelling ervan niet meer te vergelijken is met de aangevoerde grond, dat niet geweten is hoeveel van de aangevoerde grond nog aanwezig is op de site en dat zij reeds voor de verwerking heeft betaald, zouden “technische dysfuncties” uitmaken. Bovendien zou de zinsnede in kwestie ook billijkheidsoverwegingen toelaten waardoor zij in de gegeven concrete omstandigheden niet moet instaan voor de verwerkingskosten. In geval de Raad van State ondanks de verduidelijkingen van de Europese Commissie toch nog twijfels zou hebben over de juiste interpretatie van artikel 23, lid 1, a), EVOA suggereert zij hierover een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Voorts stelt de verzoekende partij dat zij door OVAM nooit is aangemaand om slechts “haar aandeel” in de verwerkingskosten te betalen, maar wel voor de kosten die verbonden zijn aan de verwerking van 16.000 ton grond, dit is zelfs meer dan de 14.550 ton die zij voor nuttige toepassing heeft overgebracht. Bovendien is een kostenverdeling praktisch onuitvoerbaar omdat de eigendom van de grond niet meer te bepalen is. Bovendien bevat EVOA geen enkel aanknopingspunt voor het verdelen van de verwerkingskosten in geval de terugname door vermenging onmogelijk is geworden.

De verzoekende partij beklemtoont dat het buiten betwisting staat dat zij als kennisgever moet worden beschouwd. Ten slotte herhaalt zij dat haar geen schuld treft voor het onvoltooide transport en acht zij het onbillijk om aangesproken te worden voor de kosten die daardoor veroorzaakt worden.

10. De verwerende partij voegt in haar laatste memorie nog toe dat artikel 23 EVOA een objectieve aansprakelijkheid instelt en dat zij op grond van deze bepaling de volledige kostprijs van de verwijdering of de nuttige toepassing van de vermengde afvalstoffen in Nederland of elders kan verhalen op de verzoekende partij. Het zou in een volgende fase aan de verzoekende partij toekomen om “de nodige recuperaties te doen bij de andere overbrengers,

eigenaars of beheerders van de andere afvalstoffen die deel uitmaakten van de mengsels die werden verwijderd of nuttig werden toegepast”.

Beoordeling

11. Luidens de bestreden beslissing is het ambtshalve optreden van OVAM niet beperkt tot de terugname van de overgebrachte grond conform artikel 22, lid 2, EVOA. Deze beslissing laat immers de mogelijkheid open 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”.

Artikel 22, lid 3, tweede alinea, EVOA bepaalt dat de terugnameplicht niet geldt “indien de getransporteerde afvalstoffen tijdens de handeling in de betrokken inrichting onomkeerbaar met andere afvalstoffen werden gemengd”. Volgens dezelfde bepaling worden “[d]eze mengsels [...] verwijderd of op een andere wijze nuttig toegepast overeenkomstig de eerste alinea”. De eerste alinea, waarnaar verwezen wordt, stelt dat de afvalstoffen waarvoor geen terugnameplicht geldt, door “de kennisgever of, indien dit niet mogelijk is, door de bevoegde autoriteit van verzending of namens haar door een natuurlijke of rechtspersoon” in het land van bestemming of elders op een andere wijze worden verwijderd of nuttig toegepast. Artikel 22 EVOA legt aan de verzoekende partij als kennisgever niet enkel verplichtingen op die bestaan uit de terugname van de overgebrachte afvalstoffen, maar die desgevallend ook kunnen bestaan in de verwijdering of nuttige toepassing ervan in het land van bestemming of elders. Bijgevolg kan de kritiek van de verzoekende partij op het bestaan van een terugnameplicht van beweerd onomkeerbaar vermengde grond, zelfs in geval deze kritiek terecht zou zijn, op zich niet leiden tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing.

12. Met betrekking tot de “Kosten van terugname ingeval een transport niet kan worden voltooid”, bepaalt artikel 23 EVOA:

“1. De kosten in verband met de terugname van afvalstoffen van een transport dat niet kon worden voltooid, met inbegrip van de kosten van vervoer, van nuttige toepassing of verwijdering uit hoofde van artikel 22, lid 2 of 3, en, vanaf de dag waarop de bevoegde autoriteit van verzending er kennis van heeft gekregen dat een transport van afvalstoffen of de nuttige toepassing of verwijdering ervan, niet kan worden voltooid, de kosten uit hoofde van artikel 22, lid 9, worden in rekening gebracht:

- a) aan de kennisgever in de volgorde van artikel 2, punt 15, en, indien dit niet mogelijk is
- b) aan andere natuurlijke of rechtspersonen, naar gelang van het geval, en, indien dit niet mogelijk is
- c) aan de bevoegde autoriteit van verzending, en, indien dit niet mogelijk is
- d) op andere door de betrokken bevoegde autoriteiten overeen te komen wijze.

2. Dit artikel laat het communautaire en het nationale aansprakelijkheidsrecht onverlet”.

Uit deze bepaling volgt dat de kosten “in verband met de terugname van afvalstoffen [...], met inbegrip van de kosten [...], van nuttige toepassing of verwijdering uit hoofde van artikel 22, lid 2 of 3” in eerste instantie in rekening van de kennisgever worden gebracht. De verzoekende partij affirmeert dat zij als kennisgever moet worden beschouwd.

Inzoverre de verzoekende partij aanvoert dat de zinsnede “indien dit niet mogelijk is” haar vrijstelt van de kosten voor de terugname, verwijdering of nuttige toepassing omdat de door haar overgebrachte grond werd vermengd met andere gronden, deze niet langer haar eigendom is, zij reeds heeft betaald voor de nuttige toepassing, de aansprakelijkheid van andere personen of autoriteiten in het geding zou zijn en een kostenverdeling praktisch onmogelijk is, haalt zij geen omstandigheden of “technische dysfuncties” aan die duiden op een feitelijke onmogelijkheid om de kosten aan de kennisgever in rekening te brengen. Waar de verzoekende partij zich beroept op “billijkheidsoverwegingen”, is haar hoedanigheid van kennisgever niet gelijk te stellen met de bevoegde autoriteiten die een overeenkomst sluiten over de verdeling van de kosten met toepassing van

artikel 23, lid 1, d), EVOA.

Over de juiste toepassing van artikel 23 EVOA kan te dezen redelijkerwijze geen twijfel bestaan. De Raad van State is dan ook, op grond van artikel 267 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, niet gehouden de door de verzoekende partij gesuggereerde prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie voor te leggen.

Het eerste middel is ongegrond.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

13. In een tweede middel wordt de schending aangevoerd van artikel 14 van het materialendecreet juncto de artikelen 24 en 25 EVOA, van de materiële motiveringsplicht en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Volgens de verzoekende partij moest toepassing worden gemaakt van de artikelen 24 en 25 EVOA inzake de illegale overbrenging van afvalstoffen. Artikel 2, punt 35, EVOA, definieert een illegale overbrenging als “een overbrenging van afvalstoffen” die “resulteert in een verwijdering of nuttige toepassing die in strijd is met de communautaire of internationale regelgeving”. Volgens de verzoekende partij is er sprake van een illegale overbrenging omdat “de overbrenging van de grond met het oog op de nuttige toepassing ervan (thermische reiniging) niet geresulteerd heeft in een attest houdende bevestiging daarvan”. In een dergelijke omstandigheid zou het aan de ontvanger van de gronden, de rechtsopvolger(s) en/of curator toekomen om te zorgen voor een correcte nuttige toepassing en de kosten ervan te dragen. Indien dit niet mogelijk is zullen die kosten, met toepassing van artikel 25, lid 2, EVOA, finaal gedragen moeten worden door de bevoegde autoriteit van bestemming.

Het is de verzoekende partij niet duidelijk waarom het feit dat artikel 22 EVOA geen fout vereist, een illegale overbrenging in de zin van artikel 24 van dezelfde verordening in de weg zou staan. Ook het feit dat de kosten zouden kunnen worden verhaald op de aansprakelijke persoon overeenkomstig het nationaal recht, doet geen afbreuk aan de principiële verantwoordelijkheid van de ontvanger van een illegale overbrenging. De kosten voor terugname of verwerking vallen in ieder geval niet ten laste van de kennisgever.

14. De verwerende partij antwoordt dat er te dezen geen sprake is van een illegale overbrenging in de zin van artikel 2, punt 35, EVOA, dat de verzoekende partij nalaat om aan te duiden met welke communautaire of internationale regelgeving de voorziene verwijdering of nuttige toepassing in strijd zou zijn, dat alle bevoegde autoriteiten de overbrenging van de betrokken afvalstoffen naar Nederland hebben goedgekeurd, dat deze afvalstoffen werden overgebracht om in het land van bestemming een nuttige toepassing te krijgen en dat de beoogde nuttige toepassing niet in strijd is met de communautaire of internationale regelgeving. Het loutere feit dat de overbrenging van de afvalstoffen met het oog op de nuttige toepassing ervan (thermische reiniging) “niet geresulteerd heeft in een attest houdende bevestiging daarvan” of dat de afvalstoffen nog geen nuttige toepassing hebben gekregen, heeft niet tot gevolg dat de overbrenging als illegaal moet worden beschouwd.

15. De verzoekende partij dupliceert dat zij in haar verzoekschrift wel degelijk heeft uiteengezet waarom er sprake is van een illegale overbrenging, dat de BV Deep Green als ontvanger haar verplichting niet heeft nagekomen om tijdig een verklaring van nuttige toepassing af te leveren, terwijl deze verplichting nochtans uitdrukkelijk wordt opgelegd door artikel 16 EVOA. Zij stelt vast dat OVAM tot op heden niet aantoont dat de nuttige toepassing van de grond effectief werd uitgevoerd overeenkomstig de communautaire of internationale regelgeving.

16. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat van illegale overbrenging sprake is wanneer deze “resulteert in een verwijdering of

nuttige toepassing die in strijd is met de communautaire of internationale regelgeving”, en dat de miskennen van artikel 16 EVOA leidt tot de kwalificatie “illegale overbrenging”. Tot slot wijst zij erop dat haar lezing van de “duidelijke bepalingen van het EVOA” leidt “tot een toewijzing van de aansprakelijkheden voor de verwerkingskosten aan de effectief verantwoordelijken voor de vermenging van de grond”.

Beoordeling

17. Artikel 2, punt 35, EVOA definieert een “illegale overbrenging” als “een overbrenging van afvalstoffen:

- a) zonder kennisgeving aan alle betrokken bevoegde autoriteiten, overeenkomstig deze verordening, of
- b) zonder toestemming van de betrokken bevoegde autoriteiten, overeenkomstig deze verordening, of
- c) met een door vervalsing, verkeerde voorstelling van zaken of fraude verkregen toestemming van de betrokken bevoegde autoriteiten, of
- d) dat feitelijk niet met de kennisgeving of de vervoersdocumenten overeenstemt, of
- e) dat resulteert in een verwijdering of nuttige toepassing die in strijd is met de communautaire of internationale regelgeving, of
- f) dat in strijd is met de artikelen 34, 36, 39, 40, 41 en 43, of
- g) waarbij, ten aanzien van overbrengingen van afvalstoffen als bedoeld in artikel 3, leden 2 en 4,
 - i) ontdekt is dat de afvalstoffen niet vermeld zijn in bijlage III, III A of III B of
 - ii) niet voldaan is aan artikel 3, lid 4;
 - iii) de overbrenging geschiedt op een wijze die niet feitelijk is gespecificeerd in het in bijlage VII opgenomen document”.

Artikel 16 EVOA wordt in voormelde opsomming niet expliciet vermeld. De verzoekende partij wordt niet bijgetreden in zoverre zij aanvoert dat

het ontbreken van een verklaring van “niet-voorlopige verwijdering of nuttige toepassing”, valt onder het geval van illegale overbrenging bedoeld in artikel 2, punt 35, e), EVOA. De in artikel 16, e), EVOA, voorgeschreven “verklaring van niet-voorlopige verwijdering of nuttige toepassing door de inrichting” strekt ertoe te bevestigen dat de overbrenging zoals gepland is voltooid. Het ontbreken van dit attest wijst erop dat een afvalstoffentransport met inbegrip van de initieel beoogde nuttige toepassing, niet als gepland kan worden voltooid, wat aanleiding geeft tot een terugnameplicht zoals uitgewerkt in de artikelen 22 en 23 EVOA. Aangezien te dezen de overbrenging van afvalstoffen wordt geacht niet te zijn voltooid, kan niet worden aangenomen dat de overbrenging heeft “geresulteerd” in een nuttige toepassing die in strijd is met de communautaire of internationale regelgeving.

Het tweede middel is ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van twee juni tweeduizend zestien, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	kamervoorzitter,
Peter Sourbron,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Eric Brewaeys