RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 127.085 van 15 januari 2004
in de zaak A. 135.897/VII-29.613.

In zake : de c.v.b.a. INTERCOMMUNALE HOOGE MAEY,
die woonplaats kiest bij
Advocaten D. RYCKBOST en E. RYCKBOST,
kantoor houdende te OOSTENDE,
E. Beernaertstraat 80

tegen :

het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
Advocaat I. LAUREYS,
kantoor houdende te BUGGENHOUT,
Provincialebaan 20.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE VIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de c.v.b.a. INTERCOMMUNALE HOOGE MAEY op 25 april 2003 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van "het Besluit van de Vlaamse Minister van Leefmilieu en Landbouw van 26 februari 2003 (...) houdende uitspraak over een aanvraag ingediend door CV HOOGE MAAY, Haven 550, Moerstraat 99 te B-2030 Antwerpen, exploitant van een stortplaats gelegen Moerstraat z/n te 2030 Antwerpen, strekkende tot het bekomen van een toelating tot afwijking van artikel 5.2.4.5.1 van Titel II van het VLAREM";

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door Eerste Auditeur E. LANCKSWEERDT;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 4 september 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 25 september 2003, op welke datum de zaak in verderzetting wordt uitgesteld;

Gelet op de beschikking van 24 november 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 4 december 2003;

Gehoord het verslag van Staatsraad E. BREWAEYS;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat D. RYCKBOST, die verschijnt voor de verzoekende partij en van Advocaat I. LAUREYS, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het andersluidend advies van Eerste Auditeur E. LANCKSWEERDT;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. <u>De feiten</u>

Overwegende dat de feitelijke gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat:

1. Verzoekster werd op 14 december 1998 opgericht als intercommunale. Vanaf 1 januari 1999 baat zij de stortplaats "de Hooge Maey" uit op terreinen die toebehoren aan de Stad Antwerpen, één van haar stichtende leden. Deze verkreeg op 19 juli 1990 vergunning voor het exploiteren van die stortplaats. Op 20 april 1998 werd een nieuwe vergunning verleend aan de c.v.b.a. AVERPA voor een termijn eindigend op 20 november 1997. Het wordt niet betwist dat de huidige uitbating geschiedt op grond van deze vergunning.

2. Voor de stortplaats werd ook een bodemsaneringsdossier ingediend. Het bodemsaneringsproject werd door OVAM conform verklaard op 12 december 1997.

De bodemsaneringswerken zoals omschreven in dit project werden begroot op 1,8 miljard (toenmalige) BEF en omvatten de volgende aspecten:

- afgraven industrieel slib;
- isolatie d.m.v. een waterremmende bovenafdichting;
- percolaatpomp en gasonttrekking;
- behandeling van het percolaatwater in een waterzuiveringsinstallatie;

- herprofilering stortmassief en gecontroleerde afvoer van regenwater;
- monitoring grondwater;
- consolidatie slibs.

Overeenkomstig artikel 48 van het decreet van 22 februari 1995 betreffende de bodemsanering werd door de minister van Leefmilieu en Tewerkstelling vrijstelling verleend voor het stellen van financiële zekerheden voor de uit te voeren bodemsaneringswerken.

3. Op 5 september 2001 dient verzoekster bij de Vlaamse minister van Leefmilieu een aanvraag in voor een afwijking van artikel 5.2.4.5.1 van het Vlarem II, dat, in zijn oorspronkelijke versie, als volgt luidde:

> "§ 1. Een bankgarantie, overeenstemmend met de kosten van afdichtlaag, de eindafdek en de nazorg van de stortplaats, wordt door de exploitant bij een financiële instelling gesteld ten voordele van de Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaamse Gewest. Een afschrift van het bankgarantieattest wordt ten minste 30 kalenderdagen vóór de aanvang van de stortactiviteiten toegezonden aan de Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaamse Gewest en aan de toezichthoudende overheid.
> De stortactiviteiten mogen niet worden aangevat wanneer toezending van bedoeld afschrift niet is gebeurd.
> (...)".

Deze bepaling werd naderhand, bij besluit van de Vlaamse Regering van 13 juli 2001, met inwerkingtreding op 16 juli 2001, gewijzigd als volgt:

> "§ 1. Voor de aanvang van de stortactiviteiten worden door de exploitant van de stortplaats financiële zekerheden gesteld ten voordele van de Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaamse Gewest. De financiële zekerheden moeten volgende risico's waarborgen.
> 1° de kosten voor de afdichtlaag en de eindafdek van de stortplaats;
> 2° de kosten voor de nazorgactiviteiten.
> § 2. De financiële zekerheden kunnen de volgende vormen aannemen, afzonderlijk of in combinatie :
> - een verzekering;
> - een garantie van een financiële instelling;
> - een andere persoonlijke of zakelijke zekerheid.
> (...)";

Verzoekster betoogt in haar afwijkingsaanvraag in essentie dat deze bankwaarborg betrekking heeft op de kosten van de afdichtlaag en de eindafdek van de stortplaats alsook op de kosten voor de nazorgactiviteiten, doch deze kosten zitten ook reeds vervat in het bodemsaneringsproject. Afdichtlaag en eindafdek vormen volgens verzoekster een wezenlijk onderdeel van de sanering en zij dienen

dus geen tweede maal te gebeuren in het kader van de exploitatie. Verzoekster stelt dat hiervoor een bedrag was geraamd van 400,5 miljoen (toenmalige) BEF.

4. Op 26 februari 2003 wordt de thans bestreden beslissing genomen. De motivering ervan luidt als volgt:

"Overwegende dat de huidige aanvraag tot afwijking betrekking heeft op het verminderen van de opgelegde bankgarantie voor zone C (circa 39 ha groot) in de volgende zin :
- bedrag totale bankgarantie, zoals bepaald in het Vlarem II :
  394.780 m² * 1.400 BEF/m² * 126.74/119.73 = 585.051.233 BEF;
- bedrag voorzien in het saneringsplan voor de afwerking van zone C : 400.000.000 BEF;
- verschil . 185.051.133 BEF;
- jaarlijkse borgstelling:
  185.051.233 BEF/11 jaren (periode voor opvulling zone C) = 16.822.839 BEF;

Overwegende dat overeenkomstig de bepalingen van titel II van het Vlarem een bankgarantie, overeenstemmend met de kosten van de afdichtlaag, de eindafdek en de nazorg van de stortplaats, door de exploitant bij een financiële instelling wordt gesteld ten voordele van de Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaams Gewest; dat dit impliceert dat de bankgarantie wordt berekend op basis van de oppervlakte van de aan te brengen afdichtlaag en eindafdek van de stortplaats;

Overwegende dat de exploitant voorstelt om 400 miljoen, die door het bodemsaneringsproject is gebudgetteerd voor de afdichtlaag van zone C, mee te laten tellen voor de bankgarantie;

Overwegende evenwel dat saneringsplichtige financiële zekerheden dienen te worden gesteld tot waarborg van verbintenissen voor de kosten van de bodemsanering zoals geregeld door het decreet van 22 februari 1995 betreffende de bodemsanering; dat de saneringsplichtige exploitant deze financiële zekerheden om de bodemsaneringskosten te waarborgen niet kan aanwenden om zijn verplichtingen inzake de kosten van de afdichtlaag, de eindafdek en de nazorg van de stortplaats mee te betalen; dat de bodemsaneringskosten duidelijk gescheiden zijn van de kosten die de normale exploitatie en eindafwerking van een stortplaats met zich meebrengt; dat de bodemsanering van de stortplaats niet in het gedrang kan gebracht worden door gelden bestemd voor de bodemsanering aan te wenden voor andere doeleinden die niets te maken hebben met die bodemsanering;

Overwegende dat de bevoegde minister Kelchtermans inderdaad vrijstelling heeft gegeven voor het stellen van financiële zekerheden, conform artikel 39 van het bodemsaneringsdecreet; die er evenwel geen vrijstelling is gegeven voor de door de titel II van het VLAREM voorgeschreven bankgarantie overeenstemmend met de kosten van de afdichtlaag, de eindafdek en de nazorg van de stortplaats;

Overwegende dat krachtens het besluit van de Vlaamse regering van 13 juli 2001 (implementaire van de Europese richtlijn betreffende stortplaatsen) houdende vaststelling van het Vlaams Reglement betreffende de milieuvergunning en het besluit van Vlaamse regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne de kosten voor het stellen van de financiële zekerheden dienen doorgerekend in de kostprijs voor het storten van afvalstoffen;

Overwegende dat er op heden bijgevolg geen enkel nieuw objectief argument voorhanden is om van de sectoraal geldende voorwaarden inzake bankgarantie af te wijken;

Overwegende dat er bijgevolg aanleiding toe bestaat de gevraagde toelating tot afwijking te weigeren";

2. <u>De ontvankelijkheid</u>

Overwegende dat de verwerende partij opwerpt dat de vordering niet ontvankelijk zou zijn wegens gebrek aan belang; dat er vooralsnog geen noodzaak bestaat om over de opgeworpen excepties uitspraak te doen; dat een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zich slechts zouden opdringen indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor schorsing van de bestreden beslissing vervuld zijn;

3. <u>Beoordeling</u>

Overwegende dat krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten akte of verordening kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden akte of verordening een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen; dat de Raad van State geen acht kan slaan op hetgeen in later ingediende geschriften of ter terechtzitting nog door de verzoekende partij wordt bijgebracht;

Overwegende dat verzoekster, met betrekking tot het moeilijk te herstellen ernstig nadeel, samengevat betoogt dat zij niet alleen een financieel nadeel lijdt, maar dat haar voortbestaan zelfs in het gedrang komt, dat haar zeer zware financiële lasten worden opgelegd die de verdere exploitatie van de stortplaats dreigen onmogelijk te maken; dat zij uiteenzet dat zij een financiële waarborg moet stellen die overeenstemt met de totale kosten van de afdeklaag, de eindafdek en de nazorg van de stortplaats, hetgeen neerkomt op een bedrag van ruim 585 miljoen frank of (afgerond) 14,5 miljoen euro en dat in het bestreden besluit wordt gesteld dat geen gebruik kan gemaakt worden van het bedrag van 400 miljoen BEF dat voorzien wordt in het kader van de sanering van de afdichtlaag voor expansiezone C; dat zij, onder verwijzing naar een financiële analyse die bij het verzoekschrift is gevoegd voorhoudt dat het stellen van de financiële zekerheid voor de eindafwerking

van de stortplaats aanleiding geeft tot onoverkomelijke financiële problemen voor de verdere exploitatie, waardoor haar voortbestaan in het gedrang komt; dat zij uiteenzet welke haar uitgaven en inkomsten zijn, en zij erop wijst dat er tengevolge van het stellen van een borg in 2003 reeds een tekort is van 1.114.730 euro, hetgeen dan verder oploopt tot 8.131.510 euro; dat zij stelt dat geen leningen op lange termijn kunnen worden bekomen omdat de financiële instellingen niet geneigd zijn risico's te nemen, gezien de omvang van de waarborg en het feit dat de milieuvergunning slechts loopt tot 2007; dat zij vervolgt dat het vereisen van een borg haar vanaf het boekjaar 2003 in een zeer precaire financiële situatie brengt die niet kan worden opgevangen door zelffinanciering, dat zij niet meer over de middelen zal beschikken om de exploitatie en de sanering uit te voeren; dat zij voorhoudt dat de stelling dat de kosten voor het stellen van de financiële zekerheden dienen doorgerekend te worden in de kostprijs voor het storten van afvalstoffen niet alleen niet realistisch is, maar haar in een kwetsbare concurrentiële positie plaats; dat zij er voorts op wijst dat een schorsingsarrest het nut heeft dat de verwerende partij tot een heroverweging zal aangezet worden en in voorkomend geval een nieuwe beslissing zal nemen, en dat de ernst van de middelen ook de ernst van het nadeel beïnvloedt;

Overwegende dat de verwerende partij daar tegenover stelt dat verzoekster het voorstelt alsof zij ingevolge de bestreden beslissing plots 14.503.041 euro "op tafel moet leggen", terwijl echter reeds sedert 1983 in de exploitatievergunning is ingeschreven dat de exploitant moet instaan voor de eindafwerking van de stortplaats en dat de eindafwerking dient gefinancierd te worden vanuit de uitbating van de stortplaats zelf, dat een vergelijking met het saneringsdossier niet opgaat, omdat een bodemsanering geen eindafwerking is van de stortplaats, dat de verwerende partij een vrijstelling verleende voor het geven van een financiële garantie wat betreft de bodemsanering, maar dit niet deed wat betreft de eindafdek, dat de mogelijkheid tot heroverweging van de bestreden beslissing geen betrekking heeft op de ernst en de moeilijke herstelbaarheid van het nadeel, het nadeel financieel en dus herstelbaar is; dat zij tenslotte betoogt dat het voorafgaandelijk stellen van een waarborg voor de eindafwerking van de stortplaats reglementair is voorzien en dus een normale exploitatiekost vormt en dat zulke kosten dienen te worden aangerekend aan diegene die gebruik maakt van de diensten van de stortplaats;

Overwegende dat de reglementaire verplichting om een financiële zekerheid te stellen reeds bestond op het ogenblik waarop verzoekster als intercommunale vennootschap werd opgericht, overeenkomsten afsloot met het oog op de

exploitatie van de stortplaats en effectief deze exploitatie overnam; dat alle bij deze overname betrokken partijen, en dus zeker ook verzoekster, zich bewust waren of moesten zijn van het bestaan en de draagwijdte van deze verplichting, met name het stellen van een financiële zekerheid, die qua aard -het gaat om een zekerheid- totaal verschillend is van de provisies die in het vermogen van de vennootschap met het oog op de sanering worden opgebouwd; dat alle partijen deze bijkomende verplichting en de bedrijfseconomische draagwijdte ervan bij de oprichting van de vennootschap en bij de overname van de exploitatie in 1999 met kennis van zaken hadden kunnen inschatten; dat verzoekster bij het tot stand komen van de overname-overeenkomst rekening had kunnen en moeten houden met het bestaan van deze verplichting, waarvan nu wordt beweerd dat zij ondraaglijk zwaar weegt op het exploitatieresultaat; dat verzoekster het nadeel aan haar eigen toedoen heeft te wijten;

Overwegende dat niet is voldaan aan de tweede door artikel 17, § 2 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State opgelegde voorwaarde om de schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit te kunnen bevelen; dat die vaststelling volstaat om de vordering af te wijzen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 2.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vijftien januari tweeduizend en vier, door :

de H.	E. BREWAEYS,	wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
Mevr.	A. WIJNANTS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

A. WIJNANTS. **E. BREWAEYS.**