

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 237.198 van 26 januari 2017
in de zaak A. 210.216/XII-7457**

In zake: de NV SILVAMO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens en Annelies Verlinden
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het GEMEENTELIJK HAVENBEDRIJF ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe, Nathanaëlle Kiekens en Rozanne
Vander Hulst
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomen de partij:

de NV HAVENBEDRIJF ROTTERDAM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Hofströssler en Hans Plancke
kantoor houdende te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 16 september 2013, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van onbekende datum van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tot het goedkeuren van de bergingsovereenkomst en het sluiten van de bergingsovereenkomst met de [nv Havenbedrijf Rotterdam] (gedateerd op 25 juni 2013), met het oog op het storten van de specie uit het

project Vierde Havendok (Hansadok) te Antwerpen in het depot De Slufter, waarvan [de nv Silvamo] kennis heeft gekregen naar aanleiding van het Terechtwijzend Bericht nr. 1 [...] gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen d.d. 19 juli 2013”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 16 december 2013. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 29 november 2016.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Annelies Verlinden en advocaat Evelien De Raeymaecker, loco advocaat Bob Martens, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat David D’Hooghe, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Hans Plancke, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een 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. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen schrijft een opdracht voor werken uit met betrekking tot verdiepingsbaggerwerken ter hoogte van het Antwerpse dokkencomplex “Rechteroever 4^{de} havendok” met het oog op meer diepgang voor de scheepvaart.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek B10133 “Verdiepingsbaggerwerken Antwerpse dokkencomplex Rechteroever 4^{de} havendok”. De opdracht wordt gegund met de procedure van de open aanbesteding.

Het voorwerp van de opdracht wordt als volgt omschreven in het bestek:

“De aanneming heeft als doel het uitvoeren van verdiepingsbaggerwerken in het Antwerpse dokkencomplex rechteroever met het oog op meer diepgang voor scheepvaart.

De totale opdracht van dit bestek heeft als doel om steiger 281 in het 4^{de} havendok in de haven bereikbaar te maken voor zeeschepen met een diepgang van 14 m (zie plan): De verdiepingswerken naar steiger 281 in het 4^{de} havendok zijn noodzakelijk omdat de steiger 281 een upgrade onderging om zeeschepen met een grotere diepgang te kunnen ontvangen. De steiger is in exploitatie door ATPC (Antwerp Processing Company). De opdracht omvat in hoofdzaak baggerwerkzaamheden van verontreinigde baggerspecie. De baggerspecie dient milieuvriendelijk gebaggerd en verwijderd te worden.

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 transport van de baggerspecie naar De Slufter, die momenteel in aanvraag is, van zodra deze wordt toegekend.”

3.3. Op 19 juli 2013 wordt in het Bulletin der Aanbestedingen een terechtwijzend bericht (hierna: TWB) gepubliceerd met betrekking tot de opdracht waarbij het “voorwerp van de opdracht” in het bestek wordt aangevuld als volgt:

“Aan deze toelating is een bergingsovereenkomst met De Slufter verbonden, die als bijlage aan het bestek wordt gevoegd. Indien de aannemer gebruik maakt van de bedoelde toelating verbindt hij zich ertoe om de bepalingen van de bedoelde bergingsovereenkomst integraal na te leven. Dit betekent onder meer dat hij zich ertoe verbindt om de vermelde betalingsovereenkomst met Havenbedrijf Rotterdam nv af te sluiten, alsook om de vermelde algemene acceptatie- en operationele leveringsvoorwaarden en het acceptatieprotocol na te leven. Hij verbindt er zich eveneens toe om het Havenbedrijf te vrijwaren voor elke vorm van schade die het Havenbedrijf zou lijden doordat de bedoelde bergingsovereenkomst met Havenbedrijf Rotterdam nv niet correct nageleefd wordt.”

Als bijlage is een bergingsovereenkomst gevoegd met als datum 14 juni 2013, ondertekend door de vertegenwoordiger van de tussenkomende partij op 31 mei 2013 en door de vertegenwoordiger van de verwerende partij op 25 juni 2013.

3.4. Op 26 juni 2013 dient het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen een kennisgevingsdocument voor grensoverschrijdende afvaloverbrenging in bij de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (hierna: OVAM) met het oog op het verkrijgen van een toelating voor het transport van de baggerspecie naar ‘De Slufter’ zodat de inschrijvers desgewenst kunnen gebruikmaken van deze toelating zoals bepaald in het bestek. Bij deze kennisgeving wordt eveneens een ‘Contract voor de overbrenging tussen EU-lidstaten en voor invoer naar EU-lidstaten’ gevoegd alsook een ‘Offerte’ van 14 juni 2013 ondertekend door het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen en de nv Havenbedrijf Rotterdam en een attest van borgstelling van KBC-bank op naam van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen.

Bij beslissing van 5 augustus 2013 geeft OVAM toestemming voor de gevraagde overbrenging onder kennisgeving BE001003673. Op 6 augustus 2013 wordt ook toestemming verkregen van de Nederlandse autoriteiten.

3.5. Op 14 augustus 2013 wordt een tweede TWB gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen waarin onder meer wordt vermeld:

“Bijgevoegd vindt u de toelating voor grensoverschrijdend transport van baggerspecie naar De Slufter, zijnde de beslissingen aangaande kennisgeving BE001003673 van OVAM van 5 augustus 2013 en van de Nederlandse staatssecretaris van infrastructuur en milieu van 6 augustus 2013 (bijlagen 1 en 2). Indien de aannemer gebruik maakt van de bedoelde toelating:

- verbindt hij zich ertoe om zelf in te staan voor het vervullen van alle voorwaarden die uitdrukkelijk of impliciet in de toelating zijn vermeld, zoals onder meer de verplichte registratie van de vervoerder van afvalstoffen alsook de voorwaarden van art. 16 van de Verordening (EG) 1013/2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen aangaande de voormeldingen van de transporten en de bij elke overbrenging te vervullen formaliteiten; de aannemer verbindt zich er eveneens toe om het Havenbedrijf te vrijwaren voor elke vorm van schade die het Havenbedrijf zou lijden doordat de bedoelde voorwaarden niet correct nageleefd worden; de aannemer voegt bij zijn inschrijving een verklaring waarin hij uitdrukkelijk de genoemde verbintenissen ten aanzien van het Havenbedrijf aangaat;
- dient hij het totale bedrag van de milieuheffingen op grond van art. 48, §2, 17° van het Afvalstoffendecreet dat ingevolgde de bedoelde transporten verschuldigd is (zie de laatste paragraaf van de beslissing van OVAM van 5 augustus 2013), in de prijs vermeld in de offerte op te nemen; het tarief van de milieuheffing (niet-compenserende tarief) bedraagt € 0,12 per ton (zie het e-mailbericht van OVAM van 13 augustus 2013 - bijlage 3).

Hierbij dient opgemerkt te worden dat de identiteit van de geplande vervoerder, zoals weergegeven op het kennisgevingsdocument dat goedgekeurd werd door de Nederlandse staatssecretaris van infrastructuur en milieu (zie bijlage ...), slechts voorlopig en uitsluitend met het oog op het doorlopen van de kennisgevingsprocedure werd ingevuld, de identiteit van de werkelijke vervoerder zal aan de bevoegde autoriteiten worden gemeld, van zodra deze desgevallend bij het gunnen van de huidige opdracht bekend zal zijn.

De aanbestedingsdatum blijft behouden.”

3.6. Op 14 oktober 2013 wordt beslist om de opdracht te gunnen aan de bv Martens en van Oord Aannemingsbedrijf. Tegen de tenuitvoerlegging van deze gunningsbeslissing was een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend door de nv Ondernemingen Jan De Nul en de nv Dredging International, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, en door de nv Deme Environmental Contractors en de nv Envisan, zaak gekend onder het rolnummer A. 210.591/XII-7495; deze vordering werd bij arrest nr. 225.728 van 5 december 2013 verworpen. Door dezelfde ondernemingen werd tegen de gunningsbeslissing een annulatieberoep ingediend, zaak gekend onder hetzelfde rolnummer.

3.7. Op vordering van de nv Silvamo hervormt het Hof van Beroep te Antwerpen bij arrest van 9 april 2015 het vonnis van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, zetelend zoals in kort geding, van 21 november 2013, en verklaart “de overheidsopdracht” geconcretiseerd in de bergingsovereenkomst onverbindend met betrekking tot nog uit te voeren verbintenissen. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen heeft cassatieberoep ingediend tegen dit arrest.

3.8. Op 2 oktober 2013 wordt door de nv Deme Environmental Contractors, de nv Envisan en de nv Ghent Dredging, na eerst een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te hebben ingediend, die werd verworpen bij arrest nr. 224.496 van 23 augustus 2013, een enig verzoekschrift ingediend bij de Raad van State tot schorsing en nietigverklaring van de hiervoor vermelde beslissing van OVAM van 5 augustus 2013. Door het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen wordt in deze procedure een verzoekschrift tot tussenkomst neergelegd op 18 oktober 2013. Deze zaak is bij de Raad van State gekend onder het nummer A. 209.836/VII-38.874.

Met een arrest nr. 225.885 van 19 december 2013 wordt de vordering tot schorsing verworpen. Bij arrest nr. 232.753 van 29 oktober 2015 vernietigt de Raad van State “het besluit van de Openbare Vlaamse

Afvalstoffenmaatschappij van 5 augustus 2013 houdende toestemming voor de grensoverschrijdende overbrenging van afvalstoffen zoals omschreven in kennisgeving BE001003673”.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1.1. De verzoekende partij zet haar belang bij het beroep in het inleidend verzoekschrift als volgt uiteen.

Zij wijst in de eerste plaats op haar statutair doel waartoe onder meer het aanbieden van diensten behoort inzake “het verwerken en storten van specie, inzonderheid het ter beschikking stellen van een put waarin (onder meer verwerkte) baggerspecie kan worden gestort” en “dit dus naar analogie met de diensten die door de Haven van Rotterdam worden geboden in het kader van depot De Slufter”. “Dientengevolge beschikt verzoekende partij”, zo vervolgt zij, “over voldoende mogelijkheden om de nodige diensten aan te bieden met betrekking tot de specie afkomstig uit het Vierde Antwerpse Havendok en een offerte in te dienen voor het in aanmerking komen van de toewijzing van de opdracht voor zover verwerende partij een gunningsprocedure overeenkomstig de overheidsopdrachtenreglementering (dan wel een andere transparante bevragingsprocedure) had gevoerd (waartoe zij verplicht was [...])”. “Verzoekende partij komt derhalve zonder de minste twijfel in aanmerking voor de toewijzing van een opdracht waarbij een aanbestedende overheid verzoekt om capaciteit c.q. een stortplaats aan te bieden voor het verwerken en storten van vervuilde baggerspecie”. “De toewijzing van de opdracht is evenwel onmogelijk gemaakt nu verwerende partij geen gunningsprocedure overeenkomstig de overheidsopdrachtenreglementering (dan wel een andere transparante bevragingsprocedure) heeft bekendgemaakt, en evenmin gevoerd”. De verzoekende partij besluit dat zij de kans had moeten krijgen een aanbod te formuleren, net zoals de Haven van Rotterdam die wel heeft gehad, zodat zij een concurrentieel en gekwalificeerd moreel belang heeft.

Voorts wijst zij erop dat zij belang heeft bij een gunning van een opdracht voor het storten van baggerspecie die doorgang vindt met respect voor de ter zake geldende regelgeving inzake overheidsopdrachten en voor andere beginselen, en waartoe de verwerende partij als aanbestedende overheid verplicht is.

4.1.2. De verwerende partij meent in haar memorie van antwoord dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het beroep. Zij beschikt volgens de verwerende partij niet over een vergunning voor het verwerken en/of het opnemen van niet-steekvaste baggerspecie en zij vormt geen evenwaardig alternatief voor 'De Slufter'. De baggerspecie uit het vierde Havendok is volgens de verwerende partij natte, niet-steekvaste baggerspecie die door OVAM werd aangemerkt als gevaarlijke afvalstof. Deze specie kan ontvangen worden door 'De Slufter'. De verzoekende partij moet bewijzen dat zij minstens een evenwaardig alternatief vormt voor 'De Slufter'. De door de verzoekende partij opgesomde activiteiten laten er niet van blijken dat zij de nodige vergunningen heeft voor het verwerken van niet-steekvaste baggerspecie, laat staan voor baggerspecie die als gevaarlijk wordt aangemerkt door OVAM.

Voorts merkt de verwerende partij op dat de verzoekende partij onterecht beweert dat zij geen kans maakte, deel te nemen aan de opdracht B10133. Zij stelt dat de verzoekende partij op geen enkele wijze werd verhinderd deel te nemen aan de overheidsopdracht voor baggerwerken en het verwijderen van de baggerspecie van het vierde Havendok. Minstens kon zij onrechtstreeks deelnemen aan de opdracht aangezien één van de inschrijvers voor die opdracht als mogelijke bergingslocatie 'Silvamo' opgeeft. In elk geval heeft de verzoekende partij niet aan de gunningsprocedure deelgenomen zodat zij niet mag opkomen tegen de faciliterende maatregel van de bergingsovereenkomst met de Haven van Rotterdam. In de mate dat de verzoekende partij verwijst naar de mogelijke interesse van andere bedrijven die ook in aanmerking zouden komen voor de berging en verwerking van de baggerspecie, is dit volgens de verwerende partij een *actio popularis*.

4.1.3. In haar memorie van wederantwoord wijst de verzoekende partij erop dat er geen bestek voorligt waarin kan worden nagegaan of zij in aanmerking komt voor de toewijzing van de opdracht. Het gaat niet op om, zoals de verwerende partij doet, te verwijzen naar het vereiste van een vergunning terwijl zij “nergens hard maakt dat dit wel degelijk een voorwaarde voor de opdracht zou kunnen uitmaken waaraan de Verzoekende partij niet zou kunnen voldoen”. Voorts legt de verzoekende partij een vergunning voor het storten van baggerspecie voor “waaruit Uw Raad dan ook niet anders kan dan afleiden dat Verzoekende partij over een voldoende belang bij de vordering beschikt”. In ieder geval beschikt de verzoekende partij over de vereiste vergunning voor het storten van niet-gevaarlijke baggerspecie alsook over de noodzakelijke afvalwaterzuiveringsinstallatie. Ook wijst zij erop dat op datum van de ondertekening van de bergingsovereenkomst op 25 juni 2013, de verwerende partij ervan uitging dat de te baggeren specie niet gevaarlijk was wat onder meer blijkt uit de aanvraag van de verwerende partij aan OVAM voor het grensoverschrijdende transport. Dat OVAM achteraf de baggerspecie als gevaarlijk heeft gekwalificeerd in haar beslissing van 5 augustus 2013, doet hieraan niets af aangezien die beslissing, waartegen overigens een beroep tot nietigverklaring is ingediend, dagtekent van ruim anderhalve maand na het sluiten van de bergingsovereenkomst. ‘De Slufter’ zelf mag trouwens slechts incidenteel gevaarlijk afval bergen na bepaalde toestemming, hetgeen hier niet het geval is. Ook wijst de verzoekende partij naar het vonnis van 21 november 2013 van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg van Antwerpen waar het belang van de verzoekende partij werd aanvaard.

Wat de bewering van de verwerende partij betreft, dat de verzoekende partij geen kans maakt voor de overheidsopdracht B10133 merkt de verzoekende partij op dat zij in aanmerking wenst te komen voor de overheidsopdracht inzake de stortplaats, waar de nv Havenbedrijf Rotterdam voor gekozen is, en dat die opdracht zich onderscheidt van de opdracht B10133. De vraag of zij een offerte had kunnen indienen voor de laatstgenoemde opdracht is dus irrelevant ten aanzien van haar belang in de huidige zaak.

4.1.4. In haar laatste memorie beklemtoont de verwerende partij dat de bergingsovereenkomst haar of de uitvoerder van de opdracht niet tot berging in 'De Slufter' verplicht. Er valt dan ook volgens de verwerende partij niet in te zien op welke wijze de verzoekende partij enig rechtsreeks nadeel zou ondervinden van de overeenkomst.

Voorts merkt zij op dat de verzoekende partij niet over de vereiste vergunning beschikt om de baggerspecie te bergen. Zij herhaalt dat de kwestieuze baggerspecie natte, niet-steekvaste specie is die door OVAM als gevaarlijk wordt bestempeld. 'De Slufter' mag zulke specie bergen. De verzoekende partij moet bewijzen dat zij over een gelijkwaardig alternatief beschikt. Tot op heden toont de verzoekende partij enkel aan dat zij niet-gevaarlijk afval kan bergen.

Ten slotte merkt de verwerende partij op dat de verzoekende partij onterecht laat gelden dat zij geen kans maakte om deel te nemen aan de opdracht B10133. Zowel baggeraars als exploitanten van stortplaatsen kregen de kans deel te nemen aan die opdracht. Overigens heeft de verzoekende partij wel kunnen deelnemen zoals blijkt uit de beschrijvende nota van één van de inschrijvers waarin wordt verwezen naar bergingslocaties en één ervan de verzoekende partij is.

4.1.5. In de laatste memorie verwijst de verzoekende partij ter adstructie van haar belang naar het standpunt van de Raad van State in het arrest nr. 232.753 van 29 oktober 2015 en naar dat van het Hof van Beroep te Antwerpen in zijn arrest van 9 april 2015.

Beoordeling

4.2.1. De verzoekende partij beoogt naar eigen zeggen een kans te maken om de opdracht tot het ter beschikking stellen van een deponie voor de baggerspecie uit het vierde Havendok te Antwerpen, die de verwerende partij

heeft gegund aan de tussenkommende partij, zelf uit te voeren. Uit haar middelen blijkt dat zij in wezen aanklaagt dat de verwerende partij deze opdracht niet heeft opengesteld naar andere ondernemingen zoals zichzelf, doch enkel naar de tussenkommende partij. In die zin hangt haar belang samen met de grond van de zaak.

Het feit dat de uitvoerder van de opdracht B10133 niet verplicht is een beroep te doen op 'De Slufter' en het slechts gaat om een mogelijkheid, ontnemt de verzoekende partij niet haar belang bij haar beroep; zij beoogt op gelijke wijze als de tussenkommende partij de kans te krijgen om de specie te ontvangen.

4.2.2. In de mate dat de verwerende partij opwerpt dat de verzoekende partij nooit in aanmerking zou kunnen komen voor de berging van deze specie omdat zij niet beschikt over een vergunning voor natte, niet-steekvaste specie die gevaarlijk afval is en dus geen evenwaardig alternatief biedt voor 'De Slufter', dient te worden opgemerkt dat de verwerende partij er niet in slaagt afdoende aan te tonen dat het hier gaat om gevaarlijk afval. De verwerende partij spreekt niet tegen dat op de datum van de ondertekening van de bergingsovereenkomst zij zelf het afval als niet-gevaarlijk kwalificeerde. De beslissing van OVAM van 5 augustus 2013 die de specie wel als gevaarlijk bestempelde, werd door de Raad bij arrest nr. 232.753 vernietigd. Voorts kan worden opgemerkt dat onder meer door afwezigheid van een bestek, de verwerende partij niet verduidelijkt wanneer een deponiehouder moet beschikken over de vereiste vergunningen.

In de mate dat de verwerende partij dan weer tegenwerpt dat de verzoekende partij niet aantoont dat zij vergund is voor een deponie van natte, niet-steekvaste bagger, wordt de bewering van de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord dat het de Vlaamse regelgever zelf is die het storten van natte specie in Vlaanderen verbiedt, door de verwerende partij niet weersproken.

4.2.3. De omstandigheid dat de verzoekende partij zelf niet heeft deelgenomen aan de gunningsprocedure B10133, is irrelevant ten aanzien van het belang van de verzoekende partij bij het huidige beroep dat een ander voorwerp heeft dan deze opdracht.

4.2.4. De exceptie wordt verworpen.

V. Ambtshalve middel

5.1.1. In het auditoraatsverslag wordt een ambtshalve middel aangevoerd, namelijk dat de nietigverklaring door de Raad van State van het besluit van OVAM van 5 augustus 2013 houdende toestemming voor de grensoverschrijdende overbrenging van afvalstoffen zoals omschreven in kennisgeving BE001003673 “tot gevolg [heeft] dat er geen toelating was voor de berging van voormelde specie op” “het depot De Slufter”. “Die toelating, aangezien het grensoverschrijdende overbrenging betrof”, zo wordt in het verslag vervolgd, “was nochtans noodzakelijk om uitvoering te kunnen geven aan de gesloten bergingsovereenkomst”. “Doordat die toelating met terugwerkende kracht uit het rechtsverkeer is verdwenen, heeft de beslissing tot goedkeuren en sluiten van de bedoelde bergingsovereenkomst geen wettelijke basis meer” en, zo wordt er in het verslag geconcludeerd, “is de bestreden beslissing [derhalve] eveneens onwettig”.

5.1.2. De verwerende partij betwist deze opvatting.

In haar laatste memorie betoogt zij dat het auditoraat er blijkbaar van uitgaat dat haar beslissing tot goedkeuring en het sluiten van de bergingsovereenkomst geen rechtsgrond meer heeft ingevolge de nietigverklaring van de exporttoelating uitgereikt door OVAM.

Zij merkt op dat de bergingsovereenkomst niet vermag te worden gelijkgesteld met de toelating voor grensoverschrijdende overbrenging die enkel door de autoriteiten van verzending en bestemming kan worden verleend. “De Bergingsovereenkomst als dusdanig laat niet toe tot grensoverschrijdende overbrenging over te gaan. De Bergingsovereenkomst bevat slechts de betalingsmodaliteiten, zoals overeengekomen met de (mogelijke) ontvanger van de baggerspecie”. Dit geldt des te meer aangezien enkel het zogenaamde EVOA-contract en niet de bergingsovereenkomst deel moet uitmaken van de kennisgevingsdossier aan OVAM. De verwerende partij wijst erop dat de bergingsovereenkomst, waarvan de verzoekende partij als bestreden beslissing de beslissing tot het sluiten ervan aanwijst, te onderscheiden valt van het EVOA-contract dat zijn grond vindt in de EVOA-verordening.

De verwerende partij vervolgt dat de bergingsovereenkomst dagtekent van vóór de exporttoelating “zodat niet kan worden ingezien hoe de (eerdere) bestreden beslissing de vernietigde exporttoelating tot rechtsgrond cq. wettelijke basis had”. “De bestreden beslissing is met andere woorden geen gevolgakte die volgt op de thans vernietigde exporttoelating, doch wel een akte die de exporttoelating voorafgaat”. “Enkel de toelating voor het grensoverschrijdend transport wordt als gevolg van de vernietiging geacht nooit te hebben bestaan”. De exporttoelating en de bergingsovereenkomst hebben overigens ook een verschillend voorwerp; de exporttoelating betreft het vervoer, de bergingsovereenkomst de acceptatie door ‘De Slufter’. Evenmin is de exporttoelating een grondslag voor het gesloten standaard EVOA-contract aangezien de laatste dagtekent van vóór de toelating. Zij voegt hier ook aan toe dat “[d]e omstandigheid dat de concrete berging van de baggerspecie [...] thans niet langer mogelijk is gelet op de vernietiging van de exporttoelating van 5 augustus 2013, [...] geen invloed [heeft] op de wettigheid van de bestreden Bergingsovereenkomst”. “Het is overigens”, zo vervolgt zij, “perfect mogelijk dat alsnog wettig een exporttoelating wordt bekomen”. De exporttoelating werd ook niet vernietigd “om redenen die verband houden met de vermeende onwettigheid van de Bergingsovereenkomst, cq. de bestreden beslissing”. De exporttoelating

werd door de Raad enkel vernietigd wegens een tegenstrijdige motivering en OVAM kan wel degelijk tot het besluit komen dat een exporttoelating mag worden verleend.

5.1.3. De verzoekende partij valt het door het auditoraat ambtshalve aangevoerde middel bij.

Zij wijst er hierbij op dat het EVOA-contract van 13 mei 2013 en de ondertekende offerte van 31 mei 2013 en 25 juni 2013 één geheel, namelijk de bergingsovereenkomst, vormen, zoals ook het Hof van Beroep in zijn arrest van 9 april 2015 heeft beslist. In het EVOA-contract verbindt de tussenkomende partij zich tot ontvangst en verwerking van de specie en verbindt de verwerende partij in bepaalde gevallen zich tot terugname. De ondertekende offerte bevat dan weer de commerciële afspraken tussen de verwerende partij en de tussenkomende partij met het oog op het verwerken van de specie.

Voorts laat de verzoekende partij gelden dat de bergingsovereenkomst noodzakelijk is alvorens er een aanvraag tot goedkeuring van grensoverschrijdende overbrenging kan worden voorgelegd aan OVAM. De overeenkomst moet immers worden gevoegd bij het kennisgevingsdossier dat het aanvraagdossier is op grond waarvan de toestemming voor grensoverschrijdende overbrenging van afvalstoffen al dan niet door OVAM zal worden verleend. “De Bergingsovereenkomst is met andere woorden strikt noodzakelijk alvorens een aanvraag tot goedkeuring van grensoverschrijdende overbrenging kan worden voorgelegd aan de OVAM en alvorens de OVAM een beslissing inzake grensoverschrijdende overbrenging kan nemen” en “de Bergingsovereenkomst en de OVAM-beslissing hangen samen en er bestaat een noodzakelijk onlosmakelijke band tussen beide”. Dat de bergingsovereenkomst noodzakelijk zou zijn ingevolge de acceptatievoorwaarden van ‘De Slufter’ is hier volgens de verzoekende partij van ondergeschikt belang: van belang is dat de overeenkomst en de OVAM-toelating nodig zijn voor het legitiem kunnen overbrengen en storten van baggerspecie in ‘De Slufter’.

Ook benadrukt de verzoekende partij dat de bestreden beslissing werd genomen met als enig oogmerk het verkrijgen van de onwettige OVAM-beslissing en dus ook onwettig is. De bestreden beslissing is volgens de verzoekende partij de noodzakelijke voorwaarde tot het nemen van de onwettige OVAM-beslissing. “Naar analogie met het verbintenissenrecht, waar geldt dat een overeenkomst als ongeoorloofd wordt beschouwd wanneer zij een onwettige toestand mogelijk maakt, verliest de bestreden beslissing die het verkrijgen van de onwettige OVAM-beslissing tot doel heeft (en aldus een onwettig doel heeft), ingevolge de onwettige OVAM-beslissing dan ook elke rechtsgrond en moet zelf als onwettig worden beschouwd”. Zo bekeken, zo stelt zij, is de bergings-overeenkomst een noodzakelijke voorbereidende beslissing ten aanzien van de onwettige OVAM-toelating.

“Verder”, zo merkt de verzoekende partij op, “kan worden gesteld dat de Bergingsovereenkomst geen voorwerp/rechtsgrond meer heeft nu de OVAM-beslissing is vernietigd. Zonder de OVAM-toelating is het storten van baggerspecie in De Slufter niet meer mogelijk”.

Ten slotte voegt de verzoekende partij eraan toe dat “de vernietiging van de OVAM-beslissing tot gevolg heeft dat de Bergingsovereenkomst geen uitwerking meer kan vinden”. “De Bergingsovereenkomst is immers louter gesloten met het oog op het kunnen uitvoeren van de OVAM-beslissing”. “Waar Verwerende partij poneert dat het mogelijk zou zijn om alsnog wettig een exporttoelating te verkrijgen omdat de vernietiging van de OVAM-beslissing berust op een loutere formele onwettigheid [...], is die stelling *in casu* niet relevant. Vooreerst geldt dat de OVAM-beslissing van 5 augustus 2013 vernietigd is en vernietigd blijft. De motieven van Uw Raad om over te gaan tot vernietiging zijn daarbij van ondergeschikt belang. Bovendien kan niet worden uitgesloten – maar is het tegendeel zeer waarschijnlijk – dat de andere middelen (waarbij andere onwettigheden worden ingeroepen naast de formele onwettigheid) die door de verzoekende partijen werden opgeworpen in de procedure tot vernietiging van de OVAM-beslissing als gegrond zullen worden

beoordeeld door Uw Raad. Tot op heden heeft Uw Raad daaromtrent nog geen standpunt ingenomen”.

Beoordeling

5.2.1. Luidens artikel 4 van de verordening (EG) nr. 1013/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 ‘betreffende de overbrenging van afvalstoffen’ – deze verordening voorziet in de procedures en controleregelingen voor de overbrenging van afvalstoffen onder meer tussen lidstaten – dient er een schriftelijke kennisgeving te worden gedaan bij de bevoegde autoriteit van verzending, hier OVAM, vooraleer de betrokken afvalstoffen over te brengen; deze kennisgeving dient onder meer een contract tussen de kennisgever en de ontvanger te bevatten. Luidens artikel 5 van deze verordening voorziet dit contract in bepaalde verplichtingen, zoals onder meer dat de kennisgever in bepaalde gevallen een terugname van de afvalstoffen moet doen en dat de ontvanger de afvalstoffen dient te verwijderen of nuttig toe te passen in geval van een illegale overbrenging. Dit contract is het zogenaamde EVOA-contract. De verwerende partij en de tussenkomende partij hebben dit contract ondertekend op 26 april 2013 en 13 mei 2013. Hierna hebben de verwerende partij en de tussenkomende partij een overeenkomst gesloten over onder meer de geraamde hoeveelheid specie en het tarief, door de verwerende partij en de tussenkomende partij ondertekend op 31 mei 2013 en 25 juni 2013, hierna kortweg de overeenkomst van 25 juni 2013.

5.2.2. Los van het antwoord op de vraag naar de samenhang tussen de beide contracten en dit in het bijzonder in het licht van het voorwerp van het beroep zoals aangebracht door de verzoekende partij – antwoord dat hier niet decisief lijkt voor de beoordeling van het middel – moet worden vastgesteld dat de beide contracten dagtekenen van vóór de OVAM-toelating van 5 augustus 2013. De beide contracten werden trouwens bij de kennisgeving aan OVAM gevoegd.

De beide contracten, in elk geval de overeenkomst van 25 juni 2013, beogen in de eerste plaats het vastleggen van de concrete voorwaarden voor het storten van de baggerspecie in ‘De Slufter’ en dit onder meer in functie van de acceptatievoorwaarden van ‘De Slufter’. Aangezien er een grensoverschrijdend transport vereist was, dient er conform artikel 5 van de voormelde verordening wel een EVOA-contract te worden opgesteld. De toelating voor het grensoverschrijdende transport dient te worden verkregen van de bevoegde autoriteit van verzending en bestemming, namelijk te dezen OVAM en het Nederlandse ministerie van Infrastructuur en Milieu – inspectie Leefomgeving en Transport, die door het ingediende kennisgevingsdossier kennis konden nemen van de contracten en hun toestemming gaven op 5 augustus 2013, respectievelijk 6 augustus 2013.

Weliswaar is de OVAM-toelating noodzakelijk voor het effectueren van de contracten doch op zich treft de nietigverklaring van deze toelating in beginsel niet de wettigheid van de contracten en dus de bestreden beslissing, minstens is dit hier niet afdoende aangetoond. Dit zou wel eventueel anders zijn, mocht de OVAM-toelating nietig verklaard zijn geworden en daarbij had komen vast te staan dat de kwestieuze specie in geen geval naar ‘De Slufter’ mocht worden gebracht, doch dit valt niet af te leiden uit het voormelde arrest nr. 232.753 van 29 oktober 2015. De verzoekende partij toont hier niet aan dat de beide overeenkomsten hun enige bestaansreden hebben in de procedure voor het verkrijgen van het grensoverschrijdende transport.

Voorts toont de verzoekende partij hier thans niet aan dat de verwerende partij wettig geen (regularisatie)toelating kan verkrijgen om de overeenkomsten te effectueren en waarbij dezelfde overeenkomsten worden opgenomen in het nieuwe kennisgevingsdossier.

5.2.3. Het ambtshalve middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent het debat.

2. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt gelast met een aanvullend verslag.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 26 januari 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest