

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 108.510 van 27 juni 2002
in de zaak A. 117.943/XII-3486.**

In zake : de NV BELGACOM,
die woonplaats kiest bij
advocaten I. Verheven en R. Ergec,
kantoor houdende te Sint-Stevens-Woluwe,
Woluwedal 20

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat H. Sebreghs,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 33.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Belgacom op 12 maart 2002 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

- “- de beslissing van 10 januari 2002 van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Wegen en Verkeer Antwerpen, die werd betekend aan Belgacom Berchem, Karel Coggestraat 2, met bijlage;
- de beslissing van 10 januari 2002 van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Wegen en Verkeer Antwerpen, die werd betekend aan Belgacom Mechelen, Stationstraat 58, met bijlage;
- de beslissing van 11 januari 2002 van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Wegen Limburg, die werd betekend aan Belgacom Brussel, Koning Albert II laan 34, met bijlage;
- de beslissing van 14 januari 2002 van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Wegen West-Vlaanderen, die werd betekend aan Belgacom Kortrijk; Wolvenstraat 23, met bijlage;

- de beslissing van 14 januari 2002 van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Wegen West-Vlaanderen, die werd betekend aan Belgacom Brugge, Rijselstraat 1, met bijlage
- de beslissing van 15 januari 2002 van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Wegen en Verkeer Vlaams-Brabant, die werd betekend aan Belgacom Diest, Ferdinand Allenstraat 38, met bijlage;
- de beslissing van 15 januari 2002 van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Wegen en Verkeer Vlaams-Brabant, die werd betekend aan Belgacom Dendermonde, Noordlaan 152, met bijlage;

In de mate dat voormelde beslissingen een herwerkte versie van 'Algemene en Bijzondere voorwaarden' opleggen, [...]

Evenals

- de beslissing van 27 februari 2002 van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Wegen en Verkeer Antwerpen, District Grobbendonk, waarbij voorwaarden worden opgelegd voor het aanleggen en herstellen van leidingen op het gewestdomein, verzonden aan Belgacom Mechelen, Stationstraat 58, met bijlage [...]"

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partij de schorsing van de tenuitvoerlegging vordert van dezelfde beslissingen;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag over het beroep tot nietigverklaring opgesteld door eerste auditeur E. Haesbrouck, op grond van artikel 94 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State;

Gezien het verslag over de vordering tot schorsing opgemaakt door eerste auditeur E. Haesbrouck;

Gelet op de beschikkingen van 17 mei 2002, houdende bevel tot neerlegging van het verslag over het beroep tot nietigverklaring en waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 11 juni 2002;

Gelet op de kennisgeving van de verslagen aan partijen;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten I. Verheven en R. Ergec, die verschijnen voor de verzoekende partij en van advocaat S. Vernailen, die loco advocaat H. Sebreghts verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur E. Haesbrouck;

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

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden geschetst :

1.1. Artikel 40 van het decreet van 18 december 1992 houdende bepalingen tot beleiding van de begroting 1993 bepaalt dat het privaat gebruik van het domein van de wegen en hun aanhorigheden, de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken kan worden toegestaan met een vergunning, waarvan het verkrijgen onderworpen is aan het betalen van een retributie die kan bestaan uit een vast recht of een vast recht en een variabel gedeelte.

Overeenkomstig artikel 41 van dit decreet is de Vlaamse regering gemachtigd de voorwaarden en de procedure inzake het toekennen van de vergunning evenals het bedrag en de wijze van inning van de retributie vast te stellen.

Artikel 42 van het voormelde decreet bepaalt dat de diensten die afhangen van de Vlaamse regering en bevoegd zijn voor het beheer van de voornoemde domeingoederen, belast zijn met het afgeven van de vergunning, de inning van de verschuldigde retributies en het toezicht op de naleving van de opgelegde vergunningsvoorwaarden.

1.2. De verwerende partij zet uiteen dat, waar de administratieve diensten als leidraad bij het verlenen van vergunningen zich hiervoor steeds hebben gesteund op de omzendbrief nr. 356 van 2 juni 1930, in uitvoering van deze decretale bepalingen een ontwerp van besluit betreffende het toekennen van vergunningen, het vaststellen en innen van retributies voor het privaat gebruik van het domein van de wegen en hun aanhorigheden, de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeekering en de dijken, door de bevoegde ministers werd voorbereid. Bij de redactie van dit ontwerp zouden zij zich hebben laten leiden en inspireren door de ervaringen uit de toepassing van voornoemde omzendbrief.

1.3. Nog volgens de verwerende partij had, in afwachting van de definitieve goedkeuring van dit ontwerpbesluit door de Vlaamse regering, de afdeling Wegen van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap met brieven van 8, 21 en 30 augustus en 4 september 2001 de nutsmaatschappijen (waaronder de verzoekende partij) van dit gegeven op de hoogte gebracht en zou zij besprekingen hebben aangevat met de diverse nutsmaatschappijen (waaronder de verzoekende partij) ten einde met hun respectieve opmerkingen op deze ontwerp tekst rekening te kunnen houden.

1.4. Op 5 oktober 2001 werd door de verzoekende partij een vordering tot schorsing en tot vernietiging ingesteld tegen de brieven van 8, 21 en 30 augustus en 4 september 2001.

1.5. Met brieven van 10, 11, 14 en 15 januari 2002 bracht de verwerende partij de verzoekende partij er van op de hoogte dat de brieven die het voorwerp uitmaakten van de vordering tot schorsing en nietigverklaring van 5 oktober 2001

in de mate zij rechtsgevolgen zouden teweeg brengen en als administratieve rechtshandelingen zouden moeten worden beschouwd, werden ingetrokken en voor de toekomst geen rechtsgevolgen zouden doen ontstaan.

Met diezelfde brieven werd de verzoekende partij tevens in kennis gesteld van een versie van de “Algemene en Bijzondere voorwaarden voor uitvoering van werkzaamheden op het openbaar gewestdomein”, die in die brieven hetzij “aangepaste” hetzij “herwerkte” versie wordt genoemd.

1.6. In het arrest van de Raad van State nr. 103.510 van 12 februari 2002 werd geoordeeld dat deze vorderingen zonder voorwerp waren geworden, en zulks in de volgende bewoordingen :

“Overwegende dat uit de stukken van partijen en hun verklaringen op de terechtzittingen is gebleken dat betreffende de aard van de in het geding zijnde akten discussie kan worden gevoerd en dat bovendien de inhoud van de akten na onderhandelingen tussen partijen reeds is gewijzigd; dat voorts sinds het aanhangig maken van de inleidende verzoekschriften er een nieuw gegeven is : bij aangetekende brieven van 10, 11, 14 en 15 januari 2002 deelt de betrokken administratie van de verwerende partij aan de verzoekende partij telkens mede -aan elke betrokken lokale vestiging- hetgeen volgt :

'In de mate dat de brief van [...] rechtsgevolgen heeft en deze dus moet worden beschouwd als een administratieve rechtshandeling, wordt de brief ingetrokken en zal deze voor de toekomst geen rechtsgevolgen doen ontstaan';

dat elk van die brieven een van de aangevochten akten betreft; dat de verwerende partij bij monde van haar raadsman ter terechtzitting heeft laten akteren dat de bedoeling van die brieven wel degelijk was de aangevochten akten ook voor het verleden in te trekken; dat in die omstandigheid in elk geval geen van de ingediende vorderingen nog een voorwerp heeft; dat in dat geval de Raad van State overeenkomstig artikel 70, §1, vierde lid, van het algemeen procedurereglement, in één en hetzelfde arrest uitspraak kan doen over de vordering tot schorsing en over het verzoekschrift tot nietigverklaring;

Overwegende dat, aangezien het teloorgaan van het voorwerp van de beroepen het gevolg is van het optreden van de verwerende partij, het past de kosten van het geding te haren laste te leggen”.

1.7. Volgens de verwerende partij zouden onderwijl en sindsdien nog diverse besprekingen plaatsgevonden hebben tussen de verwerende partij en de diverse nutsmaatschappijen (waaronder de verzoekende partij).

1.8. Op 29 maart 2002 neemt de Vlaamse regering het besluit “betreffende het toekennen van vergunningen, het vaststellen en innen van retributies voor het privaat gebruik van het openbaar domein van de wegen, de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken”. Dit werd in het Belgisch Staatsblad van 30 mei 2002 bekendgemaakt;

2. Over de ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring.

2.1. Overwegende dat de verwerende partij in haar nota in de schorsingszaak opwerpt dat de bestreden beslissingen geen voor nietigverklaring vatbare handelingen zijn, aangezien de bestreden “beslissingen” loutere kennisgevingen zijn waarin door de administratie geen vergunningsvoorwaarden worden “opgelegd” op dwingende en eenzijdige wijze; dat zij daarop bij haar weerlegging van het eerste middel terugkomt en wel als volgt :

“Deze voorwaarden dewelke te verbinden zijn aan vergunningsbesluiten omtrent privaat werkzaamheden op het openbaar domein zijn allerminst éézijdige rechtshandelingen. Zij kwamen tot stand in overleg met de nutsbedrijven waaronder verzoekster. Deze heeft zich nooit verzet tegen de principiële opmaak van dergelijke voorwaarden. Meer nog zij heeft dit proces ondersteund en eraan geparticipeerd. Zij verleende aan het principe tot opmaak van dergelijke algemene en bijzondere voorwaarden het privilège du préalable. Het principe om dergelijke voorwaarden op te maken kwam immers wel éézijdig tot stand. Doch werd nooit aangevochten als zodanig. Het principe wordt aanvaard en erkend. Nooit werd het privilège aangetast”;

2.2. Overwegende dat elk van de eerste bestreden “beslissingen” (van 10, 11, 14 en 15 januari 2002) in wezen een brief is van de verwerende partij, gericht aan een plaatselijke vestiging van de verzoekende partij, met daaraangehecht, een reeks “Algemene” en “Bijzondere” “voorwaarden voor uitvoering van werkzaamheden op het openbaar gewestdomein”; dat in de voorwaarden allerlei verplichtingen zijn vervat betreffende te verstrekken informatie, signalisatie van werken, veiligheid en hygiëne, verzekeringen, herstellingen na de werken, borgtocht, kosten, en gewag wordt gemaakt van een cijnsberekening conform de huidige

reglementering; dat elk van de eerste reeks bestreden beslissingen de volgende zinsnede bevat :

“Als bijlage vindt U de aangepaste versie van de 'Algemene en Bijzondere Voorwaarden van uitvoering van werkzaamheden op het openbaar gewest-domein', zoals deze sinds 1 oktober 2001 wordt opgelegd bij het afleveren van een vergunning van een specifiek werk”;

dat de tweede bestreden “beslissing” eveneens een brief is met daaraan gehecht drie bladzijden voorwaarden; dat in die brief wordt gesteld :

“Wij vragen Belgacom Mechelen met aandrang om ons voorwaarden (in bijlagen) voor het aanleggen van leidingen op het gewestdomein te respecteren”;

dat in de bijgevoegde voorwaarden wordt bepaald :

“Aanvragen die [aan de voorwaarden] niet voldoen zullen onverwijld teruggestuurd worden” en “verder dient men ook volgende richtlijnen op te volgen :
[...]”;

dat de houding die blijkt uit deze brieven bezwaarlijk kan worden aangemerkt als de houding van een overheid die op grond van louter contractuele verbintenissen optreedt; dat de verwerende partij, zoals uit de hierboven aangehaalde passus van haar nota in de schorsingsprocedure blijkt, er alles aan poogt te doen om maar niet ondubbelzinnig te moeten toegeven dat haar administratie, bij ontstentenis van de te verwachten regelgeving door de Vlaamse regering, zelf eenzijdig is opgetreden, en zulks zelfs, door middel van de in het geding zijnde voorwaarden, op regelgevende wijze; dat die administratie daarbij, wellicht beseffende dat zulks in principe onrechtmatig was, zoveel mogelijk de geadministreerden zoals de verzoekende partij wilde ontzien door met hen te gaan onderhandelen over die voorwaarden zonder echt in een contractuele relatie te treden; dat in wezen de regering heeft gefaald om haar administratie tijdig, de nodige rechtsgrondslag te verschaffen om effectief op te treden; dat zulks uiteindelijk toch is gebeurd met het voormelde besluit van de Vlaamse regering van 29 maart 2002; dat het uitvaardigen van dit besluit, dat voorwaarden oplegt die minstens gedeeltelijk de aangevochten voorwaarden overlappen, de stelling tegensprekt dat die voorwaarden in het verleden eerder een

contractueel dan een eenzijdig karakter zouden moeten hebben; dat de administratie met de bestreden beslissingen minstens de schijn heeft gewekt de in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bedoelde eenzijdige akten te hebben willen verrichten die aldus, minstens voor de duidelijkheid in het rechtsverkeer, moeten worden behandeld door de Raad van State als voor nietigverklaring vatbare akten;

3. Over de gegrondheid van het beroep tot nietigverklaring.

3.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending aanvoert van “de bevoegdheidsregels en van het decreet van 18 december 1992 doordat verwerende partij krachtens de eerste bestreden beslissingen vanaf 1 oktober 2001 algemene en bijzondere vergunningsvoorwaarden oplegt aan nutsmaatschappijen die werkzaamheden wensen uit te voeren op het openbaar gewestdomein en de tweede bestreden beslissing vergunningsvoorwaarden oplegt voor het aanleggen en herstellen van leidingen op het openbaar domein, met ingang van 27 februari 2002, terwijl artikel 41 van het decreet van 18 december 1992 enkel aan de Vlaamse Regering de machtiging verleent om de nadere modaliteiten waaronder de vergunningen kunnen worden verleend, te bepalen en tevens de tarieven voor retributies vast te leggen”; dat daarbij nader wordt betoogd :

“Het decreet van 18 december 1992 heeft in de artikelen 40 t.e.m. 43 het privaatief gebruik van het gewestelijk openbaar domein geregeld. In voormelde artikelen heeft de decreetgever bepaald dat een vergunning vereist is van de domeinbeheerder en dat retributies verschuldigd zijn voor elk privaatief gebruik van het gewestelijk openbaar domein van de wegen en waterwegen en hun aanhorigheden ressorterend onder het beheer van het Vlaamse Gewest'.

Artikel 41 van voormeld decreet bepaalt :

'De Vlaamse Executieve is gemachtigd de voorwaarden en de procedure inzake het toekennen van de vergunning evenals het bedrag en de wijze van inning van de retributie vast te stellen'.

Artikel 42 van voormeld decreet bepaalt :

'De diensten die afhangen van de Vlaamse Executieve en bevoegd zijn voor het beheer van de voornoemde domeingoederen, zijn belast met het afgeven van de vergunning, de inning van de verschuldigde retributies en het toezicht op de naleving van de opgelegde vergunningsvoorwaarden'.

[...].

Met de eerste reeks bestreden beslissingen bepaalt verwerende partij dat algemene en bijzondere vergunningsvoorwaarden worden opgelegd vanaf 1 oktober 2001 voor werkzaamheden die worden uitgevoerd door nutsmaatschappijen op het openbaar gewestdomein. Voormelde herinvoering van algemene en bijzondere voorwaarden wordt bevestigd in de feiten [...].

Met de tweede bestreden beslissing voert verwerende partij met onmiddellijke ingang voorwaarden in die bij het aanleggen en herstellen van leidingen op het gewestdomein van toepassing zijn.

Het dient nochtans te worden benadrukt dat artikel 41 van het decreet van 18 december 1992 uitsluitend aan de Vlaamse regering de machtiging verleent om de voorwaarden en de procedure inzake het toekennen van de vergunning vast te stellen.

Overeenkomstig artikel 43 van het decreet van 18 december 1992 zijn de diensten die afhangen van de Vlaamse Executieve en die bevoegd zijn voor het beheer van de domeingoederen van het openbaar gewestdomein enkel belast met het afgeven van de vergunning, de inning van de verschuldigde retributies en het toezicht op de naleving van de opgelegde vergunningsvoorwaarden.

Verwerende partij heeft aldus geen enkele bevoegdheid om, door middel van een beslissing van een administratie, bindende vergunningsvoorwaarden en de betaling van cijns op te leggen aan nutsmaatschappijen die werkzaamheden wensen uit te voeren op het openbaar gewestdomein.

Derhalve, werden de bestreden beslissingen (eerste en tweede) genomen door een onbevoegd orgaan en is het decreet van 18 december 1992 geschonden”;

3.2. Overwegende dat krachtens het aangehaalde artikel 41 het de Vlaamse regering is die “voorwaarden” voor het toekennen van de in het geding zijnde vergunningen vaststelt; dat de met het beroep mede bestreden voorwaarden echter niet zijn vastgesteld door die Vlaamse regering, maar door haar administratie; dat deze daarvoor geen rechtsgrond vindt in het voornoemde decreetsartikel, integendeel, en zij aldus daartoe niet bevoegd was; dat het middel en dienvolgens het beroep kennelijk gegrond zijn;

4. Over de vordering tot schorsing.

Overwegende dat uit hetgeen hierboven is vastgesteld volgt dat de bestreden beslissingen vernietigd moeten worden; dat de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging ervan bijgevolg geen voorwerp meer heeft,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd worden :

- de beslissing van 10 januari 2002 van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Wegen en Verkeer Antwerpen, die werd betekend aan Belgacom Berchem, Karel Coggestraat 2, met bijlage;
- de beslissing van 10 januari 2002 van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Wegen en Verkeer Antwerpen, die werd betekend aan Belgacom Mechelen, Stationstraat 58, met bijlage;
- de beslissing van 11 januari 2002 van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Wegen Limburg, die werd betekend aan Belgacom Brussel, Koning Albert II laan 24, met bijlage;
- de beslissing van 14 januari 2002 van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Wegen West-Vlaanderen, die werd betekend aan Belgacom Kortrijk; Wolvenstraat 23, met bijlage;
- de beslissing van 14 januari 2002 van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Wegen West-Vlaanderen, die werd betekend aan Belgacom Brugge, Rijselstraat 1, met bijlage;
- de beslissing van 15 januari 2002 van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Wegen en Verkeer Vlaams-Brabant, die werd betekend aan Belgacom Diest, Ferdinand Allenstraat 38, met bijlage;
- de beslissing van 15 januari 2002 van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Wegen en Verkeer Vlaams-Brabant, die werd betekend aan Belgacom Dendermonde, Noordlaan 152, met bijlage;

In de mate dat voormelde beslissing een herwerkte versie van 'Algemene en Bijzondere voorwaarden' opleggen,

en

- de beslissing van 27 februari 2002 van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Wegen en Verkeer Antwerpen, District Grobbendonk, waarbij voorwaarden worden opgelegd voor het aanleggen en herstellen van leidingen op het gewestdomein, verzonden aan Belgacom Mechelen, Stationstraat 58, met bijlage.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van het beroep, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zevenentwintig juni 2002, door :

de HH. D. VERBIEST,
F. BONTINCK,

kamervoorzitter,
toegevoegd griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

D. VERBIEST.