

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 121.721 van 16 juli 2003
in de zaak A. 131.095/X-11.230.**

In zake : 1. de b.v. HORECA TOTAAL,
 2. de n.v. ZB CENTRALE,
 die woonplaats kiezen bij
 Advocaten K. LEUS, B. SCHUTYSER en S. BEERNAERT,
 kantoor houdende te 1000 BRUSSEL,
 Goedheidsstraat 5-7

tegen :

het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de Vlaamse
regering,
dat woonplaats kiest bij
Advocaat B. BRONDERS,
kantoor houdende te 8400 OOSTENDE,
E. Beernaertstraat 106.

tussenkommende partij :

de n.v. MAKRO ZELFBEDIENINGSGROOTHANDEL,
die woonplaats kiest bij
Advocaten J. BOUCKAERT en J. GORIS,
kantoor houdende te 1060 BRUSSEL,
Henri Wafelaertsstraat 47-51.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE Xe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de b.v. naar Nederlands recht
HORECA TOTAAL en de n.v. ZB CENTRALE op 27 december 2002 hebben
ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van het besluit van
21 oktober 2002 van de Vlaamse minister van Financiën en Begroting, Innovatie,
Media en Ruimtelijke Ordening houdende voorwaardelijke inwilliging van het beroep
van MAKRO-METRO tegen het besluit van 19 oktober 2001 van het college van
burgemeester en schepenen van de stad Brugge waarbij de vergunning wordt
geweigerd voor het verbouwen van een bestaand bedrijfsgebouw gelegen aan de Dirk
Martensstraat 4 te Brugge op een perceel, kadastraal bekend Sectie B, nr. 764 g;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door Auditeur Ch. BAMPS;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 13 maart 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 25 april 2003;

Gehoord het verslag van Staatsraad J. BOVIN;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat B. SCHUTYSER, die verschijnt voor de verzoekende partijen, van Advocaat V. VAN DE KEERE die, loco Advocaat B. BRONDERS verschijnt voor de verwerende partij, en van Advocaat J. BOUCKAERT, die verschijnt voor de tussenkomenende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur Ch. BAMPS;

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;

Overwegende dat de n.v. MAKRO ZELFBEDIENINGSGROOT-HANDEL met een verzoekschrift van 27 januari 2003 heeft gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat er grond is om het verzoek in te willigen;

Overwegende dat de Vlaamse minister van Financiën en Begroting, Innovatie, Media en Ruimtelijke Ordening bij het bestreden besluit het beroep van MAKRO-METRO tegen het besluit van 19 oktober 2001 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Brugge waarbij de vergunning wordt geweigerd voor het verbouwen van een bestaand bedrijfsgebouw gelegen aan de Dirk Martensstraat 4 te Brugge op een perceel, kadastraal bekend Sectie B, nr. 764 g voorwaardelijk heeft ingewilligd, en de gevraagde vergunning heeft verleend voor de op het bijgaand plan aangeduide werken, onder de erin vermelde voorwaarden, onder meer :

"- de buitenaanleg dient aangepast te worden aan het advies van de groendienst d.d. 27 april 2001 waarbij naast de bestaande vergunde 33 parkeerplaatsen en de 24 parkeerplaatsen binnen het bouwvolume enkel parkings bijgecreëerd worden ten behoeve van de werknemers;

- mits het effectief een zelfbedieningsgroothandel betreft voor de horeca en de kleinhandel in de voedingssector en voor de grootverbruikers conform voorstel van de betrokken dienst d.d. 8 augustus 2001";

Overwegende dat de verwerende partij en de tussenkomende partij opwerpen dat de vordering niet ontvankelijk is; 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 vervuld zijn;

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 nietigverklaring 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;

Overwegende dat artikel 17, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bepaalt dat de vordering tot schorsing een uiteenzetting van de middelen en de feiten dient te bevatten die volgens de indiener ervan het bevelen van de schorsing rechtvaardigen; dat artikel 8, tweede lid, 5°, van het koninklijk besluit van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State bepaalt dat de vordering tot schorsing dient te bevatten "een uiteenzetting van de feiten die kunnen aantonen dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de aangevochten akte of het aangevochten reglement de eiser een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen"; dat uit deze bepalingen volgt dat verzoekende partij in haar verzoekschrift duidelijk en concreet dient aan te geven waarin precies het moeilijk te herstellen ernstig nadeel is gelegen dat zij ingevolge de onmiddellijke tenuitvoerlegging van het bestreden besluit ondergaat of dreigt te ondergaan, en dat met niet in het verzoekschrift tot schorsing opgenomen feiten en verklaringen hieromtrent geen rekening kan worden gehouden;

Overwegende dat, wat de tweede door voornoemd artikel 17, § 2, opgelegde voorwaarde betreft, de verzoekende partijen laten gelden wat volgt :

"32. Overeenkomstig de rechtspraak van Uw Raad van State maakt de aantasting van de concurrentiepositie van een onderneming en het eruit voortvloeiend verlies aan marktaandeel of cliënteel een moeilijk te herstellen ernstig nadeel uit (...).

33. In casu zijn de beide verzoekende partijen voedingszaken die zoals de nv METRO, zelfbedieningszaken die gespecialiseerd zijn in de toelevering aan horeca-bedrijven, kleinhandelszaken in de voedingssector en grootverbruikers. De nv METRO is, derhalve, voor de verzoekende partijen in alle opzichten een directe concurrent.

De handelszaken van de eerste en tweede verzoekende partij zijn op ongeveer 1,5 km van de plaats van de inplanting van de nv METRO gelegen.

De verzoekende partijen opereren in een omgeving die reeds als zeer concurrentieel moet worden omschreven. Behoudens de twee verzoekende partijen opereren immers in de onmiddellijke omgeving van de inplanting van de nv METRO nog de volgende handelszaken als gespecialiseerde toeleveranciers :

- ARONDE nv, met zetel te 8000 Brugge, Blankenbergse steenweg 362;
- DEPREST, met zetel te 8000 Brugge, Monnikenwerve 54-56;
- GARDIN, met zetel te 8000 Brugge, Monnikenwerve 16;
- LAMPO met zetel te 8377 Meetkerke, Dorpweg 3.

Tot nog toe werd de concurrentie in de omgeving van de Stad Brugge gekenmerkt door bedrijven van eenzelfde of minstens een vergelijkbare grootte. Door de komst van de nv METRO, een multinationale onderneming die één van de absolute marktleiders is in de sector (stuk 3), zullen de bestaande concurrentieverhoudingen evenwel zonder enige twijfel radicaal worden gewijzigd. Een onderneming als de nv METRO heeft immers de economische en financiële draagkracht om op een oppervlakte van 6000 m² onmiddellijk een totaalassortiment aan goederen aan te bieden (stuk 4). De nv METRO kan, gelet op haar omvang, bij haar leveranciers leverings- en financieringsvoorwaarden bedingen die geen enkele onderneming van de grootte van de verzoekende partijen kan bedingen. Bovendien is een dergelijke onderneming in staat om haar concurrentiepositie te ondersteunen met publiciteit op een wijze die voor de verzoekende partijen niet realiseerbaar is.

Het staat dan ook vast dat de komst van de nv METRO in een stad als Brugge een evidente verschuiving van cliënteel en, bijgevolg, aantasting van de concurrentiepositie van de verzoekende partijen, teweeg zal brengen. De verzoekende partijen schatten dat het om 20 à 25% van hun respectieve cliënteel gaat. Indien Uw Raad de bestreden beslissing zou vernietigen zullen de concurrentieverhoudingen reeds dermate gewijzigd zijn dat het uitgesloten is dat de verzoekende partijen dit cliënteel nog kunnen terugwinnen of hun concurrentiepositie kunnen herstellen. De verzoekende partijen zullen het uitermate moeilijk hebben om, na een gebeurlijk annulatiearrest van Uw Raad, hun schade op de vergunningverlenende overheid te verhalen. Een schade die moet worden uitgedrukt in termen van aantasting van concurrentiepositie en verlies aan cliënteel is immers moeilijk waardeerbaar (...).

De bestreden beslissing maakt dan ook, in hoofde van de verzoekende partijen, een moeilijk te herstellen ernstig nadeel uit";

Overwegende dat de verwerende partij antwoordt wat volgt :

- "1. Naar luid van artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de schorsing van de tenuitvoerlegging slechts worden bevolen op voorwaarde dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de akte of het reglement een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen, wat erop neerkomt, en wat overigens bevestigd werd in de rechtspraak van Uw Raad, dat een louter beroep tot nietigverklaring niet tot een nuttige oplossing van het geschil kan leiden indien de bestreden rechtshandeling bij de afloop van dit beroep effectief onwettig zou blijken en vernietigd zou dienen te worden.
2. Voor een schorsing is derhalve de cumulatieve vervulling van vijf voorwaarden vereist : 1° dat er nadeel berokkend wordt of kan worden, 2° dat dit nadeel ernstig is, 3° dat dit nadeel moeilijk te herstellen is, 4° dat dit nadeel veroorzaakt wordt door de bestreden rechtshandeling en 5° dat de verzoeker persoonlijk dit nadeel ondervindt.

3. Verzoekende partijen werpen op dat de aantasting van de concurrentiepositie van een onderneming en het eruit voortvloeiend verlies aan marktaandeel of cliënteel een moeilijk te herstellen ernstig nadeel uitmaakt.
Beide verzoekende partijen zouden voedingszaken zijn die gespecialiseerd zouden zijn in de toelevering aan horecabedrijven, kleinhandelszaken in voedingssector en grootverbruikers. Zij stellen hierbij dat de NV METRO voor hen een directe concurrent zou zijn. De komst van de NV METRO in een stad als Brugge zou een evidente verschuiving van cliënteel en bijgevolg de aantasting van de concurrentiepositie van verzoekende partijen teweeg brengen. Verzoekende partijen schatten hierbij dat het om 20 % à 25 % van hun respectievelijke cliënteel gaat.
4. Verzoekende partij(en) blijven zeer vaag ter staving van hun activiteiten, aard van hun cliënteel en concurrentiepositie. Het ingeroepen nadeel, -dat een louter financieel en in principe dus herstelbaar nadeel is-, berust bovendien op de verkeerde veronderstelling dat het geplande project een massatoeloop en -verkoop zou inhouden, daar waar het zich duidelijk louter tot een beperkt publiek richt. Enkel voorliggende voorwaardelijke vergunning, met de bijkomende overeenkomst, en niet de situatie elders, kan als uitgangspunt worden genomen.
5. Anderzijds kan niet worden belet dat in de hiertoe aangewezen gebieden, zich concurrentiële bedrijven in Brugge vestigen";

Overwegende dat de tussenkommende partij antwoordt wat volgt :

"Er is vooreerst op te wijzen dat verzoekers hun moeilijk te herstellen ernstig nadeel geenszins steunen op de ruimtelijke impact die de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing met zich meebrengt.

Dit zou overigens ondenkbeeldig zijn, vermits verzoekers niet in de (onmiddellijke) omgeving van de vergunde bouwplaats gevestigd zijn.

In die zin is het aangevoerde nadeel niet rechtstreeks.

Er kan dan ook enkel worden vastgesteld dat het door verzoekers tot schorsing aangevoerde nadeel een louter financieel nadeel is. Volgens vaste rechtspraak van Uw Raad is een pecuniair nadeel in principe evenwel herstelbaar (...). Wie een financieel nadeel lijdt, kan zich immers na vernietiging van de bestreden beslissing tot de burgerlijke rechter wenden om schadevergoeding te bekomen, en men kan niet veronderstellen dat de administratieve overheden zullen weigeren een vonnis of arrest van de burgerlijke rechtbanken uit te voeren (...).

Met betrekking tot ondernemingen werd niettemin aanvaard dat een financieel nadeel een MTHEN uitmaakt, indien de bestreden beslissing de levensvatbaarheid van de onderneming in het gedrang brengt (...) of haar naar de rand van het faillissement voert (...), haar plaats op de concurrentiemarkt zwaar aantast en haar voortbestaan hierdoor ernstig zou worden bemoeilijkt (...), of de beëindiging van de economische activiteit in het vooruitzicht stelt (...). Het komt evenwel aan de onderneming toe de door haar aangevoerde gevolgen van een financieel nadeel voldoende concreet te verantwoorden opdat het een voldoende graad van waarschijnlijkheid zou krijgen. (...)

De beweerde - doch geenszins gestaafde - daling van het cliënteel met 20 à 25 % impliceert weliswaar een winstverlies, doch het brengt niet de levensvatbaarheid van de betrokken ondernemingen in het gedrang. Verzoekers tot schorsing laten in elk geval na enig concreet element aan te brengen waaruit zou blijken (dat) dit wel het geval zou zijn of dat de onmiddellijke uitvoering van de bestreden beslissing hen naar het faillissement zou brengen. Zij tonen evenmin

aan door middel van concreet cijfermateriaal dat de verwachte vermindering van hun cliënteel hun plaats op de concurrentiemarkt zodanig zou aantasten dat hun voortbestaan ernstig wordt bedreigd.

Overigens blijkt uit de diverse bouwvergunningsdossiers van beide ondernemingen dat HORECA TOTAAL over een bebouwde oppervlakte van 5.225 m² beschikt, en ZB CENTRALE over een bebouwde oppervlakte van 3.559,05 m². Het gaat hier om aanzienlijke ruimtes, die geenszins moeten onderdoen voor de Metro-vestiging met een oppervlakte van 6.000 m². De vermelde oppervlakten laten beide vennootschappen toe om, net als METRO, (een) totaalassortiment aan goederen aan te bieden.

Besluit : Verzoekers tot schorsing tonen niet aan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel te lijden ten gevolge van de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing";

Overwegende dat de verzoekende partijen handelsvennootschappen zijn; dat het door hen aangevoerde nadeel in hunnen hoofde in wezen een financieel nadeel is; dat een financieel nadeel in beginsel niet moeilijk te herstellen is, tenzij wordt aangetoond dat dit nadeel dermate ernstig is dat het voortbestaan van de vennootschap zelf ernstig in het gedrang dreigt te worden gebracht; dat de verzoekende partijen de "evidente verschuiving" van het cliënteel "schatten" op 20 à 25 %, en stellen dat "indien (de) Raad de bestreden beslissing zou vernietigen" de concurrentieverhoudingen reeds dermate gewijzigd zullen zijn dat het uitgesloten is dat zij hun cliënteel nog kunnen terugwinnen of hun concurrentiepositie kunnen herstellen, en dat zij het "uitermate moeilijk (zullen) hebben om, na een gebeurlijk annulatiearrest (...) hun schade op de vergunningverlenende overheid te verhalen" aangezien "een schade die moet worden uitgedrukt in termen van aantasting van concurrentiepositie en verlies aan cliënteel (...) moeilijk waardeerbaar is"; dat zij aldus weliswaar stellen een financieel nadeel te zullen lijden maar niet beweren dat dit financieel nadeel dermate ernstig is dat hun voortbestaan onmiddellijk in het gedrang dreigt te worden gebracht; dat de verzoekende partijen overigens geen enkel stuk voorleggen met betrekking tot hun financiële situatie en de door hen globaal ontwikkelde activiteiten als onderneming; dat de door de verzoekende partijen gegeven uiteenzetting niet afdoende aan de hand van concrete en precieze gegevens aannemelijk maakt dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van het bestreden besluit hun een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen in de zin van artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;

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 te kunnen bevelen; dat die vaststelling volstaat om de vordering af te wijzen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de n.v. MAKRO ZELFBEDIENINGSGROOTHANDEL in de vordering tot schorsing wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 3.

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

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zestien juli 2003, door :

de H. J. BOVIN,

Mevr. A. TRUYENS,

wnd. kamervoorzitter, staatsraad,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

A. TRUYENS.

J. BOVIN.