**RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.**

**A R R E S T**

**nr. 133.328 van 29 juni 2004**
**in de zaak A. 152.847/XII-4164.**

In zake : de NV CLEAR CHANNEL BELGIUM,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D' Hooghe en I. Vos,
kantoor houdende te Brussel,
Henri Wafelaertsstraat 47-51, bus 1

tegen :

de STAD KORTRIJK,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Van Heuven,
kantoor houdende te Kortrijk,
President Kennedypark 8b.

tussenkomende partij :

de NV J.C. DECAUX BELGIUM PUBLICITE,
die woonplaats kiest bij
advocaten L. Swartenbroux en F. Van Nuffel,
kantoor houdende te Brussel,
Brederodestraat 13.

---

**DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,**

Gezien het verzoekschrift dat de NV Clear Channel Belgium op 17 juni 2004 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Kortrijk van 8 juni 2004 om de domaniale concessie voor diverse straatmeubilair-items op het grondgebied van de stad Kortrijk toe te wijzen aan JCDecaux”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 18 juni 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 24 juni 2004, om 14.30 uur;

Gezien het ter terechtzitting neergelegd verzoekschrift waarbij de NV JC Decaux Belgium Publicité vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel zou kunnen halen uit de bestreden akte en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten D. D'Hooghe en I. Vos, die verschijnen voor de verzoekende partij, van advocaat D. Van Heuven, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat F. Van Nuffel, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. Vermeire;

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 op 8 juni 2004 het college van burgemeester en schepenen een beslissing neemt die onder meer luidt als volgt :

> "Het college [...] beslist
> Artikel 1 : [...] de kandidaturen van de NV J.C. Decaux uit Brussel en de NV Clear Channel Belgium uit Brussel als conform met het gevraagde te kwalificeren;
> Artikel 2 : Principieel, dit is onverminderd de eindbevoegdheid terzake van de gemeenteraad (dus onder de opschortende voorwaarde van instemming hiermede door de gemeenteraad, die ook zijn goedkeuring dient te verlenen aan de nog op te maken domaniale concessieovereenkomst) en het uitblijven van bezwaren van de toezicht houdende overheid binnen de termijn daartoe bepaald in de gemeentewet, wordt ervoor geopteerd om een domaniale concessie-overeenkomst voor de duur van 12 jaar te sluiten met de NV J.C. Decaux uit Brussel;
> Artikel 3 : Opdracht te geven aan de directies Mobiliteit en Infrastructuur en Communicatie en Recht om dit dossier ter beslissing voor te leggen aan de gemeenteraad, nadat een ontwerp van domaniale concessieovereenkomst zal opgemaakt zijn waarmede de NV J.C. Decaux uit Brussel zijn instemming schriftelijk zal betuigd hebben.";

Overwegende dat de verzoekende partij deze beslissing aanmerkt als "de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Kortrijk van 8 juni 2004 om de domaniale concessie voor diverse straatmeubilair-items op het

grondgebied van de stad Kortrijk toe te wijzen aan JCDecaux" en ze aldus tot voorwerp van haar vordering maakt;

Overwegende dat de verwerende en de tussenkomende partijen excepties opwerpen die de ontvankelijkheid van de vordering betreffen; dat er te dezen geen noodzaak bestaat om deze excepties te onderzoeken en er uitspraak over te doen nu, zoals hieronder zal blijken, niet is voldaan aan de grondvoorwaarden om tot schorsing te besluiten;

Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

Overwegende, wat de derde voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij haar nadeel in essentie als volgt beschrijft :

> "Door de bestreden beslissing lijdt verzoekende partij een moeilijk te herstellen en ernstig nadeel, dat niet ongedaan kan gemaakt worden door een latere nietigverklaring.
> [...]
> Op de markt van het stadsmeubilair zijn in België hoofdzakelijk twee concurrerende firma's werkzaam, met name de firma JC Decaux en verzoekster. In de felle concurrentiestrijd tussen JC Decaux en verzoekster, is het bekomen en uitvoeren van huidig contract te Kortrijk uitermate belangrijk.
> Zoals terecht wordt weergegeven in het artikel in De Tijd van 9 juni 2004 is de concessie zeer belangrijk omdat Kortrijk in de reclamewereld wordt beschouwd als een van de elf belangrijke regionale steden in Vlaanderen. (stuk 23). Bovendien bekleedde verzoekster in deze stad een exclusieve positie, terwijl zij over het algemeen zwakker staat dan haar concurrent op de markt van de regionale steden in Vlaanderen. Om een volledige dekking te hebben van de regionale steden in Vlaanderen was de klant tot op heden systematisch gemotiveerd om naast een contract met J.C. Decaux tevens een contract af te sluiten met Clear Channel, aangezien Clear Channel over een exclusieve positie beschikte in Kortrijk en Gent. Vermits ten gevolge van de bestreden beslissing deze exclusieve positie te Kortrijk zou wegvallen en vermits te Gent ook een louter lokaal netwerk kan gekocht worden bij Clear Channel, vervalt de noodzaak voor de klanten om naast een conctract met J.C. Decaux ook een contract met Clear Channel te sluiten. Ten gevolge van de toewijzing van huidige concessie te Kortrijk verkrijgt J.C. Decaux dan ook een quasi-monopolie op de markt van de regionale steden in Vlaanderen. Ook het verlies van een belangrijke markt werd door Uw Raad reeds als een moeilijk te herstellen en ernstig nadeel beschouwd.

[...]

Bovendien is het ook de eerste maal in België dat met een nieuw medium en een nieuw systeem van afficheren zal gewerkt worden, met name de LED-wall. Of zoals gesteld wordt in het artikel in De Tijd : 'De concessie is opvallend omdat voor het eerst een Belgische stad als compensatie onder meer vraagt naar het plaatsen van een LED-beeldscherm'. (stuk 23)

Clear Channel ontwikkelde in samenwerking met WTV en BARCO dergelijk vernieuwend concept op het vlak van stedelijke communicatie. Dit concept is uniek in Europa en er wordt dan ook van uitgegaan dat -bij een succesvolle implementatie- dit ongetwijfeld navolging zal vinden (stuk 26). Doordat de concessie met de bestreden beslissing toegekend werd aan J.C. Decaux wordt verzoekster in de onmogelijkheid gesteld om dit unieke concept te implementeren en aldus een referentie te verwerven. Verzoekster ziet zich aldus op onwettige wijze de kans ontnomen voor het verwerven van een eerste referentie voor dit nieuw medium.

Precies omdat de uitvoering van deze concessie voor verzoekster zo belangrijk was, had zij overigens een zeer hoog bedrag geboden. Het gaat dan ook niet op dat zij ten gevolge van een onwettig procedureverloop de uitvoering van het contract zou verliezen aan haar concurrent, ondanks het feit dat zij de hoogste en meest gunstige bieding had gedaan.

Daarnaast lijdt verzoekende partij tevens een moeilijk te herstellen en ernstig nadeel door het verlies van de referentie van de verwerving van een contract in een regionale stad in het algemeen. Bij quasi elke opdracht inzake stadsmeubilair die gegund wordt, worden immers systematisch de referenties opgevraagd van de opdrachten die de afgelopen 3 jaar gewonnen zijn. Aangezien er slechts 11 regionale steden zijn en 2 grote centra, kunnen er slechts 13 dergelijke aanbestedingen plaats vinden in Vlaanderen. Aangezien deze contracten bovendien doorgaans lopen voor een periode van 12 tot 15 jaar, zijn de kansen dat men terug een marktpositie kan innemen veeleer beperkt. Doordat verzoekster de referentie voor Kortrijk niet zal kunnen aanwenden in een eventuele toekomstige toekenningsprocedure, maakt zij dan ook minder kans om dit contract te winnen.

Elk verlies van referentie, en zeker het verlies van referentie van een vernieuwend concept op het vlak van stedelijke communicatie, verkleint de kans om andere toekomstige contracten te verwerven.

Door het missen van het contract ondanks het feit dat zij de hoogste prijs geboden had, wordt verzoekster daarenboven ook in haar reputatie geschaad

[...]";

Overwegende dat de tussenkomende partij dit nadeel relativeert door te stellen hetgeen volgt :

"[...]. De groep Clear Channel waartoe verzoekster behoort, is een van de belangrijkste mediagroepen in de wereld [...].

De groep beschikt in België over ongeveer 45,3 % van de markt van de openlucht publiciteit en gaat dus aldus JC Decaux vooraf die slechts een marktaandeel van 42,1 % bezit. De groep is zeer goed gepositioneerd in de stedelijke zones dankzij haar exclusieve contracten met talrijke lokale overheden en de belangrijkste uitbaters van openbaar vervoer (NMBS, De Lijn, TEC, MIVB).

JC Decaux en Clear Channel zijn aldus concurrenten op de markt van de openlucht publiciteit. Tot die markt behoort het marktsegment van de levering en het onderhoud van dragers van dergelijke publiciteit aan openbare overheden

(het zgn. 'stadsmeublilair', bestaande uit schuilhuisjes, informatiezuilen, stadsplanborden e.d).

De markt van de openlucht publiciteit is ruimer dan het aanbod van de publicitaire ruimte die wordt gecreëerd door het stadsmeubilair. De openlucht publiciteit omvat immers onder meer ook (en vooral) de publiciteit die gevoerd wordt op grote borden die aan privé-eigendommen worden bevestigd, en de publiciteit die op bussen en trams wordt gevoerd.

De spelers die actief zijn op de markt van de openlucht publiciteit trachten zo veel mogelijk dragers van dergelijke publiciteit te bezitten. Hoe meer dragers zij bezitten, hoe groter en gediversifieerder de netwerken zijn die zij kunnen aanbieden aan adverteerders voor het voeren van publicitaire campagnes (op nationaal, gewestelijk of stedelijk niveau).

Het is in de markt van de openlucht publiciteit in België dat de Clear Channel groep een duidelijke voorsprong heeft op de groep Decaux. In het deelsegment van de levering van stadsmeubilair aan openbare besturen heeft Decaux evenwel een voorsprong kunnen nemen op Clear Channel .

Wat de publiciteitsmarkt van Kortrijk betreft, beschikt verzoekster over een quasimonopoliepositie. Het bestreden besluit doorbreekt die positie voor een beperkt aantal publiciteitszijden, doch in de toekomst zal verzoekster nog steeds de markt in Kortrijk beheersen, onder meer door het lucratieve contract betreffende 150 wachthuisjes dat nog tot einde 2011 loopt.

Uit het voorgaande volgt dan ook dat verzoekster geen 'ernstig' nadeel zal ondervinden van het niet zelf kunnen uitvoeren van het contract.

Verzoekster laat trouwens na om concrete becijferde gegevens op te geven betreffende het verlies dat zij zou lijden. Dit verlies moet trouwens worden vergeleken met de opbrengsten die verzoekster sedert 1 januari 2002 opstrijkt dankzij het zonder recht noch titel bezetten van het domein van de stad Kortrijk met 70 publiciteitszijden";

Overwegende dat dit verweer ter terechtzitting in wezen niet is tegengesproken door de verzoekende partij; dat, zoals de Raad van State reeds heeft aangenomen in zijn arrest nr. 76.321 van 13 oktober 1998, veeleer de situatie op de gehele betrokken markt het nadeel beïnvloedt dan een beslissing betreffende een deelmarkt, aangezien op die globale markt slechts twee spelers optreden, namelijk de verzoekende en de tussenkomende partij; dat aldus elke beslissing waardoor een van de spelers op een deelmarkt het overwicht krijgt op de andere, uiteraard een nadeel toebrengt aan de andere speler; dat gezien die bijzondere situatie, dergelijk nadeel niet noodzakelijk als moeilijk te herstellen kan worden beschouwd; dat het dan des te meer klemt dat verzoekende partij te dezen nalaat concreet en cijfermatig aan te tonen dat zij door de bestreden beslissing een dergelijke aantasting van haar commerciële functie zou moeten ondergaan dat zij dat verlies nog moeilijk te boven zal kunnen komen; dat de bestreden beslissing immers enkel de deelmarkt Kortrijk -een regionale stad- betreft, waar zij helemaal niet volledig van verdwijnen zou, ook al draagt de bestreden beslissing ertoe bij dat haar marktaandeel aldaar wordt gereduceerd; dat voorts de mogelijke referentiewaarde van een LED-beeldscherm niet van die aard is dat daardoor de voormelde conclusie anders zou moeten luiden;

dat vervolgens het niet verkrijgen van de betrokken domeinconcessie ondanks het bieden van een hoge prijs, ingeval het al zou vaststaan dat daardoor de reputatie van verzoekende partij ernstig zou worden aangetast, als een nadeel moet worden beschouwd dat door een gebeurlijke nietigverklaring zou worden goedgemaakt en dienvolgens niet moeilijk te herstellen is; dat ten slotte de lange duur van de concessie het juist wel mogelijk lijkt te maken, na een eventuele nietigverklaring, vroegere machtsposities opnieuw in te nemen, aangezien die nietigverklaring redelijkerwijze binnen de gestelde concessietermijnen zou worden uitgesproken en er zou toe bijdragen dat vroegtijdig een einde aan de concessie zou worden gesteld;

Overwegende dat aldus niet is aangetoond dat het geschetste nadeel het wettelijk vereiste moeilijk te herstellen ernstig karakter vertoont; dat bijgevolg niet is voldaan aan de derde van door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden; dat die vaststelling volstaat om de schorsing af te wijzen,

**B E S L U I T :**

**Artikel 1.**

Het verzoek tot tussenkomst van NV JC Decaux Belgium Publicité in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

**Artikel 2.**

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

**Artikel 3.**

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op negenentwintig juni 2004, door :

| | | |
|---|---|---|
| de HH. | D. VERBIEST, | kamervoorzitter, |
| | F. BONTINCK, | toegevoegd griffier. |

| | |
|---|---|
| **De griffier,** | **De voorzitter,** |
| **F. BONTINCK.** | **D. VERBIEST.** |