

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 184.843 van 26 juni 2008
in de zaak A. 184.612/X-13.385.**

In zake : 1. de b.v.b.a. SUPERHERK,
 2. de n.v. UNICASH,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaat I. DEDECKER,
 kantoor houdende te 3600 GENK,
 Sint-Martensbergstraat 9

tegen :

de gemeente HERK-DE-STAD.

tussenkomen de partij :

de n.v. GROUP GL INTERNATIONAL,
gevestigd te 3530 HOUTHALEN,
Centrum Zuid 3053.

DE VOORZITTER VAN DE Xe KAMER,

Gezien het enig verzoekschrift dat de b.v.b.a. SUPERHERK en de n.v. UNICASH op 17 juli 2007 hebben ingediend en waarin zij de schorsing van de tenuitvoerlegging vorderen van de “vergunning van handelsvestiging voor de inplanting van een Aldi met een geïntegreerde Budgetslager te Herk-de-Stad, Steenweg 64, afgegeven aan de NV Group GL International (...), op datum van 18 mei 2007 door de gemeente Herk-de-Stad stilzwijgend afgegeven (...) ingevolge het uitblijven van een expliciete beslissing binnen de bij artikel 8 § 3 van de Wet van 13 augustus 2004 betreffende de vergunning van handelsvestigingen (...) bepaalde termijn van 50 dagen na de aflevering van het indieningsbewijs”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur L. VERMEIRE;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 18 december 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 1 februari 2008;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter R. STEVENS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat I. DEDECKER, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en van advocaat D. VANDENBULCKE, die verschijnt voor de tussenkommende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste 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;

OVERWEEGT WAT VOLGT :

1. Met een verzoekschrift van 19 september 2007 heeft de n.v. GROUP GL INTERNATIONAL gevraagd om in het geding te mogen tussenkomen. Er is grond om het verzoek in te willigen.

2. Krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

3.1.1. Wat de tweede schorsingsvoorwaarde betreft voeren de verzoekende partijen het volgende aan :

“Het ernstig nadeel in hoofde van de verzoekende partijen situeert zich op financieel gebied.

De dreiging van een faillissement is zeer reëel.

De verzoekende partijen brengen het verslag van KPMG bij, waarbij wordt berekend wat de invloed is van de opening van een Aldi op de financiële situatie van de BVBA Superherk, exploitatievennootschap van Express Carrefour (voorheen GB Contact) en op de financiële situatie van de NV Unicash, exploitatievennootschap van GB Partner. (...)

Zeer recent, met name op 13 juni 2007, werd er een Aldi met geïntegreerde budgetslager te Halen, in een pand tussen de Zwarte Duivelsstraat en de gewestweg Hasselt-Diest geopend.

Met de opening van deze Aldi werd er eveneens rekening gehouden in het verslag.

- % Ten gevolge van de opening van de tweede Aldi zal het verlies van eerste verzoekende partij € 224.201,86 bedragen.
- % Ten gevolge van de opening van de tweede Aldi zal tweede verzoekende partij nog een beperkte winst van € 16.000,18 maken, zijnde € 1.333,35 per maand. Zonder de opening van een tweede Aldi zou de verzoekende partij nog een respectabele winst van € 193.994,05, zijnde € 16.166,17, behalen.

Om het geschetste nadeel op een efficiënte wijze te bestrijden, dient de ten uitvoerlegging van de bestreden beslissing te worden geschorst. Zo niet blijft de beslissing immers uitvoerbaar, en is de kans zeer groot dat de verzoekende partijen op een faillissement afstevenen, nog voor er een uitspraak komt omtrent het verzoek tot nietigverklaring”.

3.1.2. De tussenkomende partij antwoordt :

“29.

Het verslag van KPMG heeft geen enkele bewijswaarde nu dit verslag uitgaat van de louter veronderstelling dat de geraamde omzet van de geplande ALDI-BUDGETSLAGER van 9.000.000 € voor de helft of 4.500.000 € afkomstig zal zijn van een correlatieve omzetzaling van de handelszaken uitgebaat door verzoekers. Het verslag van KPMG berekent enkel de cijfermatige gevolgen van dit uitgangspunt, dat zoals gezegd dus een louter veronderstelling is.

De stelling dat de geplande ALDI-BUDGETSLAGER een omzetzaling van 4.500.000 € per jaar zal veroorzaken is dus terug te brengen tot een louter eenzijdige bewering van verzoekers zelf, die door geen enkel objectief element wordt gestaaf.

30.

Het is bovendien totaal onaannemelijk dat de geplande handelsvestiging een dergelijk omzetverlies kan veroorzaken, zoals verzoekers menen te kunnen veronderstellen.

Verzoekers tonen geenszins aan dat de komst van een ALDI-vestiging, met eigen huismerken aan een lage prijs, een dergelijk verregaande invloed zou hebben op de exploitatie van de handelszaken van verzoekers onder het enseigne Express Carrefour en GP Partner die enkel A-merken in hun assortiment hebben.

Gelet op het hierboven beschreven verschil in concept en assortiment, zal de klantengroep van de nieuwe ALDI vooral afkomstig zijn van andere Aldi's in de streek zoals Rummen, Lummen en Halen.

Indien de invloed van het ALDI enseigne dermate groot zou zijn, zoals verzoekers voorhouden, dan zou er sprake zijn van een absoluut marktleiderschap.

Het tegendeel is waar, vermits CARREFOUR nog altijd marktleider is met een marktaandeel van 26,6 %. Daarn volgen Colruyt (22,5 %), Delhaize (22 %) Aldi heeft slechts een marktaandeel van 11 %.

Volgens de jaarrekeningen van 2005 steeg de omzet van de GB zelfstandigen met 7,8 % ten opzichte van het jaar voordien (Bron: Trends 28 juni 2007).

31.

Zelfs indien enig omzetverlies zou zijn aangetoond, quod non, dan (...) maakt het omzetverlies op zich nog geen MTHEN uit.

Volgens een vaststaande rechtspraak van de Raad van State is een louter financieel nadeel geen MTHEN.

Er zou enkel sprake kunnen zijn van een MTHEN indien het omzetverlies veroorzaakt door de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit het voortbestaan zelf van verzoekers in gevaar zou kunnen brengen.

Daarbij dient nog de vraag gesteld te worden wat de relevantie (...) van een omzetverlies op zich kan relevant zijn voor de beoordeling van het MTHEN, indien verzoekers niet het minste gegeven bijbrengen omtrent de te verwachten correlatieve winstvermindering.

32.

Verzoekers verwijzen naar het verslag van KPMG, dat uitgaat enkel van de aanwezigheid van een Aldi en Budgetslager in Halen”.

3.2.1. Artikel 17, § 3, van de Raad van State-wet 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.

Artikel 8, eerste lid, 3/, van het koninklijk besluit van 5 december 1991, zoals gewijzigd bij het koninklijk besluit van 25 april 2007, bepaalt dat het enig verzoekschrift dient te bevatten “een uiteenzetting van de feiten die van aard zijn aan te tonen dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden akte de verzoekende partij een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen, waarbij alle stukken worden gevoegd die het risico op dergelijk nadeel aan te tonen”. Uit deze bepalingen volgt dat de 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.

3.2.2. In het auditorsverslag wordt het volgende gesteld :

“In dit verband dient vastgesteld dat verzoekende partijen verwijzen naar een verslag van KPMG om aan te tonen dat zij door de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing dreigen failliet te gaan, aangezien eerste verzoekende partij ingevolge van de opening van een Aldi te Herk-de-Stad, een verlies zal lijden van 224.201,86 euro terwijl tweede verzoekende partij nog slechts een beperkte winst zou maken van 16.000,18 euro of 1.333,35 euro per maand in vergelijking met anders 193.994,05 euro of 16.166,17 euro per maand.

Uit het verslag van KPMG blijkt dat dit laatste winstcijfer reeds rekening houdt met de vermoede impact van de opening van de Aldi te Halen. Anders zou de geraamde winst van het boekjaar per 31 januari 2007 (na belastingen) volgens dit verslag 371.897,91 euro bedragen. Tweede verzoekende partij, waarvan het maatschappelijk doel ook ruimer is dan de exploitatie van een supermarkt, vocht de socio-economische vergunning voor die Aldi-winkel niet aan en achtte zich er blijkbaar niet door benadeeld ondanks de daardoor veroorzaakte winstdaling (en de in de aanvraag voor Halen geraamde omzet voor Aldi van 5,1% in Herk-de-Stad (en 2,5 % voor Budgetslager).

Aangezien er aldus ook na de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing door tweede verzoekende partij, volgens eigen ramingen, nog een jaarlijkse winst zou worden geboekt, rijst de vraag of aldus de ingeroepen zeer reële dreiging van faillissement is aangetoond.

Uit dat KPMG verslag blijkt verder dat het verlies van 224,201,86 euro in hoofde van eerste verzoekende partij het gevolg zou zijn niet alleen van de opening van de Aldi met Budgetslager te Herk, de bestreden beslissing, maar ook van de opening van de Aldi te Halen, wat op zich al zou leiden tot een verlies van 80.611,95 euro vergeleken met een winst na belastingen per 31 januari 2007 van 4.599,64 euro. Ook eerste verzoekende partij vocht de socio-economische vergunning voor die Aldi-winkel niet aan en achtte zich er blijkbaar niet door benadeeld ondanks blijkbaar (het) daardoor alleen reeds veroorzaakte verlies (en de in de aanvraag voor Halen geraamde omzet voor Aldi van 5,1% in Herk-de-Stad (en 2,5 % voor Budgetslager).

In die zin rijst de vraag waarom eerste verzoekende partij niet van oordeel was benadeeld te zijn door die beslissing nu de tenuitvoerlegging van die beslissing reeds tot een verlies zou leiden.

Verder dient vastgesteld dat dit verslag uitgaat van door verzoekende partijen zelf gemaakte veronderstellingen, met name enerzijds een geraamde omzet van beide Aldi's van 9 miljoen euro waarvan de helft zal komen van klanten van verzoekende partijen, zodat hun omzet met 4.500.000 euro zal dalen, waarvan de helft, 2.250.000 euro na de opening van de Aldi te Haren en de andere helft na de opening van de Aldi te Herk-de-Stad, dit is de thans bestreden beslissing (en dus niet 4,5 miljoen euro omzetsdaling het gevolg is van de opening van deze laatste Aldi zoals tussenkommende partij meent) en anderzijds inzake de al dan niet evenredige daling van de kosten. Concreet wordt in dit verslag verder gesproken van een omzetsdaling voor eerste verzoekende partij van 560.200,11 euro na de opening van de Aldi te Haren en een extra omzetsdaling van afgerond 560.000 euro na de opening van de Aldi te Herk-de-Stad; voor tweede verzoekende partijen is sprake van een omzetsdaling van 1.689.799,89 (euro) na de opening van de Aldi winkel te Haren en een extra daling van afgerond 1.690.000 euro na de opening van de Aldi winkel te Herk-de-Stad.

Er wordt nergens toegelicht laat staan aangetoond waarom de opening van de Aldi te Herk-de-Stad tot een omzetsdaling van samen 2.250.000 euro zal lijden vergeleken met een omzet, na de opening te Haren, van afgerond samen 7.115.000 euro (of 9,4 miljoen euro voordien), hetzij meer dan 25 %, zeker rekening houdende met het feit dat het gaat om bestaande winkels die samen een ruim grotere oppervlakte hebben dan Aldi, die werken onder een eigen, bekend, enseigne en die volgens verzoekende partijen zelf naast A en B merken ook eigen C merken aanbieden die goedkoper zijn dan de Aldi merken. In het andere geval, indien zoals de aanvrager meent door verzoekende partijen enkel A merken worden aangeboden, rijst de vraag of de doelgroep hetzelfde is. Daarnaast blijkt uit de stukken bij het verzoekschrift dat de klantenzone van de Aldi winkel Halen ook al Herk-de Stad omvatte zodat de vraag rijst of de impact van de tweede Aldi te Herk-de-Stad nog even groot zal zijn als die van de eerste (die in de theorie van verzoekende partijen een deel van de klanten afneemt). Het verslag lijkt dit onderscheid niet te maken.

In die omstandigheden is het ingeroepen MTHEN niet voldoende concreet en specifiek aangetoond en met name niet dat de mogelijke impact op de omzet van verzoekende partijen meer is dan een financieel nadeel”.

3.2.3. Ter terechtzitting ontkrachten de verzoekende partijen geenszins de gegevens die in het auditoraatsverslag worden naar voren gebracht om te

besluiten tot het niet aangetoond zijn van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel in de zin van de Raad van State-wet.

Om de in dat verslag uiteengezette redenen, welke de Raad van State tot de zijne maakt, dient besloten te worden dat aan de desbetreffende schorsingsvoorwaarde niet is voldaan.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de n.v. GROUP GL INTERNATIONAL 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 uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de tussenkomst wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zesentwintig juni 2008, door :

de H.	R. STEVENS,	kamervoorzitter,
Mevr.	A. TRUYENS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

A. TRUYENS.

R. STEVENS.