

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 192.669 van 24 april 2009
in de zaak A. 191.281/X-14.059.**

In zake : de n.v. VANDE KERCKHOVE,
die woonplaats kiest bij
advocaat K. VERROKEN,
kantoor houdende te 9700 OUDENAARDE,
Hoogstraat 38

tegen :

het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
advocaat P. AERTS,
kantoor houdende te 9000 GENT,
Coupure 5.

tussenkommende partij :

de n.v. DAENINCK,
die woonplaats kiest bij
advocaten B. ROELANDTS en W. THYSSEN,
kantoor houdende te 9000 GENT,
Kasteellaan 141.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE Xe KAMER,

Gezien het enig verzoekschrift dat de n.v. VANDE KERCKHOVE op 2 februari 2009 heeft ingediend, en waarin zij de schorsing van de tenuitvoerlegging vordert van het besluit van 1 december 2008 van de viceminister-president van de Vlaamse regering en Vlaams minister van Financiën en Begroting en Ruimtelijke Ordening houdende inwilliging van het beroep ingesteld door de n.v. DAENINCK tegen het uitblijven van een beslissing van de deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen, en houdende afgifte van de vergunning voor het verbouwen van bestaande bedrijfsgebouwen tot autowerkplaats met showroom aan de Westerring 27 te Oudenaarde, kadastraal bekend sectie B, nrs. 617/c en 639/w(deel);

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur
A. VAN MINGEROET;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 17 maart 2009 waarbij de
terechtzitting bepaald wordt op 27 maart 2009;

Gehoord het verslag van staatsraad S. DE TAEYE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat S. VAN COPPENOLLE,
die loco advocaat K. VERROKEN verschijnt voor de verzoekende partij, van
advocaat I. BOCKSTAELE, die loco advocaat P. AERTS verschijnt voor de
verwerende partij, en van advocaat E. DE WITTE, die loco advocaat
B. ROELANDTS verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur
A. VAN MINGEROET;

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. Rechtspleging

Met een verzoekschrift van 20 februari 2009 heeft de
n.v. DAENINCK gevraagd om in het administratief kort geding te mogen
tussenkomen. Er is grond om het verzoek in te willigen.

2. De feiten

1.1. De verzoekende partij is sedert meer dan 45 jaar concessiehouder
en distributeur van BMW- en MINI-voertuigen te Ouwegem, gelegen tussen
Oudenaarde en Gent. Op 30 september 2008 beëindigt de n.v. BMW Belgium
Luxembourg evenwel deze overeenkomst.

Na 30 september 2008 blijft de verzoekende partij actief als “erkend hersteller” van BMW en MINI. In de hoedanigheid van tussenpersoon noteert zij bestellingen van nieuwe BMW’s en MINI’s, die zij vervolgens, als mandaathouder voor de eindklant, via de tussenkomst van een concessiehouder, aan deze levert.

1.2. De n.v. DAENINCK, een concessiehouder van BMW en MINI uit Sint-Martens-Latem, dient op 23 juli 2007 (datum van het ontvangstbewijs) bij het gemeentebestuur van de stad Oudenaarde een aanvraag in tot het bekomen van een stedenbouwkundige vergunning voor het verbouwen van bestaande bedrijfsgebouwen tot autowerkplaats met showroom aan de Westerring 27 te Oudenaarde, kadastraal bekend afdeling 2 sectie B, nrs. 617/c en 639/w(deel).

Het perceel van de verzoekende partij is gelegen op een zevental kilometer van het kwestieuze perceel. Dit laatste is overeenkomstig het gewestplan Oudenaarde, vastgesteld bij koninklijk besluit van 24 februari 1977, gelegen in een industriezone, gebied voor milieubelastende industrie. Het betrokken perceel is niet gelegen binnen een gebied waarvoor een door de Koning -thans de Vlaamse Regering- goedgekeurd bijzonder plan van aanleg of een ruimtelijk uitvoeringsplan bestaat, en evenmin binnen het gebied van een behoorlijk vergunde, niet vervallen verkaveling.

1.3. Wegens het uitblijven van een beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Oudenaarde richt de n.v. DAENINCK zich per aangetekend schrijven van 9 oktober 2007 tot de deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen. Op 14 november 2007 maakt de n.v. DAENINCK deze laatste nog een aanvullende nota over.

1.4. Bij aangetekend schrijven van 7 februari 2008 richt de n.v. DAENINCK zich tot de verwerende partij ingevolge het uitblijven van een beslissing van de deputatie. Over de aanvraag wordt een hoorzitting gehouden.

1.5. Op 1 december 2008 willigt de viceminister-president van de Vlaamse regering, Vlaams minister van Financiën en Begroting en Ruimtelijke Ordening het beroep van de n.v. DAENINCK in en wordt de vergunning verleend voor het verbouwen van bestaande bedrijfsgebouwen tot autowerkplaats met showroom aan de Westerring 27 te Oudenaarde, kadastraal bekend afdeling 2 sectie B, nrs. 617/c en 639/w(deel).

Dit is het bestreden besluit.

3. De ontvankelijkheid

De verwerende partij en de tussenkomende partij betwisten de ontvankelijkheid van de vordering. Er bestaat vooralsnog geen noodzaak om over de opgeworpen excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over deze excepties dringt zich immers slechts op indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor schorsing vervuld zijn. Dit is echter niet het geval in deze zaak, zoals hierna zal blijken.

4. De grondvoorwaarden tot schorsing

Krachtens artikel 17, § 2 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde 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.

5. Het moeilijk te herstellen ernstig nadeel

5.1. Het aangevoerde moeilijk te herstellen ernstig nadeel

De verzoekende partij voert als moeilijk te herstellen ernstig nadeel aan wat volgt:

“1. De onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden akte dreigt in hoofde van de verzoekende partij een moeilijk te herstellen ernstig nadeel te berokkenen.

2. De beoogde concessie, een BMW en MINI-concessie die zowel een erkend concessiehouder als een erkend hersteller is, zou op 7 kilometer van de vestiging van verzoekende partij worden gevestigd. Verzoekende partij verhandelt en herstelt eveneens BMW en MINI voertuigen, doch is enkel een erkend hersteller van BMW en MINI, zonder te beschikken over een concessie voor de distributie (...).

Twee BMW vestigingen op slechts 7 kilometer van elkaar kunnen economisch niet rendabel zijn. In dit verband wijst verzoekster erop dat de gemiddelde winstmarge van autohandelbedrijven uiterst laag is, zodat een efficiënte uitbating met voldoende volumemogelijkheden een absolute voorwaarde voor winstgevendheid is.

Bovendien is het ook duidelijk dat indien beide vestigingen naast elkaar zouden bestaan, verzoekende partij het zwaarst te lijden zal hebben, gelet op het feit dat :

- verzoekende partij enkel kan optreden in een hoedanigheid van erkend hersteller en mandaathouder;
- de NV DAENINCK, kan optreden in een hoedanigheid van erkend concessiehouder én erkend hersteller;
- dat de NV DAENINCK kan rekenen op de steun van de concessiegever, de NV BMW BELGIUM LUXEMBOURG in uiterst actieve lobbying (zie de stedenbouwkundige tussenkomsten bij de Stad Oudenaarde), financiële ondersteuning, reclame, administratieve ondersteuning, enz. ..., terwijl verzoekende partij te lijden heeft onder voortdurende discriminatie en pesterijen vanwege (...) de NV BMW BELGIUM LUXEMBOURG, die de handelsbedrijvigheid van verzoekster dagelijks en op alle mogelijke manieren tracht te obstrueren (...).

Het feit dat de NV BMW BELGIUM LUXEMBOURG en de NV DAENINCK, in samenspraak met elkaar, ook gepoogd hebben om de concessie van verzoekende partij (tegen belachelijke voorwaarden) over te nemen, bewijst overigens dat twee BMW & MINI garagebedrijven, zo dicht op elkaar, niet economisch rendabel kunnen zijn.

Verzoekende partij houdt voor dat, bij gebreke aan schorsing van de bestreden onrechtmatige beslissing, haar overlevingskansen quasi nihil zijn en zij onvermijdelijk op een faillissement zal afstevenen.

Aldus zou het bestaan zelf van de NV VANDE KER(CK)HOVE in het gedrang komen, zodat het ernstig en moeilijk te herstellen nadeel onbetwistbaar is.

Het risico op faillissement, dat de sluiting van een onderneming zou veroorzaken, maakt een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel uit.

Derhalve zijn er voldoende feiten aanwezig (...) om de schorsing te bevelen”.

5.2. Beoordeling

5.2.1. Overeenkomstig artikel 8, 3/ van het koninklijk besluit van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State dient het enig verzoekschrift een uiteenzetting van de feiten te bevatten 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 aantonen.

Die bepaling dient zo te worden opgevat dat de verzoekende partij zich niet mag beperken tot vaagheden en algemeenheden, maar integendeel zeer concrete gegevens moet aanvoeren die erop wijzen dat zij persoonlijk een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan. Het moet voor de Raad van State immers mogelijk zijn met voldoende precisie in te schatten of er al dan niet een moeilijk te herstellen ernstig nadeel voorhanden is, en het moet voor de verwerende partij mogelijk zijn zich tegen de door de verzoekende partij aangevoerde feiten en argumenten te verdedigen.

De verzoekende partij dient gegevens aan te voeren die enerzijds wijzen op de ernst van het nadeel dat zij ondergaat of kan ondergaan, hetgeen betekent dat zij aanduidingen zal moeten geven omtrent de aard en de omvang van het te verwachten nadeel, en anderzijds wijzen op de moeilijke herstelbaarheid van het nadeel. Met niet in het verzoekschrift opgenomen feiten en verklaringen hieromtrent kan geen rekening worden gehouden.

5.2.2. Het door de verzoekende partij aangevoerde nadeel is van financiële aard en in beginsel niet moeilijk te herstellen, tenzij zou worden aangetoond dat de leefbaarheid van het bedrijf ernstig in het gedrang wordt gebracht. De verzoekende partij poneert in dit verband weliswaar dat het naast elkaar bestaan van de beide vestigingen economisch niet rendabel is, dat haar overlevingskansen quasi nihil zijn en dat zij op een faillissement zal afstevenen, maar brengt geen enkel boekhoudkundig gegeven over haar financiële situatie bij, noch een met concrete stukken gestaafde berekening van de te verwachten weerslag van de nieuwe vestiging op haar financiële toestand. De bewering van de verzoekende partij dat “de gemiddelde winstmarge van autohandelbedrijven uiterst laag is, zodat een efficiënte uitbating met voldoende volumemogelijkheden een absolute voorwaarde voor winstgevendheid is” en haar betoog dat de omstandigheid dat “de NV BMW BELGIUM LUXEMBOURG en de NV DAENINCK, in samenspraak met elkaar, ook gepoogd hebben om de concessie van verzoekende partij (tegen belachelijke voorwaarden) over te nemen”, wat “(overigens) bewijst (...) dat twee BMW & MINI garagebedrijven, zo dicht op elkaar, niet economisch rendabel kunnen zijn”, kan daartoe niet volstaan.

5.2.3. In zoverre de verzoekende partij aanvoert het zwaarst te zullen lijden onder het naast elkaar bestaan van de beide vestigingen omdat zij, in tegenstelling tot de tussenkomende partij, niet langer kan optreden in de hoedanigheid van erkend concessiehouder van de n.v. BMW Belgium Luxembourg en niet meer kan rekenen op de steun van deze laatste, maar in tegendeel er de voortdurende discriminatie en pesterijen van dient te ondergaan, is het aangevoerde nadeel bovendien niet het rechtstreekse gevolg van het bestreden besluit, maar van de beëindiging van de concessieovereenkomst met de n.v. BMW Belgium Luxembourg en het beweerde gedrag van deze laatste.

5.3. De verzoekende partij doet niet blijken van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel, zodat niet is voldaan aan één van de door artikel 17, § 2 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State opgelegde voorwaarden om de schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit te bevelen.

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

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de n.v. DAENINCK in het administratief kort geding 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 vierentwintig april 2009, door :

de H.	S. DE TAEYE,	wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
Mevr.	G. SCHEVENEELS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

G. SCHEVENEELS.

S. DE TAEYE.