

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 208.472 van 27 oktober 2010
in de zaak A. 164.491/X-12.420.**

In zake : 1. de n.v. BUSINESS PANEL
 2. de n.v. JC DECAUX BELGIUM
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Dirk De Keuster
 kantoor houdend te 2970 SCHILDE
 Eekhoornlaan 19
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

1. de gemeente WOMMELGEM
2. het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse
 regering
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Paul Aerts
 kantoor houdend te 9000 GENT
 Coupure 5
 bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

de n.v. CLEAR CHANNEL BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Lindemans en Jochen Honnay
kantoor houdend te 1000 BRUSSEL
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 20 juli 2005, strekt tot de
nietigverklaring van het besluit van 13 juni 2005 van het college van
burgemeester en schepenen van de gemeente Wommelgem houdende afgifte aan
de n.v. CLEAR CHANNEL BELGIUM van de stedenbouwkundige vergunning
voor het plaatsen van twee informatieborden op een terrein gelegen te
Wommelgem, Autolei.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 191.713 van 23 maart 2009 worden de debatten heropend en wordt het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat gelast met het aanvullend onderzoek.

Auditeur Sofie De Doncker heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verzoekende partijen hebben een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De tweede verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 mei 2010.

Kamervoorzitter Roger Stevens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Lieven Brouwers, die loco advocaat Dirk De Keuster verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Inneke Bockstaele, die loco advocaat Paul Aerts verschijnt voor de tweede verwerende partij, en advocaat Filip De Preter, die loco advocaten Dirk Lindemans en Jochen Honnay verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Sofie De Doncker heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3. Voor de uiteenzetting van de feiten wordt verwezen naar de weergave in 's Raads arrest nr. 191.713 van 23 maart 2009.

IV. Gegrondheid

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partijen voeren in het enig middel het volgende aan:

“Enig middel

De stedenbouwkundige vergunning is onwettig omdat zij gebaseerd is op een onwettige wegenvergunning. Om die reden is de bestreden vergunning dan ook onvoldoende formeel en materieel gemotiveerd.

Toelichting bij het middel

12. In een afzonderlijk verzoekschrift hebben verzoekers de wegenvergunning van 25 mei 2005 voor de plaatsing van twee informatie- en reclamepanelen aangevochten voor Uw Raad. Hiertoe werden vier middelen geformuleerd.

Eerste middel

Schending van de artikelen 10, 11 en 159 van de Grondwet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur met in het bijzonder het gelijkheids-, transparantie-, zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel.

Het Vlaamse Gewest heeft deze vergunning toegekend zonder dat verzoeksters een faire kans hebben gekregen om ook deze vergunning te verkrijgen.

Toelichting bij het middel

Clear Channel Belgium NV heeft in haar verzoekschrift bij uw Raad (G/A 152.847/XII-4164) de stelling verdedigd dat de plaatsing van straatmeubilair onderworpen is aan de wetgeving overheidsopdrachten. Onder stuk nr. 19 werd een advies van confrater David D’Hooghe in die zin toegevoegd. Hij stelde onder meer het volgende:

‘1. Vooreerst bestaat er een grote kans dat een opdracht tot het plaatsen van stadsmeubilair als een overheidsopdracht moet worden gekwalificeerd (...). Dit geldt in casu des te meer aangezien als eerste compensatie tevens de plaatsing van een LED-wall wordt gevraagd. Aangezien de kostprijs van dergelijke LED-wall van het merk Barco hoger is dan 236 900 EUR, zou voor een dergelijke opdracht voor leveringen zelfs een Europese bekendmaking vereist zijn.

Uit de overheidsopdrachtenreglementering vloeit de verplichting voort tot (Europese) bekendmaking, de voorafgaandelijke vermelding van de gunningscriteria en de slechts uitzonderlijke mogelijkheid tot

onderhandelen. De gevoerde procedure blijkt evenwel niet in overeenstemming te zijn met de ter zake geldende regels.

2. Zelfs indien de overheidsopdrachtenreglementering niet van toepassing zou zijn, blijft de toekenning van het contract toch onderworpen aan het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van de transparantie.

Uit het gelijkheids- en transparantiebeginsel vloeit met name voort dat de toewijzing van contracten gepaard moet gaan met een passende vorm van bekendmaking en moet gebeuren op grond van objectieve en op voorhand gekende criteria (...).

Het spreekt voor zich dat de overheid de terzake vooropgestelde regels moet eerbiedigen (*patere legem quam ipse fecisti*).'

Verzoeksters zijn van mening dat de plaatsing van straatmeubilair niet onderworpen is aan de wetgeving overheidsopdrachten doch een domeinconcessie betreft. De toekenning van een domeinconcessie is echter wel onderworpen is aan het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Dit impliceert dat het Vlaamse Gewest de aanvraag van deze vergunning steeds had moeten bekend maken en een marktraadpleging had moeten organiseren.

Verzoeksters volgen derhalve de stelling van het Vlaamse Gewest niet die inhoudt dat enkel mededinging vereist zou zijn indien er zich meerdere kandidaten aanbieden. Om die reden is artikel 18, §6 van het besluit van 29 maart 2002 dan ook strijdig met artikel 10 en 11 G.W. en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en mag uw Raad dit besluit niet toepassen op grond van artikel 159 G.W. Er is derhalve steeds een marktraadpleging nodig waarbij aan iedere inschrijver een *faire* (sic) wordt geboden. Op die manier wordt immers het risico op willekeur uitgesloten. In casu heeft Clear Channel, achter de rug van verzoeksters, de vergunningen bekomen. De vergunningen moeten echter steeds, na marktraadpleging, (...) worden toegewezen aan de inschrijver met de meest voordelige offerte.

Verzoeksters zijn ongelijk behandeld omdat ze geen kans hebben gekregen deze wegevergunningen te bekomen. Dit geldt des te meer omwille van de commerciële ligging van het rondpunt te Wommelgem. Het Vlaamse Gewest was bovendien op de hoogte dat verzoeksters belangstelling hadden om op de gewestwegen informatie- en reclamepanelen te plaatsen. De lokale districtchef is tevens als domeinbeheerder zeer goed op de hoogte van de bijzondere ligging van het rondpunt te Wommelgem (...). Om die reden heeft het Vlaamse Gewest ook inbreuk gemaakt op het zorgvuldigheidsbeginsel.

Omwille van het gebrek aan transparantie-, en gelijkheid is de beslissing onvoldoende materieel en formeel gemotiveerd. Dit geldt des te meer omdat er wordt verwezen naar een ministerieel besluit van 31 juli 1966 welke geenszins als wettelijke basis kan worden ingeroepen.

Indien uw Raad de stelling zou aannemen dat de plaatsing van straatmeubilair onderworpen zou zijn aan de wetgeving op de overheidsopdrachten dan wijzigt het middel geenszins. De wetgeving overheidsopdrachten, zoals bepaald in de wet van 24 december 1993 en haar uitvoeringsbesluiten, voorziet immers ook in de nodige transparantie en gelijkheid door middel van de aankondiging van de opdracht, de redactie

van een bestek met selectie- en gunningscriteria en de toewijzing na concurrentie aan de inschrijver met de laagste prijs of meest voordelige offerte.

Het middel is gegrond.

Tweede middel

Schending van artikel 18, §6 van het besluit van 29 maart 2002 en het algemeen rechtsbeginsel 'patere legem quem ipse fecisti'.

De vergunning betreft een vergunning voor de ingebruikneming met commerciële inslag. Langs diverse kanalen was het Vlaamse Gewest voorafgaand geïnformeerd dat er andere kandidaten waren voor wegenvergunningen voor het plaatsen van informatie- en reclamepanelen. Het Vlaamse Gewest heeft geen offerteaanvraag georganiseerd. Artikel 18, §6 van het besluit van 29 maart 2002 is dan ook geschonden.

Toelichting bij het tweede middel

Verzoeksters verwijzen naar de randnummers 4 tot 7 waarin zij de briefwisseling en de contacten hebben beschreven met het Vlaamse Gewest. Ondanks deze brieven heeft het Vlaamse Gewest toch de wegenvergunningen voor het rondpunt van Wommelgem op 25 mei 2005 zonder offerteaanvraag toegekend aan Clear Channel Belgium NV. De briefwisseling gaat de toekenning in de tijd duidelijk vooraf.

In het antwoord op de parlementaire vraag wordt door de bevoegde minister niet correct geantwoord. Het blijkt immers duidelijk uit de briefwisseling dat het rondpunt van Wommelgem geen alleenstaand geval is maar dat Clear Channel Belgium NV tracht op diverse plaatsen in het Vlaamse Gewest wegenvergunningen te verkrijgen zonder mededinging. Er is derhalve wel degelijk sprake van onderhandelingen tussen het Vlaamse Gewest en Clear Channel Belgium NV.

Zelfs indien artikel 18, §6 van het besluit van 29 maart 2002 niet onwettig zou zijn (...), quod non, diende op grond van dit artikel ook een offerteaanvraag te worden georganiseerd. De toekenning van de vergunning is dan ook strijdig met de eigen regels van het Vlaamse Gewest, bepaald in artikel 18, §6 van het besluit van 29 maart 2002.

Het middel is gegrond.

Derde Middel

Schending van het zuinigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

De financiële opbrengst(s) voor het Vlaamse Gewest ligt veel te laag waardoor het Vlaamse Gewest financiële opbrengsten misloopt. Clear Channel Belgium NV realiseert een onrechtmatig financieel voordeel.

Toelichting bij het middel

Er wordt een retributie gevraagd door het Vlaamse Gewest van : 293,46 Euro éénmalig en 552,39 Euro (geïndexeerd) per jaar. Deze financiële vergoeding is een habbekrats gelet op de aard van de locatie. In haar beleid dient het Vlaamse Gewest, op grond van het zuinigheidsbeginsel, steeds een gezond financieel beleid na te streven. In geval van een marktraadpleging waarbij de hoogte van de retributie als één van de gunningscriteria wordt gehanteerd, zal de opbrengst veel hoger liggen. Het verlies dat het Vlaamse Gewest leidt, komt onrechtmatig ten voordele van één private partij, zijnde Clear Channel Belgium NV.

Het middel is gegrond.

Vierde middel :

Schending van de artikelen 33 en 159 van de Grondwet; 69 van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen.

De wegenvergunningen worden ongrondwettelijk verleend door ambtenaren van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap. De vergunningen kunnen enkel rechtstreeks door de minister worden verleend. Om die reden is het besluit van 29 maart 2002 ook on(grond)wettig. Elke decretale delegatie ontbreekt.

Toelichting bij het middel :

De vergunning werd verleend door de heer Ivo Huysmans, adjunct van de directeur, districtchef. Allereerst kon op de website van het staatsblad nergens een delegatiebesluit aan de heer Huysmans worden teruggevonden. De nodige delegatie ontbreekt reeds om die reden.

Zelfs indien een delegatiebesluit zou bestaan dan is een dergelijk besluit nietig. Het verlenen van een wegenvergunning behoort tot de bevoegdheden van de Vlaamse Gewest op grond van de artikel 6, §1, X bijzondere wet tot hervorming der instellingen. De decreetgever kan de uitvoering van deze bevoegdheden enkel verder delegeren aan de Vlaamse regering. De Vlaamse regering kan op haar beurt enkel delegeren aan haar leden op grond van artikel 69 van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen.

Op grond van artikel 33 van de Grondwet dienen de machten te worden uitgeoefend zoals bepaald in de Grondwet. In geen geval kunnen bevoegdheden worden overgedragen aan personen die geen politieke verantwoordelijkheid dragen. De delegatie bepaald in artikel 3 van het besluit van 29 maart 2002 waarbij wordt bepaald dat de vergunningen worden verleend door de domeinbeheerder, zijnde de bevoegde Vlaamse administratie, is dan ook te verregaand. Deze delegatie is dan ook nietig. Op grond van artikel 159 G.W. dient uw Raad te oordelen dat deze artikelen niet mogen worden toegepast.

Zelfs indien deze delegatie zou zijn toegelaten, mag deze niet worden verleend aan het niveau van districtchef, maar diende ze te worden behouden op het niveau van de directeur-generaal.

Verzoekers merken hierbij op dat stedenbouwkundige vergunningen, milieuvergunningen, ... steeds door politieke organen worden verleend en niet door de administratie.

Hierbij is het ook opvallend dat de briefwisseling omtrent de wegenvergunningen niet wordt gevoerd door de directeur-generaal die normalerwijze binnen de administratie bevoegd is de briefwisseling te ondertekenen, maar door een teamleider (...).

Het middel is gegrond.

Omwille van elk van deze middelen afzonderlijk dient de wegenvergunning dan ook te worden vernietigd. De onwettigheid van de wegenvergunning veroorzaakt ook de onwettigheid van de stedenbouwkundige vergunning omdat deze volledig wordt gemotiveerd vanuit de wegenvergunning”.

Beoordeling

5.1. In het verzoekschrift citeren de verzoekende partijen, wat betreft de uiteenzetting van het enig middel, integraal de middelen zoals aangevoerd in hun annulatieberoep tegen de voormelde wegvergunning.

Zij beperken zich verder tot de argumentatie dat “de stedenbouwkundige vergunning onwettig (is) omdat zij gebaseerd is op een onwettige wegenvergunning” en dat zij om die reden “dan ook onvoldoende formeel en materieel gemotiveerd” is.

5.2.1. Het dient te worden onderzocht of de vermeende onwettigheid van de verleende wegvergunning automatisch de onwettigheid van de bestreden stedenbouwkundige vergunning met zich meebrengt.

5.2.2. Door middel van een wegvergunning verleent de administratie aan een persoon de toelating om een gedeelte van het openbaar domein voor een bepaalde duur en op een wijze die het recht van anderen uitsluit, in gebruik te nemen.

De houder van een wegvergunning kan tegenover derden de vergunning invoeren die hij bij een eenzijdige administratieve rechtshandeling heeft verkregen. Tegenover het bestuur echter, kan de houder van de wegvergunning geen subjectief recht op het behoud van de vergunning doen gelden.

5.2.3. Stedenbouwkundige vergunningen worden verleend onder voorbehoud van de geldende burgerlijke rechten. Het komt aan de vergunningverlenende overheid, wanneer deze over een bouwaanvraag uitspraak doet, niet toe op te treden als rechter om vast te stellen of de subjectieve rechten van derde belanghebbenden al dan niet worden miskend, maar wel als bestuurlijke overheid om te beslissen, door het verlenen of het weigeren van de stedenbouwkundige vergunning, of een bepaalde bouwaanvraag al dan niet verenigbaar is met de openbare belangen waarvan de zorg hem door de

decreetgever is opgedragen, in casu de beoordeling van de verenigbaarheid met de goede plaatselijke ordening.

5.2.4. Gelet op het voorgaande, heeft de eventuele vernietiging of onwettigheid van de wegvergunning dan ook niet ipso facto tot gevolg dat de thans bestreden stedenbouwkundige vergunning ook onwettig is. Desgevallend zal de nieuwe verkrijger van de wegvergunning zijn recht op het gebruik van het openbaar domein kunnen invoeren tegen de begunstigde van de stedenbouwkundige vergunning.

De stelling van de verzoekende partijen dat “de stedenbouwkundige vergunning onwettig (is) omdat zij gebaseerd is op een onwettige wegenvergunning”, faalt naar recht.

5.3.1. Evenmin kunnen de verzoekende partijen worden gevolgd waar zij ervan uitgaan dat een vermeende koppeling tussen de wegvergunning en de stedenbouwkundige vergunning kan worden afgeleid uit het bestreden besluit zelf.

5.3.2. Het bestreden besluit is immers als volgt gemotiveerd :

“Overwegende dat het goed gelegen is in een parkgebied volgens het vastgestelde gewestplan;

Gelet op het gunstig advies van de afdeling natuur dd. 22/04/2005 en afdeling bos en groen dd. 25/04/2005;

Gelet op de vergunning voor het plaatsen van 2 informatieborden op de openbare weg van afdeling wegen en verkeer dd. 25/05/2005;

Overwegende dat de weg voldoende uitgerust is gelet op de plaatselijke toestand;

Overwegende dat de structuur van het gebied bepaald is door de reeds aanwezige infrastructuur;

Overwegende dat het dossier volledig is;

Overwegende dat de aanvraag verenigbaar is met de goede plaatselijke ordening;

Overwegende dat het advies van de gemachtigde ambtenaar niet is vereist,

- aangezien de aanvraag het plaatsen van publiciteitsinrichtingen of uithangborden betreft die niet groter zijn dan 20 m²;

Watertoets :

* de aangevraagde werken hebben geen invloed op de waterhuishouding van het gebied”.

5.3.3. In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen voorhouden, wordt het bestreden besluit niet “volledig (...) gemotiveerd vanuit de wegevergunning”. Het bestreden besluit verwijst ter zake enkel naar deze vergunning, doch bevat verder een eigen motivering.

5.4. Het dient dan ook, mede gelet op het feit dat de ingeroepen middelen tegen de wegvergunning niet tot de nietigverklaring van het thans bestreden besluit kunnen leiden, te worden vastgesteld dat het inleidend verzoekschrift geen zelfstandig uitgewerkt middel bevat dat gericht is tegen het bestreden besluit.

Waar de verzoekende partijen in de memorie van wederantwoord nog stellen dat de “toetsing aan de stedenbouwkundige normen” en “de formele en materiële motivering op het gebied van de ruimtelijke ordening en stedenbouw” in het bestreden besluit ontbreken, geven zij een fundamenteel andere grondslag aan het middel zoals aangevoerd in het inleidend verzoekschrift.

Middelen moeten, teneinde de rechten van verdediging van de andere partijen te vrijwaren, in het verzoekschrift worden ontwikkeld, tenzij de grondslag ervan pas nadien aan het licht is kunnen komen, in welk geval die middelen ten laatste in het eerst mogelijke in de procedureregeling voorziene processtuk moeten worden opgeworpen.

De in de memorie van wederantwoord ontwikkelde argumenten, hadden reeds kunnen worden opgeworpen in het inleidend verzoekschrift en zijn aldus laattijdig aangevoerd.

Gelet op het voorgaande, dient te worden besloten tot de onontvankelijkheid van het beroep.

5.5.1. In de laatste memorie vragen de verzoekende partijen nog de volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen :

“Valt de toekenning van een éézijdige wegevergunning voor het plaatsen van een reclamebord op de openbare weg aan een private rechtspersoon onder toepassing van de algemene gunningsbeginselen, zijnde gelijke behandeling, transparantie, evenredigheid en wederzijdse erkenning zoals afgeleid uit de artikelen 28, 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie(?)”.

5.5.2. Het beroep is onontvankelijk. Bijgevolg moet alleen al om deze reden de prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie niet worden gesteld aangezien het antwoord op die vraag niet nodig is voor het wijzen van het arrest.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro, ieder voor de helft.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zevenentwintig oktober 2010, door de Raad van State, Xe kamer, samengesteld uit:

Roger Stevens,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Jan Clement,	staatsraad,
bijgestaan door	
Astrid Truyens,	griffier

De griffier

De voorzitter

Astrid Truyens

Roger Stevens