

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 228.744 van 14 oktober 2014
in de zaak A. 212.880/XII-7752**

In zake: de NV SYNERGIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdende te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE WOMMELGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Michel Polet
kantoor houdende te 1000 Brussel
Colombialaan 10 bus 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 juni 2014, strekt tot de schorsing en de vernietiging van de beslissing van 22 april 2014 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Wommelgem tot eenzijdige beëindiging van de concessieovereenkomst van 31 januari 1996 wegens contractuele wanprestaties in hoofde van de nv Synergie.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 oktober 2014.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Fabienne Martens, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Michel Polet, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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

3.1. Op 31 januari 1996 sluiten de verzoekende partij en de verwerende partij een concessieovereenkomst voor openbare werken voor de bouw en de uitbating van een sport- en trefcentrum. De overeenkomst heeft een duurtijd van 30 jaar.

De artikelen 5, 3°, en 5, 5°, van de concessieovereenkomst luiden:

“3°. Het bestuur kan eveneens voortijdig aan de koncessie van bouwwerken een einde maken indien de koncessiehouder ernstig zou tekortkomen aan de verplichtingen die uit de concessieovereenkomst voortvloeien, zowel jegens het bestuur als jegens de gebruikers van de dienst die hij moet verzekeren. In dit geval heeft de koncessiehouder recht op betaling, binnen de termijn van een jaar, van een vergoeding overeenstemmend met een deel, uitgedrukt door een breuk, van de helft van

de kostprijs alleen van de door hem uitgevoerde werken. Teller en noemer worden vastgesteld zoals voorgeschreven bij 2°; om echter het aantal jaren vast te stellen die verlopen zijn tussen de aanvangsdatum van de concessie en de datum waarop het bestuur er een einde heeft aan gemaakt, wordt een gedeelte van het jaar als een geheel jaar beschouwd. De betaling van deze vergoeding gebeurt na afhouding van de door de concessiehouder aan het bestuur nog verschuldigde bedragen en van de door het bestuur verstrekte toelagen, in de vorm van een lening, voor de oprichting van de gebouwen voor zover deze de kapitaalflossing betreffen.

[...]

5°. In geval van toepassing van 2° en 3°, verwerft het bestuur, op datum waarop voortijdig een eind wordt gemaakt aan de concessie van bouwwerken, het eigendomsrecht, onbezwaard met enigerlei recht, van de bouwwerken die door de concessiehouder werden opgericht op de terreinen waarvan het bestuur de eigenaar is.”

Nog op 31 januari 1996 sluiten de partijen een overeenkomst waarbij door de verwerende partij voor een periode van 30 jaar aan de verzoekende partij een opstalrecht wordt toegekend voor de concessiegronden met het oog op de “oprichting van een sport- en trefcentrum bij wege van concessie van bouwwerken”.

Artikel 5 van de opstalovereenkomst bepaalt dat de beëindiging van de concessieovereenkomst de beëindiging van rechtswege van de opstalovereenkomst tot gevolg heeft.

3.2. Wat de uitbating van het gedeelte “polyvalente sporthal” van het sport- en trefcentrum betreft, staat de verwerende partij in voor de betaling van een jaarlijkse vergoeding ter afdekking van het exploitatieverlies door de verzoekende partij. Bedoelde vergoeding is laatst aangepast bij gemeenteraadsbesluit van 29 juni 2004 door aanpassing van artikel 4, 2°, van de concessieovereenkomst.

Van haar kant moet de verzoekende partij de integrale boekhouding die betrekking heeft op de polyvalente sporthal, jaarlijks aan de verwerende partij voorleggen.

3.3. Tussen de verzoekende en de verwerende partij ontstaat een discussie over de aanwending door de verzoekende partij van de betaalde vergoeding.

Sinds april 2013 zijn er tal van schriftelijke en mondelinge contacten tussen de partijen met het oog op verduidelijking van de exploitatierekeningen.

Bij aangetekende brieven van de verwerende partij van 22 oktober 2013 en 23 december 2013 wordt de verzoekende partij formeel in gebreke gesteld. Voorts wordt medegedeeld dat “bij gebrek [...] aan nuttige reactie uiterlijk per 15 jan 2014 [...] de gemeente effectief dient over te gaan tot het toepassen van de contractuele sancties”.

Op 15 januari 2014 kent de gemeente een uitstel van termijn toe tot 3 februari 2014.

Een laatste vergadering tussen de partijen vindt plaats op 27 februari 2014.

3.4. Op 22 april 2014 beslist de verwerende partij de concessie-overeenkomst van 31 januari 1996 “met onmiddellijke ingang te beëindigen”. Dit is de bestreden beslissing waarvan de aanhef en de motivering luidt:

“Gelet op artikel 6, §2 van het Koninklijk Besluit van 14 november 1979 betreffende algemene voorwaarden van gunning van overheidsopdrachten bij wege van concessie van bouwwerken, zoals nu vervat in artikel 114 van het Koninklijk Besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken;

Overwegende dat er geoordeeld wordt dat de NV Synergie om voormelde redenen ernstig tekortkomt aan haar verplichtingen jegens de gemeente zoals opgenomen in de Concessieovereenkomst;

Overwegende dat de NV Synergie hiervoor in gebreke gesteld werd en gevorderd werd te remediëren aan deze tekortkomingen;

Gelet op de ernst van de contractuele wanprestaties, inzonderheid de afwending van gemeentelijke gelden van het doel waarvoor zij zijn

uitgekeerd, en het uitblijven van enige remediëring (of ernstige poging daartoe) door de NV Synergie, ondanks herhaalde aanmaningen;

Overwegende dat op datum van beëindiging van de concessieovereenkomst de gemeente overeenkomstig artikel 5, 5° van deze Concessieovereenkomst, het eigendomsrecht, vrij en onbelast, op het sport- en trefcentrum verwerft;

Overwegende dat de beëindiging van de Concessieovereenkomst overeenkomstig artikel 5 van de Opstalovereenkomst tegelijkertijd de beëindiging van de Opstalovereenkomst tot gevolg heeft en bijgevolg de eigendomsovereenkomst van de opstallen en de terugkeer van de concessiegronden na(a)r de gemeente, zonder enige verdere vergoeding, conform de bepalingen van de Concessieovereenkomst, inzonderheid artikel 2,3° en artikel 5,5°;

Overwegende dat het bedrag van de achtergestelde lening ten belope van BEF 35.000.000,- (EUR 867.627,34) overeenkomstig artikel 7.4 van de Achtergestelde leningsovereenkomst, van rechtswege, onmiddellijk en zonder ingebrekestelling opeisbaar is bij voortijdige beëindiging wegens wanprestatie”.

Bij aangetekende brief van 23 april 2014 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van voormelde beslissing. De brief verwijst naar artikel 5, 3°, van de concessieovereenkomst.

3.5. Op 30 april 2014 dagvaardt de verzoekende partij de verwerende partij voor de Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen zetelend in kortgeding.

Bij beschikking van 5 juni 2014 verklaart de voorzitter in kortgeding de vordering van de verzoekende partij tot schorsing van de beëindigingsbeslissing en tot schorsing van een beweerd lastercampagne, ongegrond.

Op 30 mei 2014 dagvaardt de verzoekende partij de verwerende partij voor de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen.

Bij vonnis van 4 juli 2014 schorst de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen de beëindigingsbeslissing. Deze schorsing loopt tot de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen uitspraak heeft gedaan over de grond van de zaak.

Daarbij wordt een gerechtsdeskundige aangesteld die als onafhankelijke derde moet nagaan of de vaststellingen door de gemeente in het kader van de contractuele wanprestaties begaan door de verzoekende partij correct zijn.

3.6. Inmiddels had de verzoekende partij op 22 mei 2014 klacht ingediend bij de toezichthoudende overheid tegen de bestreden beslissing van 22 april 2014.

Bij aangetekende brief van 2 juni 2014 deelt de provinciegouverneur het volgende mee:

“Zoals u weet, moet mijn ambt zich bij de uitoefening van het bestuurlijk toezicht beperken tot een toetsing aan het recht en aan het algemeen belang. In dit verband heb ik vastgesteld dat de bepaling waarop het gemeentebestuur zich baseert om de betrokken overeenkomst te beëindigen – artikel 114 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken – inderdaad toelaat dat de aanbestedende overheid voortijdig een einde maakt aan een concessie wanneer de concessiehouder ernstig tekortkomt aan zijn verplichtingen. Het college van burgemeester en schepenen, dat, overeenkomstig artikel 57, §3, 8°, c van het Gemeentedecreet, de bevoegdheid heeft om de betrokken overeenkomst met uw cliënte te beëindigen, geeft in zijn besluit van 22 april ll. omstandig weer wat de beweegredenen voor de beëindiging van de overeenkomst zijn. Inhoudelijk kan en mag ik mij niet uitspreken over deze beweegredenen. Dat komt toe aan de burgerlijke rechter.

Wat uw vraag betreft om gehoord te worden en te bemiddelen, deel ik u mee dat het bestuurlijk toezicht daar niet in voorziet.

Gelet op wat voorafgaat, is er voor mijn ambt dan ook geen reden om op te treden.

Tot slot vestig ik er nog uw aandacht op dat u, zo aan de daarvoor geldende regels van ontvankelijkheid kan worden voldaan, nog een beroep tot nietigverklaring – al dan niet voorafgegaan door of vergezeld van een beroep tot schorsing – tegen het betrokken collegebesluit bij de Raad van State kan instellen. Ik verwijs in dit verband naar de betreffende regelgeving”.

IV. Rechtsmacht van de Raad van State

4. In het inleidend verzoekschrift betoogt de verzoekende partij, anticiperend op een exceptie wat de rechtsmacht van de Raad van State betreft, dat deze rechtsmacht betreffende eenzijdige beëindigingsbeslissingen die een overheid neemt met betrekking tot concessieovereenkomsten niet geheel duidelijk is:

“Enerzijds heeft Uw Raad reeds besloten dat de uitoefening door de overheid van haar contractueel gestipuleerd recht om eenzijdig een einde te stellen aan een domeinconcessie of om een goed aan dergelijke concessie te onttrekken buiten zijn beoordelingsbevoegdheid valt.

Anderzijds heeft Uw Raad zich wel bevoegd geacht wanneer de mogelijkheid tot eenzijdige beëindiging niet in het contract is gestipuleerd en de overheid zich dus zuiver op de gezagscomponent van de concessie steunt, en de verzoeker alleen de objectieve wettigheid van de beëindigingsbeslissing aanvecht.”

De verzoekende partij verduidelijkt voorts dat zij zich “om haar rechten te vrijwaren [...] verplicht [ziet] om onderhavig verzoekschrift bij Uw Raad in te dienen”. Daarbij verwijst zij naar de syntheseconclusies van de verwerende partij voor de burgerlijke rechter in kortgeding die melding maken van artikel 1794 van het Burgerlijk Wetboek en waaruit zou blijken dat deze “op twee fronten wenst te spelen” en de inhoud van de beslissing van de provinciegouverneur van 2 juni 2014.

5. De verwerende partij betwist in een exceptie de rechtsmacht van de Raad van State. Zij voert aan dat de zaak louter het subjectieve contentieux betreft. De beëindigingsmogelijkheid op grond van contractuele wanprestaties is uitdrukkelijk voorzien in artikel 5, 3°, van de concessieovereenkomst.

Beoordeling

6. Krachtens de artikelen 144 en 145 van de Grondwet behoren geschillen die betrekking hebben op de rechten en verplichtingen uit een contract tot de rechtsmacht van de rechterlijke orde.

7. De bestreden beslissing bevat de volgende overweging betreffende haar rechtsgrond: “Gelet op artikel 6, § 2, van het koninklijk besluit van 14 november 1979 betreffende algemene voorwaarden van gunning van overheidsopdrachten bij wege van concessie van bouwwerken, zoals nu vervat in artikel 114 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’”.

8. Krachtens de voormelde bepaling mag de aanbestedende overheid voortijdig een einde maken aan de concessie wanneer de concessiehouder ernstig zou tekortkomen aan de verplichtingen die uit de concessie voortvloeien, zowel jegens de aanbestedende overheid als jegens de gebruikers van de dienst die hij moet verzekeren.

Uit de motieven van het bestreden besluit lijkt te mogen worden afgeleid dat de verwerende partij de concessieovereenkomst heeft beëindigd wegens contractuele wanprestaties van de verzoekende partij.

9. De eenzijdige beslissing van de verwerende partij van 22 april 2014 om de concessieovereenkomst te beëindigen, lijkt aldus ten aanzien van de verzoekende partij niet een handeling die haar kracht ontleent aan het openbaar gezag dat het bestuur door of krachtens de wet is toegekend, maar integendeel aan het tussen haar en het bestuur gesloten contract.

10. In een enig middel wordt de Raad van State verzocht zich uit te spreken over de vraag of deze grondslag van beëindiging al dan niet gerechtvaardigd was.

De vordering lijkt aldus als werkelijk voorwerp een geschil aan te brengen betreffende de rechten en verplichtingen uit een contract en zijn uitvoering.

11. De argumentatie van de verzoekende partij inzake de verwijzing door de verwerende partij in haar conclusies voor de burgerlijke rechter naar artikel 1794 van het Burgerlijk Wetboek, waarin wordt bepaald dat “(d)e opdrachtgever [...] de aanneming tegen vaste prijs door zijn enkele wil [kan] verbreken, ook al is het werk reeds begonnen, mits hij de aannemer schadeloos stelt voor al zijn uitgaven, al zijn arbeid, en alles wat hij bij die aanneming had kunnen winnen”, mist pertinentie, nu de bestreden beslissing er geen rechtsgrond in lijkt te vinden.

12. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de exceptie een hoge graad van ernst vertoont. De Raad van State dient zich bijgevolg reeds in de huidige stand van de procedure zonder rechtsmacht te verklaren voor de gevraagde vordering tot schorsing, nu krachtens artikel 17, §1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State de schorsing enkel kan worden bevolen indien de betrokken beslissing ook vatbaar is voor nietigverklaring, hetgeen te dezen niet het geval lijkt.

13. De inhoud van de beslissing van de provinciegouverneur van 2 juni 2014 leidt niet tot een andere conclusie. De verwijzing aldaar *in fine* naar de beroepsmogelijkheid bij de Raad van State is immers voorwaardelijk geformuleerd, namelijk “zo aan de daarvoor geldende regels van ontvankelijkheid kan worden voldaan”.

V. Kosten

14. De vordering werd ingesteld met een enig verzoekschrift waarin ook de nietigverklaring van de bestreden beslissing werd gevraagd.

Er is bijgevolg geen grond om in deze stand van de procedure reeds uitspraak te doen over de kosten. De kosten worden aldus in beraad gehouden.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt de vordering.

2. De kosten worden in beraad gehouden.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 oktober 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest, kamervoorzitter,
bijgestaan door

Bram Van Thillo, griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest