

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 32.059/3

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 25 juli 2001 door de minister vice-president van de Vlaamse regering en Vlaams minister van Mobiliteit, Openbare Werken en Energie verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse regering "betreffende het toekennen van vergunningen, het vaststellen en innen van retributies voor het privatieve gebruik van het openbaar domein van de wegen, de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken", heeft op 19 september 2001 het volgende advies gegeven :

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

Luidens artikel 40 van het decreet van 18 december 1992 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1993 kan het privaat gebruik van het domein van de wegen en hun aanhorigheden, de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken worden toegestaan met een vergunning, waarvan het verkrijgen onderworpen is aan het betalen van een retributie.

Artikel 41 van dat decreet machtigt de Vlaamse regering om de voorwaarden en de procedure inzake het toekennen van de in artikel 40 bedoelde vergunning, evenals het bedrag en de wijze van inning van de retributie vast te stellen.

Artikel 43 van het decreet voorziet in de mogelijkheid om vrijstelling te verlenen van de in artikel 40 bedoelde retributies en draagt de Vlaamse regering op de nadere regels inzake die vrijstelling vast te stellen.

Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse regering strekt ertoe uitvoering te geven aan die decreetsbepalingen.

De ontworpen regeling is bedoeld om in de plaats te komen van die van het besluit van de Vlaamse regering van 16 maart 1994 betreffende het toekennen van vergunningen, het vaststellen en innen van retributies voor het privaat gebruik van het domein van de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken. Artikel 34, 3°, van het ontwerp voorziet in de opheffing van dat besluit. De bepalingen sub 1° en 2° van dat artikel 34 beogen de opheffing van respectievelijk het koninklijk besluit van 4 december 1933 tot regeling van het innen der rechten wegens gebruik van het openbaar domein voor elektrische leidingen en het koninklijk besluit van 15 maart 1966 tot heffing van retributies voor de bezetting van het openbaar of privaat domein van de Staat, de provinciën of de gemeenten door installaties voor gasvervoer door middel van leidingen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

1. Na het eerste lid van de aanhef moeten drie nieuwe leden worden ingevoegd waarin wordt verwezen naar de besluiten waarvan de opheffing wordt beoogd.
2. In het vierde lid van de aanhef, waarin wordt verwezen naar het advies van de Raad van State, kan het nummer (32.059/3) van het voorliggende advies worden vermeld.

Artikel 1

De bepaling sub 3° van dit artikel zou duidelijkheidshalve moeten worden geredigeerd als volgt :

- "3° de domeinbeheerder : de voor het beheer van het domeingoed bevoegde administratie van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap of publiekrechtelijke rechtspersoon die afhangt van het Vlaamse Gewest".

Artikel 2

1. Luidens het eerste lid van paragraaf 1 van dit artikel moet voor de in deel II omschreven ingebruiknemingen van het domeingoed vooraf een vergunning verkregen worden van de domeinbeheerder, "tenzij anders bepaald is in dit besluit".

Volgens de toelichting verstrekt door de gemachtigde ambtenaar doelen de woorden "tenzij anders bepaald is in dit besluit" op de in artikel 32, § 1, tweede lid, van het ontwerp vervatte regeling krachtens welke voor bepaalde vormen van privaat gebruik (bestendige constructies van algemeen belang) geen vergunning vereist is, doch een toelating van de domeinbeheerder volstaat. Die beperkte draagwijdte van de aangehaalde bepaling zou duidelijker tot uiting moeten komen in de tekst.

.../...

2. In de tweede volzin van paragraaf 1, tweede lid, zouden de woorden "In dat geval" duidelijkheidshalve moeten worden vervangen door "In dat laatste geval".

Artikel 4

In paragraaf 1, derde lid, tweede volzin, vervange men de woorden "Het bedrag is" door "Die bedragen zijn".

Artikel 5

1. Luidens de eerste volzin van paragraaf 1 van dit artikel wordt de vergunning verleend "voor onbepaalde duur". In de tweede volzin wordt evenwel bepaald dat vergunningen ook kunnen worden toegekend "voor een eenmalige, periodieke of in de tijd beperkte ingebruikneming".

Paragraaf 1 kan dan ook beter worden geredigeerd als volgt :

"§ 1. De vergunning is precair en wordt in beginsel verleend voor onbepaalde duur. Ze kan evenwel ook worden toegekend voor een eenmalige, een periodieke of een in de tijd beperkte ingebruikneming".

2. Luidens het eerste lid van paragraaf 2 kan de domeinbeheerder de vergunning op elk ogenblik geheel of gedeeltelijk intrekken, schorsen of wijzigen in het algemeen belang, "zonder dat de vergunninghouder aanspraak kan maken op schade-loosstelling".

Die bepaling houdt een eenzijdige beperking in van de aansprakelijkheid van de overheid ten aanzien van de schade die zou kunnen ontstaan doordat het voordeel dat de betrokkene uit de vergunning haalt, tijdelijk of definitief door haar toedoen vervalst.

De overheid die bevoegd is om eenzijdig een vergunning voor het privaat gebruik van het openbaar domein toe te staan, is eveneens bevoegd om de grenzen van die vergunning te bepalen en om het verlenen van de vergunning inzonderheid afhankelijk te maken van een vrijstelling van aansprakelijkheid van de overheid ⁽¹⁾.

Niettemin kan betwijfeld worden of een dergelijke vrijstelling van aansprakelijkheid absoluut is. Het komt de Raad van State voor dat, als de overheid omwille van het algemeen belang - bijv. om veiligheidsredenen - de gegeven vergunning intrekt, schorst of wijzigt, zij in bepaalde gevallen wel degelijk gehouden kan zijn tot het betalen van een passende herstelvergoeding. Dit lijkt met name het geval te zijn als haar optreden een "buitengewone" schade veroorzaakt, in de zin van artikel 11 van de wetten op de Raad van State ⁽²⁾.

De ontworpen bepaling moet in die zin worden begrepen.

Artikel 14

Luidens dit artikel zijn alle bepalingen en voorwaarden met betrekking tot de vergunning uitvoerbaar lastens de vergunninghouder "en zijn vertegenwoordigers".

Het gebruik van het woord "vertegenwoordiger" doet de vraag rijzen of het de bedoeling is dat de bepalingen en de voorwaarden van een aan een rechtspersoon verleende vergunning "uitvoerbaar" zijn lastens de vertegenwoordigers van die rechtspersoon. Uit de toelichting verstrekt door de gemachtigde ambtenaar blijkt dat dit niet het geval is. Het is daarentegen de bedoeling om de bepalingen en de voorwaarden van een vergunning, o.m. inzake de retributie, tegenwerpelijk te maken aan personen of ondernemingen (zoals onderaannemers of studiebureaus) die voor de houder of de aanvrager van de vergunning optreden.

Die bedoeling komt onvoldoende duidelijk tot uiting in de tekst.

⁽¹⁾ Cass., 6 december 1991, Arr. Cass., 1991-92, p. 315, nr. 188.

⁽²⁾ Zie R.v.St., 1 juli 1980, p.v.b.a. Deuragas, nr. 20.491.

Bovendien moet opgemerkt worden dat een retributie strekt tot het betalen van een vergoeding voor een dienst die aan de vergoedingsplichtige is verleend. De tegenwerpelijke van de bepalingen en de voorwaarden van een vergunning aan een derde kan dus niet tot gevolg hebben dat die derde ertoe gehouden kan worden om de retributie te betalen. De ontworpen bepaling dient met die beperking te worden gelezen, hetgeen betekent dat ze het door de stellers van het ontwerp beoogde doel niet helemaal kan bereiken.

Artikel 16

Luidens de eerste volzin van paragraaf 1 van dit artikel beëindigt de domeinbeheerder de vergunning "overeenkomstig de bepalingen van (de artikelen) 5, 17 en 21".

In de artikelen 5, 17 en 21 van het ontwerp worden de gevallen bepaald waarin een vergunning kan worden beëindigd, niet de wijze waarop dat dient te gebeuren. Ook in artikel 19, § 2, wordt overigens een geval geregeld waarin de vergunning kan worden ingetrokken. De eerste volzin van paragraaf 1 kan dan ook beter worden geredigeerd als volgt :

"In de gevallen omschreven in de artikelen 5, § 2, 17, 19, § 2, en 21, § 3, kan de domeinbeheerder de vergunning beëindigen.".

Artikel 18

In paragraaf 7, eerste lid, van dit artikel kunnen de woorden "de bevoegde directeur-generaal" beter worden vervangen door "de bevoegde leidend ambtenaar".

Artikel 20

1. In het opschrift van afdeling III en in de tekst van artikel 20 kan het woord "borgtocht" beter worden vervangen door de meer algemene term "waarborg". In

.../...

paragraaf 6 kan het woord "borgstelling" beter worden vervangen door de woorden "het stellen van een waarborg".

2. Luidens de derde volzin van paragraaf 7, eerste lid, wordt in bepaalde gevallen de tweede schijf van de borgtocht (lees : de waarborg) terugbetaald na de definitieve eindcontrole "na de waarborgperiode". Volgens de gemachtigde ambtenaar gaat het om de waarborgperiode bepaald in "het typebestek 250". De tekst zou in die zin moeten worden verduidelijkt.

Artikel 21

Luidens paragraaf 1 van dit artikel wordt elke vaststelling van overtreding van de vergunningsvoorwaarden "schriftelijk" meegedeeld aan de vergunninghouder. In die schriftelijke mededeling wordt volgens paragraaf 2 een termijn bepaald waarbinnen de vergunninghouder zijn verplichtingen moet nakomen of zijn verweer kenbaar kan maken. Het niet in acht nemen van die termijn kan volgens paragraaf 3 leiden tot een boete of zelfs tot de intrekking van de vergunning. Gelet op die bepalingen van de paragrafen 2 en 3 zou, met het oog op de rechtszekerheid, in paragraaf 1 moeten worden bepaald dat de bedoelde mededeling "bij aangetekend schrijven" moet gebeuren.

Artikel 22

Luidens dit artikel geeft privaat gebruik van het domeingoed zonder de vereiste vergunning aanleiding tot een verdubbeling van de totale retributie.

De artikelen 40 tot 43 van het decreet van 18 december 1992 bieden geen rechtsgrond voor het opleggen van een dergelijke sanctie. Artikel 22 moet derhalve uit het ontwerp worden weggelaten.

Artikel 23

In dit artikel is enkel sprake van bepaalde vrijstellingen van een deel van de retributie. In het opschrift van hoofdstuk VIII ("Retributievrijstellingen en -beperkingen") kunnen de woorden "en -beperkingen" dan ook beter weggelaten worden.

Artikel 24

Dit artikel voorziet in de mogelijkheid om, in de gevallen waarin een vergunning voor de exploitatie van leidingen en netwerken moet worden verleend door een overheid die niet tevens de domeinbeheerder is, ook de vergunning voor het privaat gebruik van het domeingoed te laten afgeven door die overheid.

Die regeling is niet verenigbaar met artikel 42 van het decreet van 18 december 1992, welke bepaling immers uitdrukkelijk voorschrijft dat de vergunning wordt afgegeven door "de diensten die afhangen van de Vlaamse regering en bevoegd zijn voor het beheer van de ... domeingoederen". Het artikel dient derhalve uit het ontwerp te worden weggelaten.

Artikel 27

Gelet op de opmerking in verband met artikel 24, dient artikel 27, § 1, tweede lid, te worden weggelaten.

Artikel 33

Luidens paragraaf 2, eerste lid, dienen bestaande privaat gebruiknemingen waarvoor geen vergunning kan worden voorgelegd, binnen één jaar na de inwerkingtreding van het ontworpen besluit het voorwerp te zijn van een aanvraag tot

regularisatie. Het tweede lid bepaalt dat, indien die aanvraag niet wordt ingediend, de domeinbeheerder optreedt "overeenkomstig de bepalingen van artikel 21 (en 22) ⁽³⁾".

Er dient met betrekking tot die bepaling te worden opgemerkt dat de regeling van artikel 21 niet zonder meer kan worden toegepast op de in artikel 33 bedoelde situatie. Er dient dan ook in een specifieke regeling te worden voorzien voor het in artikel 33 bedoelde geval.

Artikel 34

Wat de bepalingen sub 1° en 2° van dit artikel betreft die de opheffing beogen van de koninklijke besluiten van 4 december 1933 en 15 maart 1966, dient te worden opgemerkt dat het decreet van 18 december 1992 geen rechtsgrond biedt voor de opheffing van die koninklijke besluiten in zoverre ze betrekking hebben op andere domeingoederen dan die bedoeld in artikel 40 van dat decreet. Er zou derhalve moeten worden bepaald dat die koninklijke besluiten worden opgeheven "in zoverre ze betrekking hebben op het domein van de wegen en hun aanhorigheden ressorterend onder het beheer van het Vlaams Gewest, van de waterwegen en hun aanhorigheden, van de zeewering en van de dijken".

⁽³⁾ Zie, wat artikel 22 betreft, de opmerking welke hiervóór werd gemaakt betreffende het ontbreken van de vereiste rechtsgrond.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	W. DEROOVER,	eerste voorzitter,
	D. ALBRECHT, P. LEMMENS,	staatsraden,
	H. COUSY, A. SPRUYT,	assessoren van de afdeling wetgeving,
	G. DE MUNTER,	toegevoegd griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. B. SEUTIN, eerste auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. L. VAN CALENBERGH, adjunct-referendaris.

DE GRIFFIER,

DE EERSTE VOORZITTER,

G. DE MUNTER

W. DEROOVER