

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 233.355 van 23 december 2015
in de zaak A. 208.760/XIV-36.073**

In zake : de NV KINEPOLIS MEGA
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Els Empereur
 kantoor houdend te 2018 Antwerpen
 Brusselstraat 59/5
 bij wie woonplaats wordt gekozen
 eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Annelies Verlinden
 kantoor houdend te 1050 Brussel
 Louizalaan 106

tegen :

de VLAAMSE VERVOERMAATSCHAPPIJ DE LIJN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Lindemans
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 6 mei 2013, strekt tot de nietigverklaring van de volgende beslissingen:

- de beslissing van de Raad van Bestuur van de Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn van 18 juli 2012 “waarbij wordt beslist om de onroerende goederen, die op heden het voorwerp uitmaken van een gebruiksovereenkomst van 8 januari 2003 gesloten tussen de verzoekende en de verwerende partij, in erfpacht te geven”;
- de beslissing van onbekende datum van de verwerende partij “die samenhangt met de eerste bestreden beslissing, waarbij wordt beslist de gebruikersovereenkomst van 8 januari 2003 gesloten tussen de verzoekende en de verwerende partij, te beëindigen met ingang vanaf 1 januari 2014, zodat de erfpachtovereenkomst in werking kan treden en uitwerking kan hebben”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 225.385 van 7 november 2013 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 juni 2015.

Staatsraad Kaat Leus heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Annelies Verlinden en Matthias Stinissen, die *loco* advocaat Els Empereur verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Dirk Lindemans, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberge 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 8 januari 2003 sluiten de verzoekende en de verwerende partij een gebruikersovereenkomst waardoor voor een terrein van de verwerende partij een recht van gebruik wordt verleend aan de verzoekende partij, waarbij dit terrein wordt aangewend als parkeerterrein voor de bioscoopbezoekers van Kinopolis Antwerpen.

Artikel 3 van de voornoemde overeenkomst bepaalt dat het recht van gebruik wordt verleend, met ingang van 1 januari 2002 voor 12 maanden en eindigt na het verstrijken van deze éénjarige periode. “Indien er geen aangetekende opzegging geschiedt, wordt de overeenkomst stilzwijgend verlengd telkens met één jaar”. De partijen kunnen de overeenkomst aangetekend opzeggen uiterlijk zes maanden “voor het te voorziene einde van de overeenkomst”.

Artikel 11 van de betrokken overeenkomst verleent gedurende de looptijd van deze overeenkomst een recht van voorkoop aan de verzoekende partij. De verwerende partij verbindt er zich toe als zij voornoemd onroerend goed aan een derde wenst te verkopen, aan de verzoekende partij, bij aangetekend schrijven, de aangeboden prijs en voorwaarden ter kennis te brengen. Indien de verzoekende partij het goed tegen die prijs en die voorwaarden wil aankopen, moet zij de verwerende partij, op identieke wijze, hiervan binnen dertig dagen op de hoogte brengen.

3.2. Tijdens haar zitting van 18 juli 2012 (zie nog *infra*) beslist de raad van bestuur van de verwerende partij om aan de Heeren Group een 99-jarige erfpacht toe te kennen voor de gronden waarvoor een recht van gebruik geldt, met als voorwaarde dat de exploitatie van de verwerende partij op geen directe of indirecte wijze hinder ondervindt.

3.3. Op 8 januari 2003 werd een notariële verkoopakte verleden waarbij de verzoekende partij aan de verwerende partij een eigen strook grond verkoopt gelegen nabij de Noorderlaan, volgens kadaster Groenendaallaan 394, 1.006,5 m². De voormelde afspraken, gemaakt in de in punt 3.1. vermelde gebruiksovereenkomst van 8 januari 2003 hadden ook betrekking op deze strook. In de ‘Bijzondere Voorwaarden’ wordt bepaald dat aan de verzoekende partij te allen tijde vrije doorgang wordt verleend op het betrokken terrein opdat de bereikbaarheid van het bioscoopcomplex Metropolis niet in het gedrang zou komen (nodig om de veiligheid te garanderen) en dat de verzoekende partij een voorkeurrecht bedingt tot aankoop van het goed bij verkoop ervan door de verwerende partij. Voor wat betreft de modaliteiten van dit voorkeurrecht wordt verwezen naar artikel 47 en volgende van de Pachtwet.

3.3. Met een e-mail van 16 februari 2010 stelt het hoofd vastgoed van de verwerende partij, verwijzend naar een vraag tot aankoop gedaan door de verzoekende partij, dat hierover een gesprek kan worden gehouden. Zij meldt tevens dat vooraf aan elke aankoop- en verkoopprocedure door de verwerende partij een administratieve procedure moet worden doorlopen.

3.4. Uit een persbericht van 3 februari 2012 in De Standaard en een persbericht van 9 februari 2012 in het Nieuwsblad blijkt dat de verwerende partij, in het kader van een besparingsronde, haar parking nabij de bioscoop te koop stelt en dat “het gerucht gaat” dat de verzoekende partij de parking graag zou overnemen. Volgens het persbericht van 3 februari 2012 verklaart de woordvoerder van de verwerende partij dat een aantal sporen worden besproken om de parking af te stoten: “Verkopen kan, maar de grond kan ook in concessie worden gegeven”.

3.5. Volgens de verwerende partij dienden er zich verschillende kandidaten aan waaronder de nv Ikea Belgium, Interparking en de Heeren Group. Niet iedereen bracht, volgens de verwerende partij, een bod uit gelet op het voorkeurrecht van de verzoekende partij. De volgens de verwerende partij

“daadwerkelijk geïnteresseerden” werden uitgenodigd om hun bod en voorstel uit te brengen ten laatste tegen eind juni 2012.

Op 29 juni 2012 bracht de bvba Heeren Group een effectief bod uit.

3.6. In een aan de verwerende partij gericht schrijven van 3 juli 2012, verwijzend naar een vergadering van 22 juni 2012 tussen de verzoekende en de verwerende partij met betrekking op het onderhoud van de site en waarop de verwerende partij haar intentie tot verkoop op “korte termijn” meldt (de beslissing van de raad van bestuur van de verwerende partij tot erfpachtverlening aan de Heeren Group dateert van 18 juli 2012), stelt de verzoekende partij dat de verwerende partij tijdens die vergadering nog meldde dat de biedingen verwacht worden in de eerste helft van juli en dat een verkoop zou moeten afgesloten zijn voor het eind van dat jaar. De verzoekende partij drukt haar verwondering uit dat zij deze intentie tot verkoop op dergelijke toevallige wijze moet vernemen en dat zij op de hoogte wil worden gesteld van het verloop van deze verkoopprocedure en onder meer wenst te weten over welke terreinen het precies gaat en wat de situatie van de bestaande tramsporen en tramhalte zal zijn. Zij wijst er op dat Kinopolis sinds jaren over een gebruiksrecht op de terreinen en eveneens over een voorkooprecht beschikt.

3.7. De verwerende partij reageert met een brief van 9 juli 2012:

“Wij verwijzen naar uw aangetekend schrijven van 3 juli 2012 en zijn verbaasd over de inhoud ervan.

De meeting die op 22 juni 2012 werd vastgelegd was uitsluitend gericht op de valorisatie van het terrein dat de NV Kinopolis Mega ingevolge de heersende overeenkomst van 8 januari 2003 in gebruik heeft.

De onderhoudsproblematiek werd in het verleden steeds rechtstreeks door de heer [R.] met de verantwoordelijken van De Lijn Antwerpen besproken. Het onderhoud van de site valt uitsluitend onder de bevoegdheid van De Lijn Antwerpen. De heer [R.] werd hiervoor ook steeds doorverwezen naar De Lijn Antwerpen.

Wij verwijzen naar het onderhoud dat plaatsvond op 3 mei 2010 met de heer [R.] in de kantoren van het Lijnhuis te Mechelen waarbij betrokkene meldde dat de NV Kinopolis Mega geïnteresseerd was in de aankoop van de in gebruik gegeven site en meer in het bijzonder in de verbindingsweg. Er werd toen duidelijk toegelicht dat

een verkoop beslist wordt door de raad van bestuur en een schattingsverslag moest worden voorgelegd aan diezelfde raad. De waarde bepaald in het schattingsverslag is evenwel niet de vraagprijs. Vanwege de NV Kinopolis Mega ging een officiële bevestiging van vraag tot aankoop komen, alsook een bod. Tot op heden kon geen van beide genoteerd worden.

N.a.v. een krantenartikel dat op 3 februari 2010 verscheen in De Standaard met als titel 'De Lijn verkoopt parking Metropolis' en een gelijkaardig artikel dat op 9 februari 2012 verscheen in het Nieuwsblad werden onze diensten geconfronteerd met geïnteresseerden die een uitgewerkt bouwproject konden voorleggen, waaruit duidelijk bleek dat het om een realisatie zou gaan op het gezamenlijk eigendom van de NV Kinopolis Mega en De Lijn. Betrokkenen vermeldde dat zij reeds geruime tijd in onderhandeling waren met uw afgevaardigden. Tijdens het onderhoud op 22 juni 2012 bevestigde de heer [R.] dat hij het krantenartikel gelezen had.

In het kader van de opgelegde bezuinigingspolitiek is het inderdaad dringend dat de site die het voorwerp uitmaakt van de gebruiksovereenkomst van 8 januari 2003, gevaloriseerd wordt.

In die optiek hebben onze diensten zelf de heer [R.] gecontacteerd voor een meeting die zou doorgaan op 22 juni 2012. Tijdens het kwetsieuze onderhoud werden opnieuw alle modaliteiten toegelicht en gesteld dat de eerstvolgende zitting van de raad van bestuur plaatsvindt op 18 juli 2012, de voorstellen werden ingewacht ten laatste vrijdag 29 juni 2012.

Aan de hand van een ter plaatse door de heer [R.] gemaakte calculatie werd gesteld dat het goed voor de NV Kinopolis een waarde heeft van 1.100.000 euro.

Uit dit alles spreekt het dan ook voor zich dat de inhoud van uw aangetekende brief van 3 juli 2012 ons ten zeerste verwondert."

3.8. Bij brief van 16 juli 2012 benadrukt de verzoekende partij haar bezorgdheid om de toekomst van de betrokken terreinen en het strategisch belang ervan voor haar, reden waarom destijds het voorkeepsrecht werd bedongen. Zij stelt daarin dat "wat betreft de aangekondigde verkoop in 2010" van geen concreet project wat haar betreft sprake was omdat "alvorens de verzoekende partij verder kon gaan met het onderzoeken van het dossier haar door verwerende partij werd gemeld dat beslist was de gronden vooralsnog niet te verkopen". In dat schrijven stelt zij nog:

"Zoals reeds aangegeven aan Mevrouw [K.] en De heer [V.L.] op 22 juni, was het helaas onmogelijk voor Kinopolis - een beursgenoteerd bedrijf - om op dergelijke korte termijn en met beperkte informatie een voorstel op te maken, te laten goedkeuren door onze Raad van Bestuur en u te bezorgen. Na analyse van de prijs en voorwaarden die u hebt bekomen van een derde zullen wij desgevallend ons recht op voorkoop uitoefenen. Wij bevestigen u dat we dit met de grootste spoed en in ieder geval binnen de voorziene termijnen zullen doen."

3.9. Op de zitting van 18 juli 2012 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij om aan Heeren Group, een 99-jarige erfpacht toe te kennen voor de gronden waarvoor een gebruikersovereenkomst geldt tegen de eenmalige canon van 6.000.000, 00 euro en gedurende 99 jaar een jaarlijkse canon *a rato* van 1.767,68 euro gekoppeld aan de index. De erfpacht wordt toegekend onder een aantal voorwaarden en restricties waaronder deze dat de exploitatie van de verwerende partij op geen enkele wijze directe of indirecte hinder ondervinden, er voor alle zones die momenteel dienstig zijn voor de exploitatie van De Lijn een eeuwigdurende erfdienstbaarheid wordt gevestigd ten bate van De Lijn tegen kostenloze titel.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.10. In de overeenkomst tot het verlijden van een erfpachtakte tussen de verwerende partij en de heer H. van 26 oktober 2012 wordt bepaald dat de erfpacht wordt toegestaan en aanvaard voor een duur van negenennegentig jaar, te rekenen vanaf 1 januari 2014 om te eindigen op 1 januari 2113. Eveneens wordt de volgende clause onder artikel 6.5 opgenomen:

“Overeenkomst NV Kinopolis Mega

Op acht januari tweeduizend en drie onderschreef De Lijn een overeenkomst met de NV Kinopolis Mega met het doel een regeling te treffen betreffende het gebruik van het met huidige overeenkomst in erfpacht gegeven goed. Genoemde overeenkomst nam een ingang op één januari tweeduizend en twee en is jaarlijks opzegbaar. Kopie van genoemde overeenkomst wordt aangehecht aan onderhavige overeenkomst om er ontegensprekelijk deel van uit te maken.

De Lijn bevestigt tijdig te zullen overgaan tot rechtsgeldige opzegging zodat deze overeenkomst met de NV Kinopolis Mega een einde zal nemen per één januari tweeduizend en veertien opdat de erfpacht alsdan een aanvang kan nemen. Afschrift van de brief houdende de opzeg van de overeenkomst zal worden gevoegd bij de authentieke akte tot vestiging van de Erfpacht.

De gelden die door de NV Kinopolis Mega zullen verschuldigd zijn voor het gebruik van de parking tot 1 januari 2014 komen ten goede aan De Lijn.”

3.11. Bij brief van 7 maart 2013 van de verwerende partij wordt de verzoekende partij op de hoogte gesteld van de beslissing van 18 juli 2012 om de goederen die het voorwerp uitmaken van de overeenkomst van 8 januari 2003 gesloten tussen de verzoekende en de verwerende partij, in erfpacht te geven.

3.12. Bij brief van dezelfde datum wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht dat de gebruikersovereenkomst vanaf 1 januari 2014 zal beëindigd zijn.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

3.13. Bij beschikking van 17 juni 2013 verwerpt de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg van Antwerpen, zetelend in kort geding, de vordering van de verzoekende partij om de uitvoering van de erfpachtovereenkomst te schorsen en verdere uitvoering te geven aan de gebruikersovereenkomst van 8 januari 2013. De tegeneis van de verwerende partij om de verzoekende partij te verbieden om nog enig gebruik te maken van de parking, waarop de gebruiksovereenkomst betrekking heeft, minstens tot op het ogenblik dat de verzoekende partij over een uitvoerbare milieuvergunning beschikt, wordt ingewilligd.

3.14. Bij arrest van 4 december 2013 verklaart het hof van beroep van Antwerpen het hoger beroep toelaatbaar, maar ongegrond en wordt de beschikking van 17 juni 2013, met uitzondering van de kosten, bevestigd.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. Ter terechtzitting brengen de partijen het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen van 14 april 2015 bij. Nadat de rechtbank met toepassing van artikel 159 van de Grondwet de beslissing van de raad van bestuur van De Lijn van 18 juli 2012 “tot toekenning van een recht van erfpacht aan bvba Heeren Group voor een duur van 99 jaar op het perceel gelegen te Antwerpen, Noorderlaan 75 kadastraal gekend zevende afdeling, Sectie G deel van nummer 1569 b 2 voor een oppervlakte van 24.064 vierkante meter” (dit is de tweede thans bestreden beslissing) buiten toepassing heeft gelaten, veroordeelt zij De Lijn tot betaling aan nv Kinopolis Mega van een schadevergoeding van 1 euro provisioneel omdat in hoofde van de verwerende partij “een fout bewezen is, met

name de schending van de aangehaalde nationale (GW) en Europese (VWEU) regels”. De rechtbank oordeelt dat de verwerende partij aan de verzoekende partij “de kans heeft ontnomen om op gelijke voet mee te dingen naar de voorgenomen overeenkomst van erfpacht om zo de parking te kunnen behouden”.

Zij verwerpt daarentegen de vordering van de verzoekende partij tot nietigverklaring van de erfpachtovereenkomst van 27 december 2012 en van de authentieke akte van erfpacht van 6 februari 2014. De rechtbank oordeelt eensdeels dat niet bewezen is dat het naast zich neerleggen van gelijkheids- en transparantieverplichtingen (zijnde een ongeoorloofde oorzaak) en anderdeels dat een schending door De Lijn van het voorkeurecht van de verzoekende partij evenmin is bewezen aangezien dat toegekende recht beperkt bleef tot de verkoop door de verwerende partij van het terrein, zijnde een eigendomsoverdragende handeling terwijl het vestigen van een erfpacht hiermee niet gelijk is te stellen.

5. De partijen verklaren ter terechtzitting dat het vonnis nog niet werd betekend, de beroepstermijn nog geen aanvang heeft genomen en, derhalve, de hiervoor genoemde rechterlijke uitspraak niet definitief is.

VI. Rechtsmacht van de Raad van State

Het arrest nr. 225.385 van 7 november 2013 van de Raad van State

6. Met toepassing van de leer van de afsplitsbare rechtshandeling oordeelt de Raad van State in zijn tussenarrest nr. 225.385 van 7 november 2013 dat hij, wat de eerste bestreden beslissing betreft, over rechtsmacht beschikt omdat de beslissing van 18 juli 2012 van de raad van bestuur van De Lijn om de onroerende goederen in erfpacht te geven *prima facie* kan worden beschouwd als een eenzijdige, afsplitsbare rechtshandeling in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

In datzelfde arrest wordt over de beslissing om de gebruiks-overeenkomst van 8 januari 2003 te beëindigen vanaf 1 januari 2014, zijnde de tweede bestreden beslissing, geoordeeld dat deze op het eerste gezicht niet kan worden beschouwd als een aanvechtbare afsplitsbare rechtshandeling. De beslissing om de gebruiksovereenkomst te beëindigen betreft de uitvoering van artikel 3 van die overeenkomst, dat de aanvang en de duur ervan bepaalt en verleent aan beide partijen het recht om de overeenkomst eenzijdig te beëindigen. De Raad van State oordeelt dan ook in dat tussenarrest dat de vordering tot schorsing niet ontvankelijk is wat de tweede bestreden beslissing betreft.

Standpunt van de partijen

7. In haar verzoekschrift tot nietigverklaring zet de verzoekende partij uiteen dat zij met betrekking tot haar geschil met de verwerende partij tevens procedures in kort geding voor de burgerlijke rechtbanken voert doch dat deze een verschillend voorwerp en finaliteit hebben. Zij vraagt aan de Raad van State zich uit te spreken over de onwettigheid van een bestuurshandeling, zoals “de beslissing tot toewijzing van de erfpacht en de daarmee samenhangende beslissing tot stopzetting van een gebruiksovereenkomst, die een afsplitsbare administratieve rechtshandeling vormt (objectief contentieux)”. Bij vernietiging van deze beslissingen “verdwijnt de rechtsgrond van de overeenkomst tot toekenning van een erfpacht, en van het hiermee verbonden beëindigingsschrijven tot beëindiging van de gebruikersovereenkomst”. Aan de burgerlijke rechter wordt daarentegen gevraagd om, in afwachting van de arresten van de Raad van State, de gevolgen van de uitwerking van de bestreden beslissingen, zijnde het daadwerkelijk tot stand komen van een erfpachtovereenkomst of, indien reeds tot stand gekomen, de uitvoering van de reeds afgesloten erfpachtovereenkomst, alsook het verlies van het gebruik van de parking en de wegenis, te schorsen. Zij doet dit, enerzijds, omdat de burgerlijke rechtbanken exclusief bevoegd zijn om zich te buigen over de schorsing en de vernietiging van de erfpachtovereenkomst zelf alsook over de vordering tot verderzetting van de gebruiksovereenkomst en, anderzijds, de Raad van State overeenkomstig de artikelen 144 en 145 van de Grondwet ter zake zonder

rechtsmacht is, maar hij wel bevoegd is om zich uit te spreken over de afsplitsbare administratieve beslissingen die eraan ten grondslag liggen.

In haar laatste memorie stelt de verzoekende partij dat zij kan instemmen met het arrest nr. 225.385 van 7 november 2013 in de mate de beslissing van de verwerende partij tot het in erfpacht geven van het terrein dient te worden beschouwd als een eenzijdige afsplitsbare rechtshandeling waarvoor de Raad van State over de vereiste rechtsmacht beschikt. Zij benadrukt dat zij de Raad van State geenszins vraagt zich uit te spreken over haar contractuele aanspraken. Met haar eerste middel toont zij aan dat de verwerende partij geen transparante procedure heeft georganiseerd met betrekking tot de toekenning van een erfpachtrecht op de gronden die voorwerp uitmaakten van de gebruiks-overeenkomst van 8 januari 2003. Dat daarbij sporadisch wordt verwezen naar die gebruiksovereenkomst en naar het voorkooprecht doet hieraan geen afbreuk (en is logisch gelet op de verwevenheid tussen de bestreden beslissingen). Evenmin heeft het tweede middel betrekking op de schending van contractuele verplichtingen. Met haar tweede middel wil zij enkel aantonen dat de verwerende partij, als administratieve overheid, onzorgvuldig heeft gehandeld en een aantal algemene rechtsbeginselen heeft geschonden. Dat het onzorgvuldig handelen onder meer onrechtstreeks gerelateerd is aan een contractuele component kan niet leiden tot de onbevoegdheid van de Raad van State.

Wat de tweede bestreden beslissing betreft volhardt zij evenwel dat de Raad van State ook over de vereiste rechtsmacht beschikt. Zij stelt dat de beslissing tot beëindiging van de gebruiksovereenkomst van 8 januari 2003 eveneens op afdoende wijze kan worden afgesplitst van de gebruiksovereenkomst zelf. Immers, zonder de beslissing tot beëindiging van de gebruiksovereenkomst had de beslissing om de betreffende gronden in erfpacht te geven aan de Heeren Group niet kunnen bestaan. De beslissing tot beëindiging van de gebruiksovereenkomst kadert aldus niet in de uitvoering (of beëindiging) van een overeenkomst, maar beoogt slechts het verlenen van een erfpachtrecht aan Heeren Group mogelijk te maken. De beslissing tot beëindiging van de

gebruiksovereenkomst is immers uitsluitend ingegeven door de onrechtmatige beslissing tot het verlenen van een erfpachtrecht. De verzoekende partij verzoekt de Raad van State niet om zich uit te spreken over de verdere uitvoering van de gebruiksovereenkomst, maar verzoekt de Raad van State enkel zich uit te spreken over de geldigheid van de beslissing tot beëindiging van de gebruiksovereenkomst van 8 januari 2003.

8. In haar memorie van antwoord betwist de verwerende partij de rechtsmacht van de Raad van State wegens de al te nauwe verwevenheid van de aangevochten handelingen met de contractuele aanspraken die uit de overeenkomsten voortvloeien. Zij voert aan dat de verzoekende partij een geheel kunstmatig onderscheid maakt tussen enerzijds het contractuele geschil over de verdere uitvoering van de (jaarlijks te hernieuwen) gebruiksovereenkomst van 8 januari 2003 en anderzijds de beslissing door de raad van bestuur van de verwerende partij tot het ter beschikking stellen van de terreinen via een erfpachtovereenkomst. Daarnaast stelt zij nog dat de aanspraken die de verzoekende partij laat gelden, in wezen teruggaan op haar (contractuele) positie als partij bij de gebruiksovereenkomst en het daarin gestipuleerde voorkeepsrecht. De opsplitsing die zij maakt is kunstmatig en in elk geval niet werkbaar om het huidige geschil tussen de verzoekende partij en de verwerende partij aan een rechter toe te wijzen. De verwerende partij stelt dat de Raad van State in dit verband al geoordeeld heeft dat bij al te nauwe verwevenheid met contractuele aanspraken, hij geen rechtsmacht heeft. De verwevenheid tussen beide administratieve beslissingen is veel te nauw om aan hun aanvechtbaarheid bij de Raad een verschillende beoordeling te geven. Zij voegt er nog aan toe dat ook het hof van beroep te Antwerpen in zijn arrest van 4 december 2013 die onlosmakelijke band tussen beide beslissingen heeft vastgesteld waar het stelt dat “Evenmin blijkt dat door de beslissing tot toekenning van de erfpacht van de betreffende gronden en hiermee onlosmakelijk verbonden de beslissing om tot beëindiging van de gebruiksovereenkomst over te gaan, De Lijn het contractuele voorkeepsrecht van Kinopolis heeft omzeild”. De verwerende partij besluit dat dit zeker geldt waar het tweede middel in essentie steunt op de schending van

contractuele rechten, en het eerste middel op zijn minst geïnspireerd is door aanspraken van contractuele aard. Zij verzoekt de Raad van State, tot slot, om indien de Raad, wat zijn rechtsmacht betreft, zou oordelen zoals hij dat deed in zijn arrest nr. 225.385 van 7 november 2013, in ieder geval het tweede middel te verwerpen omdat daarin de schending van contractuele rechten wordt ingeroepen. Dat gebeurt weliswaar in samenloop met schending van een reeks beginselen, maar samenloop ontdoet het middel nog niet van zijn kwalificatie dat daarmee aan de Raad wordt gevraagd om zich uit te spreken over burgerlijke rechten.

In haar laatste memorie met verzoek tot voortzetting van de rechtspleging herneemt de verwerende partij in wezen haar eerdere argumenten. Zij blijft erbij dat de Raad van State, om de hiervoor aangegeven redenen, rechtsmacht mist om kennis te nemen van het verzoek tot nietigverklaring van de eerste beslissing.

Beoordeling

Algemeen

9. Indien de akte waarvan de nietigverklaring wordt gevorderd, betrekking heeft op de vaststelling van burgerlijke rechten, heeft artikel 144 van de Grondwet de beslechting van die geschillen uitsluitend aan de hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde toevertrouwd. Als de bestreden beslissing kadert in de contractuele rechtsverhouding die ten gevolge van een overeenkomst tussen de verzoekende partij en de verwerende partij is ontstaan, is de Raad van State zonder rechtsmacht om kennis te nemen van een beroep tot nietigverklaring. De Raad van State mist de bevoegdheid hetzij om contractuele bepalingen te interpreteren, hetzij om de geldigheid of schending ervan te beoordelen.

Voornoemde onbevoegdheid dient te worden genuanceerd op basis van de theorie van de afsplitsbare rechtshandeling. Die theorie heeft betrekking op de eenzijdige rechtshandelingen die aan een overeenkomst

voorafgaan of daarop volgen en die van de overeenkomst kunnen worden afgesplitst. Het feit dat er in het dossier een contractuele component voorhanden is, leidt er niet toe dat de bevoegdheid *ratione materiae* van de Raad van State ten aanzien van die rechtshandelingen uitgesloten is.

De theorie van de afsplitsbare rechtshandeling heeft voornamelijk betrekking op de rechtshandelingen in verband met de totstandkoming van een overeenkomst. Eenmaal de overeenkomst is gesloten, zullen geschillen omtrent de uitvoering, interpretatie, beëindiging en ontbinding van die overeenkomst door de justitiële rechter moeten worden beslecht.

Toepassing ten aanzien van de eerste bestreden beslissing

10. De beslissing van de raad van bestuur van De Lijn van 18 juli 2012 “om een 99-jarige erfpacht toe te kennen aan Heeren Group [...] voor de goederen gelegen te Antwerpen - 7 AFD – Sectie G - deel van het perceel met nummer 1569 b2 voor een oppervlakte van circa 24.064 vierkante meter, gelegen Noorderlaan 75 en dit tegen de eenmalige canon, van 6 000 000, 00 euro; en gedurende 99 jaar een jaarlijkse canon a rato van 1 767, 68 euro gekoppeld aan de index”, zijnde de eerste bestreden beslissing, kan als een eenzijdige, afsplitsbare rechtshandeling in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State worden aangezien. Het is weliswaar correct dat deze goederen het voorwerp uitmaken van de gebruiksovereenkomst van 8 januari 2003 tussen de verzoekende en de verwerende partij doch dit doet er niet aan af dat de verzoekende partij de nietigverklaring van de eerste bestreden beslissing (die van de erfpachtovereenkomst kan worden afgesplitst) vordert omdat die beslissing volgens haar onwettig is wegens machtoverschrijding, namelijk, wat het eerste middel betreft, wegens de schending van de algemene beginselen van gelijke behandeling, non discriminatie en transparantie, van de artikelen 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna VWEU) en van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van het beroep strekt tot nietigverklaring van de toewijzingsbeslissing waarbij goederen ter beschikking worden gesteld, te dezen bij wijze van erfpacht, via het sluiten van een erfpachtovereenkomst waarbij de verwerende partij over een discretionaire bevoegdheid beschikt en strekt dus niet tot de nietigverklaring van een administratieve rechtshandeling waarbij een administratieve overheid weigert om een verplichting uit te voeren die overeenstemt met een subjectief recht van de verzoekende partij zoals de uitoefening van een contractueel bedongen recht van voorkoop. De Raad van State doet daarbij ook geen enkele uitspraak over het (voort)bestaan noch over de rechtsgeldigheid van de daaropvolgende erfpachtovereenkomst of de verleden authentieke akte waaromtrent de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen overigens heeft geoordeeld, zij het dat die jurisdictionele beslissing nog niet definitief is.

11. De Raad van State beschikt dan ook over de vereiste rechtsmacht om het beroep tot nietigverklaring van de eerste bestreden beslissing te beoordelen alvast wat het aangevoerde eerste middel betreft.

Wat het tweede middel betreft moet op het verweer van de verwerende partij niet worden ingegaan aangezien, zoals hierna zal blijken, de beoordeling van het eerste middel leidt tot de oplossing van het aan de Raad van State binnen zijn rechtsmacht voorgelegde geschil.

Toepassing ten aanzien van de tweede bestreden beslissing

12. De beslissing van de verwerende partij om de gebruiks-overeenkomst van 8 januari 2003 te beëindigen vanaf 1 januari 2014 kan niet als een aanvechtbare afsplitsbare rechtshandeling worden aangezien. De beslissing om de gebruiksovereenkomst te beëindigen kan immers niet los worden gezien van (de uitvoering van) artikel 3 van die overeenkomst dat de aanvang en de duur ervan bepaalt. Dat artikel verleent aan beide partijen het recht om de overeenkomst

eenzijdig te beëindigen en bepaalt dit beëindigingsrecht op omstandige en nauwkeurige wijze. Het relevante artikel 3 van de overeenkomst luidt:

“[...]

Het recht van gebruik wordt verleend, met ingang van 1 januari 2002 voor een duur van 12 maanden en eindigt na het verstrijken van deze éénjarige periode, mits Kinopolis Mega een aangetekende opzeggingsbrief, uiterlijk 6 maanden vóór het einde van deze periode, aan De Lijn laat geworden.

Indien er geen aangetekende opzegging geschiedt, zal de overeenkomst stilzwijgend verlengd worden telkens met één jaar.

Beide partijen kunnen te allen tijde gedurende deze éénjarige periodes een einde stellen aan de overeenkomst mits het versturen van een aangetekend schrijven aan de tegenpartij, uiterlijk 6 maanden vóór het te voorziene einde van de overeenkomst. In voorkomend geval zullen beide partijen, geen enkele schadevergoeding uit welke hoofde ook verschuldigd zijn aan de tegenpartij.

[...]

Beide partijen komen uitdrukkelijk overeen dat onderhavige overeenkomst noch een huurovereenkomst, noch een handelshuurovereenkomst, noch een toelating tot bezetten is, en geen enkele erfdienstbaarheid doet ontstaan, doch enkel een recht van gebruik op het genoemde goed en dit ten preciaire titel.

[...].”

Daarenboven volgt de beslissing om de gebruiksovereenkomst van 8 januari 2003 op te zeggen, uit de overeenkomst tot het verlijden van een erfpachtakte tussen de verwerende partij en de heer M.H. en heeft deze bijgevolg een contractuele grondslag. Artikel 6.5. van deze overeenkomst luidt :

“Overeenkomst NV Kinopolis Mega

Op acht januari tweeduizend en drie onderschreef De Lijn een overeenkomst met de NV Kinopolis Mega met het doel een regeling te treffen betreffende het gebruik van het met huidige overeenkomst in erfpacht gegeven goed. Genoemde overeenkomst nam een ingang op één januari tweeduizend en twee en is jaarlijks opzegbaar. Kopie van genoemde overeenkomst wordt aangehecht aan onderhavige overeenkomst om er ontegensprekelijk deel van uit te maken.

De Lijn bevestigt tijdig te zullen overgaan tot rechtsgeldige opzegging zodat deze overeenkomst met de NV Kinopolis Mega een einde zal nemen per één januari tweeduizend en veertien opdat de erfpacht alsdan een aanvang kan nemen. Afschrift van de brief houdende de opzeg van de overeenkomst zal worden gevoegd bij de authentieke akte tot vestiging van de Erfpacht.

De gelden die door de NV Kinopolis Mega zullen verschuldigd zijn voor het gebruik van de parking tot 1 januari 2014 komen ten goede aan De Lijn.”

De omstandigheid dat de opzegging van de gebruiksovereenkomst niet zou zijn gegeven, mocht er geen beslissing over het verlenen van een erfpacht zijn genomen, kan er niet toe leiden dat de Raad van State zich alsnog

uitspreekt over de wettigheid of de onwettigheid van de opzegging zoals die in de gebruikersovereenkomst zelf is bepaald.

13. De exceptie betreffende het gebrek aan rechtsmacht wat de tweede bestreden beslissing betreft, is gegrond.

Het beroep tot nietigverklaring wordt hierna nog enkel onderzocht met betrekking tot de eerste bestreden beslissing, hierna “de bestreden beslissing” genoemd.

VII. Ontvankelijkheid van het beroep

Wat het rechtstreeks en actueel belang van de verzoekende partij betreft.

14. Ter terechtzitting werpt de verwerende partij de vraag op of de verzoekende partij, gelet op het tussengekomen vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen van 14 april 2015 dat door partijen pas ter terechtzitting wordt bijgebracht, nog wel beschikt over het rechtens vereiste belang. Zij stelt dat het de verzoekende partij toekomt aan te geven hoe een eventuele vernietiging door de Raad van State van de bestreden beslissing kan bijdragen tot het door haar beoogde volledig rechtsherstel. De verwerende partij wijst erop dat de rechtbank de bestreden beslissing weliswaar, omwille van “een schending van de gelijkheids- en transparantieplicht” buiten toepassing heeft gelaten en, vervolgens, De Lijn heeft veroordeeld op grond van artikel 1382 van het burgerlijk wetboek tot betaling aan nv Kinopolis Mega van een schadevergoeding van 1 euro provisioneel, doch dat de rechtbank de vordering van de verzoekende partij tot nietigverklaring van de erfpachtovereenkomst van 27 december 2012 en van de authentieke akte van erfpacht van 6 februari 2014 heeft afgewezen, waardoor die overeenkomst volgens haar “onaantastbaar” is geworden. De verwerende partij oordeelt dat de gebeurlijke vernietiging door de Raad van State van de bestreden beslissing verzoekster geen voordeel oplevert.

Tot slot, stelt de verwerende partij nog ter terechtzitting met verwijzing naar rechtspraak van de Raad van State dat het belang in hoofde van de verzoekende partij onvoldoende blijkt aangezien zij wel beweert dat zij een hoger bod wil doen doch zich niet heeft gemanifesteerd met het daadwerkelijk doen van een hoger bod, zodat het meer dan twijfelachtig is dat zij het betrokken perceel daadwerkelijk wil verwerven of er verder over wil beschikken.

Beoordeling

15. Luidens artikel 19, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan een annulatieberoep zoals bedoeld in artikel 14, § 1, van deze wetten, voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State worden gebracht door elke partij die doet blijken van een benadeling of een belang.

Een verzoeker beschikt over dit rechtens vereiste belang indien twee voorwaarden vervuld zijn: hij dient door de bestreden administratieve rechtshandeling een persoonlijk, rechtstreeks, zeker, actueel en wettig nadeel te lijden en de eventueel tussen te komen nietigverklaring van die rechtshandeling moet hem een direct en persoonlijk voordeel verschaffen, hoe miniem ook.

Het staat aan de Raad van State te oordelen of een verzoeker die een zaak voor de Raad brengt, doet blijken van een belang bij zijn beroep. De Raad van State dient er evenwel over te waken dat het belangvereiste niet op een buitensporig restrictieve of formalistische wijze wordt toegepast (GwH, 30 september 2010, nr. 109/2010, punt B.4.3).

16. Vooraf moet worden vastgesteld dat de rechtspraak waarnaar de verwerende partij verwijst, moet worden geplaatst in een feitelijke context die fundamenteel verschillend is van deze in de voorliggende zaak. In die zaak betrof het een verzoeker die geenszins de aankoop van de gronden had nagestreefd waarvan hij de beslissing tot verkoop ervan door het bestuur beoogde: verzoeker gaf nooit te kennen dat hij dergelijke aankoop of realisatie (van een bouwproject)

zelf had beoogd. Het nadeel dat verzoeker in die zaak aanvoerde om zijn belang te staven, vloeide voort uit het al dan niet verlenen van de nodige vergunningen voor het kwestieuze project met het oog op het behoud van zijn leefomgeving. Het door die verzoeker ingeroepen nadeel om zijn belang te staven, sproot dan ook niet rechtstreeks voort uit de destijds bestreden beslissing tot verkoop van het goed die overigens op zichzelf bestond en niet kon worden aangezien als een vóórbeslissing. Dat is te dezen anders omdat de verzoekende partij zich enerzijds beroept op een belang dat wel in rechtstreeks verband staat tot de bestreden beslissing en anderzijds omdat zij zich in de feiten wel degelijk en meermaals heeft gemanifesteerd om (het gebruik van) het terrein te behouden respectievelijk het te verwerven.

De stelling van de verwerende partij dat de verzoekende partij zichzelf buiten spel zou hebben gesteld bevreemdt. Dit blijkt immers niet uit het administratief dossier. Wel integendeel, uit de bijgebrachte stukken blijkt dat de verzoekende partij zich meermaals manifesteerde. Bovendien in de mate dat haar wordt verweten dat zij geen ernstig bod deed nu zij te kennen gaf, op informele wijze en dan nog slechts op grond van de door de verzoekende partij gekende gegevens (zijnde haar gebruiksrecht en het met haar contractueel bedongen voorkooprecht), dat de verkoopprijs door haar werd gewaardeerd op 1.100.000 euro, dient te worden opgemerkt dat de exceptie samenvalt met de beoordeling van de gegrondheid, al dan niet, van het eerste middel.

17. De verwerende partij kan niet worden gevolgd waar zij stelt dat een vernietiging van de bestreden beslissing de verzoekende partij niet langer tot voordeel strekt. Vooreerst dient immers te worden vastgesteld dat het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen nog vatbaar is voor beroep en, dus, niet definitief is zodat er om die reden alleen al geen definitieve gevolgen uit afgeleid mogen worden met betrekking tot het actueel belang van de verzoekende partij om de door haar bestreden eenzijdige administratieve bestuurshandeling vernietigd te zien.

In zoverre de situatie te velde sedert de aanvang van deze rechtsstrijd is geëvolueerd en in zoverre door de verwerende partij een erfpachtovereenkomst is gesloten en vervolgens een authentieke akte van erfpacht is verleden, merkt de Raad van State op dat dit alles gevolgakten zijn van de thans bestreden eenzijdige rechtshandeling die het voorwerp is van huidig beroep. In de veronderstelling dat deze beslissing onwettig is omdat geen marktbevraging is georganiseerd, kunnen de gevolgen van deze onwettigheid naar het oordeel van de Raad van State bezwaarlijk aan de verzoekende partij worden tegengeworpen om haar actueel belang te ontzeggen.

Evenzeer gaat de verwerende partij eraan voorbij dat niet de erfpachtovereenkomst (of de daaropvolgende authentieke akte) voorwerp is van het onderhavige beroep - wat immers zou ontsnappen aan de rechtsmacht van de Raad van State - maar wel, binnen het objectief contentieux, de eraan voorafgaande afsplitsbare administratieve rechtshandeling van de raad van bestuur van de verwerende partij om akkoord te gaan met het verlenen van de erfpacht aan Heeren Group en de daar nog aan voorafgaande door de verwerende partij genomen beslissing om een passende marktbevraging achterwege te laten wat weerom samenvalt met de beoordeling van de gegrondheid, al dan niet, van het eerste middel. Om het belang van nv Kinopolis Mega bij het bestrijden van dergelijke afsplitsbare rechtshandeling te beoordelen, is de omstandigheid dat intussen overeenkomsten tot stand zijn gekomen en dat die zelfs al uitgevoerd worden - met alle feitelijke consequenties van dien - niet pertinent.

18. Zelfs indien het betoog van de verwerende partij waar zou zijn, dat het oorspronkelijke doel voor de verzoekende partij hierdoor onbereikbaar is geworden, dan heeft dit nog niet tot gevolg dat de verzoekende partij elk rechtstreeks belang bij haar beroep verliest. Uit rechtspraak van de Raad van State blijkt immers dat zij aan het haar voorbij zijn gegaan zonder marktbevraging in principe een gekwalificeerd moreel belang ontleent, dat gediend wordt en gediend blijft door de gevraagde nietigverklaring.

19. De exceptie wordt verworpen.

Wat het wettig belang van de verzoekende partij betreft

20. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij nog op dat de verzoekende partij zonder milieuvergunning exploiteert en geen rechtmatig belang heeft bij de door haar ingestelde vordering. De milieuvergunning was geldig tot en met 28 april 2013. De verzoekende partij heeft weliswaar een nieuwe aanvraag ingediend, maar die aanvraag werd krachtens de op deze aanvraag toepasselijke regelgeving te laat ingediend. De verwerende partij stelt dat “een hervergunningsaanvraag moet [...] worden ingediend tussen de 18de en de 12de maand vóór het verstrijken van de lopende vergunning (artikel 16, § 3, van het Milieuvergunningsdecreet en artikel 39 VLAREM 1)”. Te dezen betekende dit dus: tussen 29 oktober 2011 en 29 april 2012. Beide bepalingen zijn zeer duidelijk: enkel ingeval de aanvraag werd ingediend uiterlijk 12 maanden voor het verlopen van de milieuvergunning, op grond waarvan men exploiteert, kan men na het verlopen van de milieuvergunning in afwachting van een beslissing over de hervergunningsaanvraag verder exploiteren. Artikel 5 van VLAREM I bevat het principe dat geen vergunningsplichtige inrichting mag worden geëxploiteerd zonder milieuvergunning. Enkel ingeval van een tijdige hervergunningsaanvraag en deze uitzondering is limitatief te interpreteren, kan een inrichting na het verlopen van een milieuvergunning verder geëxploiteerd worden in afwachting van de beslissing over de nieuwe aanvraag. De verzoekende partij diende twee aanvragen in: één op 24 mei 2012 en, nadat de verzoekende partij de eerste aanvraag had ingetrokken, een tweede op 8 april 2013. Beide aanvragen zijn door de verzoekende partij te laat ingediend.

De verwerende partij voert nog aan dat de vordering van de verzoekende partij ertoe strekt de levensvatbaarheid van haar exploitatie in Antwerpen te vrijwaren. De vordering beoogt dus in werkelijkheid rechterlijke hulp te bekomen bij het verder zetten van een onrechtmatige exploitatie. In de hier behandelde zaak, voor het burgerlijk luik in kort geding, is dit ook bevestigd door

de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen in de beschikking van 17 juni 2013 en door het hof van beroep te Antwerpen in het arrest van 4 december 2013. De peildatum van (de rechtmatigheid van) het belang is immers de dag van de inleiding van de zaak. Dit geldt zowel voor de burgerlijke rechter als bij procedures voor de Raad van State. Het feit dat het onrechtmatig karakter van dat belang in de loop van de procedure zou zijn verdwenen, blijft volgens de verwerende partij zonder invloed op de niet-ontvankelijkheid van het initieel beroep.

De Raad van State ontwaart in de laatste memorie van de verwerende partij ter zake geen andere inhoudelijke argumenten.

Beoordeling

21. Het beperken van de toegang tot de rechter tot degenen die het bestaan van het rechtens vereiste belang aantonen, is geen bijzonder kenmerk van de procedure voor de Raad van State. Zo moet de rechtszoekende ook voor de rechtscolleges van de rechterlijke macht getuigen van het rechtens vereiste belang. Evenwel volgt daaruit niet de conclusie dat de rechtspraak inzake het belang *mutatis mutandis* onderling verwisselbaar is tussen de Raad van State en de gewone hoven en rechtbanken.

In de eerste plaats is er de autonomie van de administratieve rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State waarbij deze laatste aan andere procedureregels is onderworpen. Daarenboven betreffen geschillen die aan de rechterlijke macht worden opgedragen subjectieve geschillen. De Raad van State neemt in het kader van zijn annulatiebevoegdheid kennis van objectieve geschillen waarbij hij de wettigheid van een administratieve rechtshandeling dient te onderzoeken. De rechtspraak van de gewone hoven en rechtbanken waarnaar de verwerende partij verwijst, kan dus niet zonder meer op deze zaak worden toegepast.

Zelfs indien de onwettige toestand in hoofde van de verzoekende partij zou zijn aangetoond, maakt dit op zich het belang van de verzoekende partij niet in alle omstandigheden onregelmatig.

22. De verzoekende partij die zich (in deze zaak) tijdelijk, in een onwettige toestand bevindt, betwist als derde-belanghebbende een beslissing betreffende een derde. Het loutere feit dat de verzoekende partij (tijdelijk) geen vergunning bezit, impliceert niet dat ze iedere beslissing ten opzichte waarvan ze getuigt van een persoonlijk, rechtstreeks en zeker belang, dient te gedogen. Het belang dat de verzoekende partij te dezen nastreeft is een handelsbelang waarbij zij voorts een gekwalificeerd moreel belang inroept omdat onrechtmatig aan haar is voorbijgegaan doordat zij niet op eenzelfde wijze werd behandeld als de derde waaraan de erfpacht werd verleend zodat haar de mogelijkheid werd ontzegd om het betrokken terrein te behouden of te verwerven; zij beoogt geenszins een onwettige toestand te handhaven of te bestendigen.

Ten overvloede blijkt dat de verzoekende partij ondertussen over de vereiste milieuvergunning voor de exploitatie van het bioscoopcomplex beschikt. Het college van burgemeester en schepenen heeft aan de verzoekende partij een milieuvergunning gegeven die ingaat op 14 juni 2013 en eindigt op 14 juni 2033. Wel is het zo dat zij er inmiddels door de evolutie te velde niet langer het genot van heeft aangezien zij het betrokken terrein op dit ogenblik niet langer kan gebruiken doch ook die situatie kan zoals hiervoor is besproken, bezwaarlijk aan de verzoekende partij worden tegengeworpen om haar belang te ontzeggen.

Het tijdelijk niet beschikken over de vereiste milieuvergunning ontnemt niet aan de verzoekende partij het wettig belang om tegen de bestreden beslissing van de verwerende partij op te komen om met de Groep Heeren een erfpachtovereenkomst te sluiten.

23. De exceptie wordt verworpen.

*Wat de hoedanigheid van de steller van de bestreden beslissing betreft :
administratieve overheid.*

24. De verwerende partij voert in haar memorie van antwoord aan dat zij bij het verlenen van zakelijke rechten op de bedoelde gronden niet heeft gehandeld als een administratieve overheid, nu het voorwerp van deze transactie geen goederen betrof die exclusief dienden voor de taken en opdrachten van haar openbare dienst. Het betreft een louter commerciële handeling. Dit was trouwens ook het “voorlopig” oordeel van het hof van beroep van Antwerpen in zijn arrest van 4 december 2013: “*In casu* lijkt DE LIJN *prima facie* immers eerder gebruik te maken van het gemeenrechtelijke principe van contractsvrijheid en van het principe om vrij over haar eigendom te kunnen beschikken”.

Beoordeling

25. De verwerende partij heeft daarover in het auditoraatsverslag kunnen lezen dat het auditoraat besluit tot het verwerpen van de ingeroepen exceptie op grond van de overweging dat uit rechtspraak van de Raad van State blijkt dat “uit de vaststelling dat de bestreden beslissing een louter commerciële handeling betreft niet [volgt] dat de hoedanigheid van administratieve overheid aan de verwerende partij kan worden ontzegd”.

26. Na kennisneming van het verslag van het auditoraat, beperkt de verwerende partij zich er toe te stellen dat zij “niettemin vasthoudt aan deze exceptie, nu ook het Hof van Beroep te Antwerpen in haar arrest van 4 november 2013 heeft gesteld dat het tegelde maken van de gronden die het voorwerp uitmaken van de gebruiksovereenkomst niet kaderde in een eenzijdig overheidsoptreden doch integendeel moet worden beschouwd als het uitoefenen van de gemeenrechtelijke contractsvrijheid en van het principe om vrij over haar eigendom te kunnen beschikken” .

27. De Raad van State ziet evenwel geen reden om het anders te zien dan het auditoraat. Het gegeven dat de verwerende partij, die een organieke

administratieve overheid is, gebruik maakt van de privaatrechtelijke techniek van de overeenkomst ontnemt haar niet de hoedanigheid van administratieve overheid. De Raad van State dient te dezen overigens de wettigheid te beoordelen van de aan de sluiting van de overeenkomst voorafgaande en daarvan afsplitsbare eenzijdige beslissing van de administratieve overheid, te dezen de verwerende partij, om met de bvba Heeren Group een erfpachtovereenkomst te sluiten.

28. De exceptie wordt verworpen.

VIII. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

29. De verzoekende partij roept de schending in van “de algemene beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie, van artikel 49 - zijnde het recht van vestiging - van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna VWEU), evenals van artikel 56 - zijnde het recht op vrij verrichten van diensten - van datzelfde verdrag, en van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet”.

Zij zet uiteen dat de bestreden beslissing een zakelijk recht, inzonderheid een erfpacht, beoogt toe te kennen of heeft toegekend zonder dat daartoe een transparante marktbevraging werd georganiseerd met respect voor de algemene beginselen inzake gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie. Zij stelt dat het gelijkheidsbeginsel inhoudt dat potentiële geïnteresseerden in een bevragsprocedure voor de toewijzing van een zakelijk recht door een publiekrechtelijke instelling niet bevoordeeld of benadeeld mogen worden: alle (mogelijk) geïnteresseerden dienen dezelfde kansen voor de toewijzing van een zakelijk recht te verkrijgen. Het transparantiebeginsel vloeit voort uit het beginsel van gelijke behandeling. Het is erop gericht dat alle gegadigden bij de toegang tot de bevragsprocedure betreffende een erfpacht en de indiening van hun voorstel c.q. offerte dezelfde kansen hebben. Verwijzend

naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie (HvJ, Succi di Frutta van 29 april 2004, C-496/99, punt 111) licht de verzoekende partij toe dat voorafgaand aan de marktbevraging alle relevante eisen en criteria aan de deelnemers moeten worden bekend gemaakt. Eveneens dient in het kader van het transparantiebeginsel te worden voorzien in een passende mate van bekendmaking van de bevragingprocedure tot toewijzing van een erfpacht.

Zij verwijst daartoe nog naar de Omzendbrief BB 2010/02 ‘betreffende de vervreemding van onroerende goederen door de provincies, gemeenten, OCMW's en besturen van de erkende erediensten’, waarmee “de toenmalige minister” de rechtspraak heeft willen bestendigen. Die omzendbrief verwijst naar “het algemene beginsel dat bij elke onroerende vervreemding de openbare verkoop de algemene regel moet zijn en de onderhandse verkoop een uitzondering moet blijven”. Een onderhandse verkoop kan volgens de voornoemde omzendbrief alleen worden aanvaard indien het bestuur voldoende kan aantonen, door middel van een bijzondere motivering, dat de onderhandse procedure om redenen van algemeen belang gerechtvaardigd is. De verzoekende partij wijst voorts nog naar de “Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen”. Hierin wordt bevestigd dat ook in het kader van opdrachten die niet binnen het toepassingsgebied vallen van de Overheidsopdrachtenwet, de regels en de beginselen van het EU-recht - waaronder de artikelen 49 en 56 VWEU - in acht moeten worden genomen. De vaststelling dat in deze procedure enkel maar Belgische ondernemingen en overheden betrokken partij zijn, vormt geen beletsel voor de rechtstreekse toepassing van het EU-verdrag. De transparantieverplichting vloeit volgens het Hof van Justitie immers rechtstreeks voort uit de artikelen 49 en 56 VWEU, die rechtstreekse werking in de interne rechtsorde van de Lidstaten hebben en primeren op elke daarmee strijdige bepaling van nationaal recht. De rechtstreekse werking impliceert dat een in België gevestigde onderneming zich voor een Belgische rechter rechtstreeks op die artikelen ter vrijwaring van haar rechten kan beroepen. Voorts zijn de artikelen 49 en 56 VWEU van toepassing

voor zover de toewijzing van de erfpacht een grensoverschrijdend karakter heeft, wat in deze zaak ook het geval is. De vaststelling dat *in casu* de verzoekende partij een Belgische onderneming is en dat de erfpachtovereenkomst wordt gesloten door een Belgische overheid met een derde Belgische onderneming, heeft op zich geen uitstaans met de beoordeling of er een grensoverschrijdend element is. Daartoe volstaat de mogelijkheid van een benadeling van ondernemingen uit andere lidstaten. Het volstaat dat een onderneming, die gevestigd is in een andere Lidstaat dan België, in de toewijzing van de erfpachtovereenkomst geïnteresseerd kan zijn. In deze zaak moet worden vastgesteld dat de beoogde toewijzing van de erfpacht een aanzienlijk economisch belang heeft, de gronden waarop de erfpachtovereenkomst slaat bevinden zich op minder dan 20 kilometer afstand van de grens met Nederland; bovendien kan worden gewezen op de cruciale ligging van deze gronden in Antwerpen en op het feit dat deze gronden zich ideaal tot de ontwikkeling van retail-activiteiten lenen. Ook een Belgische onderneming zoals de verzoekende partij kan zich beroepen op deze beginselen gelet eensdeels op het grensoverschrijdend karakter van de toekenning van de erfpacht en anderdeels de rechtstreekse werking van de genoemde verdragsbepalingen.

Concreet diende de verwerende partij, gelet op het voorgaande, de toewijzing van de erfpacht met een passende bekendmaking openbaar te maken zodat alle mogelijk geïnteresseerde kandidaten hiervan op de hoogte worden gesteld. De bekendmaking moet gepaard gaan met een korte beschrijving van de essentiële gegevens van de toewijzing van het zakelijk recht alsook alle informatie die een geïnteresseerde partij nodig heeft om te beslissen of zij haar interesse laat blijken. Zoals uit de voormelde interpretatieve mededeling van de Commissie blijkt, dringt de bekendmaking van een voldoende toegankelijke aankondiging van de opdracht zich op voordat deze wordt geplaatst. Daarenboven geldt dat hoe groter het belang van de opdracht is voor potentiële inschrijvers uit andere lidstaten, hoe meer ruchtbaarheid eraan moet worden gegeven. Als passende en algemeen gebruikte media geeft de Commissie aan: internet, staatsbladen, nationale bladen gespecialiseerd in de bekendmaking van overheidsopdrachten, lokale media, publicatieblad van de Europese Unie, etc. Naast een passende

bekendmaking, betekent dit dat de toewijzingsprocedure van de erfpacht in overeenstemming met de regels en beginselen van de VWEU doorgang dient te vinden zodat alle geïnteresseerden onder eerlijke en dezelfde voorwaarden kunnen meedingen. Er dient een beknopte leidraad te worden opgemaakt waarbij de parameters van de toewijzing van de erfpacht worden uiteengezet. Eveneens dient aan alle geïnteresseerden een even lange termijn voor de indiening van de bieding te worden toegekend.

Doordat de verwerende partij de erfpacht evenwel rechtstreeks en onderhands aan een derde partij, de Groep Heeren, heeft toegekend, zonder daarbij in een passende bekendmaking te voorzien en een transparante bevragsprocedure te organiseren, heeft zij zowel gegadigden uit België, zoals de verzoekende partij, als uit andere Lidstaten, de kans ontnomen om voor de te wijzen erfpacht een bieding te doen. Aangezien ook een onderneming gevestigd in een andere lidstaat dan die van de verwerende partij geïnteresseerd kan zijn in een dergelijke transactie, vormt de toewijzing van dat zakelijk recht, zonder enige transparantie, een ongelijke behandeling in het nadeel van entiteiten uit andere Lidstaten, alsook voor de geïnteresseerde entiteiten in België, zoals de verzoekende partij. Dit geldt des te meer nu de transactie een zeer betekenisvolle economische waarde heeft. Er gebeurde geen enkele bekendmaking in het Bulletin der Aanbestedingen of in het Europees Publicatieblad. Evenmin werd de toewijzing gepubliceerd op het internet of in gespecialiseerde vakliteratuur. Er is in de pers sprake geweest van de ontwikkeling van de gronden, maar daarin staat dat het ging om een verkoop en niet om een toewijzing van een erfpacht. Daarenboven sprak de verwerende partij in een vergadering van 22 juni 2012 niet over het toekennen van een erfpacht, maar wel van een verkoop. Evenmin is er een bevragsdocument voorhanden. Het feit dat de verzoekende partij niet op de hoogte was van de toewijzing van de erfpacht treft des te meer omdat de verzoekende partij niet alleen de eigenaar is van het naburige perceel, maar ook omdat de verzoekende partij met de verwerende partij een gebruiksovereenkomst heeft gesloten voor de betrokken gronden en zij een voorkooprecht heeft.

De verzoekende partij stelt “ten overvloede” nog dat de verwerende partij niet het bewijs kan leveren dat niet is voldaan aan de vier restrictief op te vatten cumulatieve voorwaarden volgend uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, opdat een uitzondering ten aanzien van de verplichting tot het organiseren van een transparante marktbevraging gerechtvaardigd is. Beperkingen op het beginsel van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, de beperkingen moeten geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken, zij mogen niet verder gaan dan nodig ter bereiking van dat doel en zij moeten in ieder geval zonder discriminatie worden toegepast. Evenmin zal de verwerende partij kunnen aantonen dat er een zogenaamde objectieve rechtvaardigingsgrond voor een dergelijke ongelijke behandeling voorhanden is.

30. In haar memorie van antwoord repliceert de verwerende partij dat het middel feitelijke grondslag mist. Er blijkt immers “uit de feiten” dat de verwerende partij wel degelijk onderhandelingen met verschillende kandidaten, m.i.v. de verzoekende partij, over de verwerving van zakelijke rechten op de bedoelde gronden heeft gevoerd. Er heeft dus wel degelijk een “marktbevraging” plaatsgevonden waarbij alle kandidaten die hun interesse hadden laten blijken, mede naar aanleiding van verschillende krantenartikelen over de voorgenomen verkoop, betrokken werden. Zij stelt dat uit het feitenrelaas blijkt dat de verzoekende partij de mogelijkheid heeft gekregen om een concreet bod uit te brengen om zakelijke rechten te verwerven over de gronden. Deze laatste heeft echter in eerste instantie nagelaten om een concreet voorstel te formuleren. Bovendien blijkt dat naast de verzoekende partij en de Heeren Group, nog andere potentiële geïnteresseerden zich hebben aangemeld waaraan ook werd gevraagd een bod te doen tegen eind juni 2012.

Voorts argumenteert de verwerende partij dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel. Zij heeft de mogelijkheid gekregen een concreet bod te doen om zakelijke rechten te verwerven over de gronden. Zij liet dat in eerste instantie na en stelde nadien een prijs voor die slechts een fractie

bedroeg van de marktwaarde van het goed. De verwerende partij verwijst daartoe naar rechtspraak om te besluiten dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel nu haar door de gang van zaken geen nadeel is toegebracht. Zij zet nog uiteen dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift erkent dat zij met de verwerende partij effectief heeft onderhandeld over de aankoop van de gronden. Zij stelt echter dat de verwerende partij haar nooit heeft aangeboden om de gronden in erfpacht te nemen. Niets belette de verzoekende partij nochtans om zelf een voorstel in die zin te formuleren. Op het ogenblik dat met de Heeren Group werd onderhandeld over het afsluiten van de erfpachtovereenkomst had de verzoekende partij zichzelf reeds buiten spel gezet bij de onderhandelingen.

Wat de schending van het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel betreft, stelt de verwerende partij dat het middel ongegrond is. Uit het feitenrelaas blijkt dat verschillende geïnteresseerde kandidaten werden geraadpleegd, onder meer naar aanleiding van verschillende berichten in de pers. Ook de verzoekende partij werd uitgenodigd om een concreet voorstel te doen. Onder meer bij gebrek aan een gepast voorstel vanwege de verzoekende partij, werd enkel verder onderhandeld met de Heeren Group. Er werd wel degelijk voldoende transparantie verleend aan de voorgenomen overdracht. Het volstaat dat ondernemingen die in de loop van de jaren en dit onder meer naar aanleiding van herhaalde persberichten, interesse hebben betoond voor de gronden, werden uitgenodigd om een voorstel of een bod te doen. Geen enkele wets- of verordeningsbepaling legt een ruimere vorm van bevraging op.

De verwerende partij argumenteert dat de verzoekende partij uitgaat van een al te ruime interpretatie van de transparantieplicht. Wat het arrest (in administratief kort geding) van de Raad van State betreft inzake de openbare verkoop van onroerende goederen door een lokaal bestuur waarnaar de verzoekende partij verwijst, merkt de verwerende partij op dat de Raad van State “is teruggekomen op zijn standpunt in het kader van een annulatiecontentieux”. De verzoekende partij geeft volgens haar ook een te ruime draagwijdte aan de interpretatieve mededeling van de Europese Commissie over “de

Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen”. Deze mededeling heeft immers betrekking op overheidsopdrachten waarop de richtlijnen inzake overheidsopdrachten niet van toepassing zijn, en er blijkt niet dat ook de overdrachten van zakelijke rechten wordt beoogd. Dit soort transacties hebben, gelet op de specifieke aard ervan, “*a priori* geen grensoverschrijdend belang” dat de toepassing van dergelijke regels kan rechtvaardigen. De verdragsbepalingen zijn bovendien enkel van toepassing in geval er sprake is van een grensoverschrijdend belang. Het komt dan ook aan de verzoekende partij toe om aan te tonen dat er sprake is van grensoverschrijdend belang. De door de verzoekende partij ter zake gemaakte veronderstelling wordt niet nader onderbouwd en blijft dus louter hypothetisch. Daarenboven heeft de interpretatieve mededeling van de Europese Commissie geen juridisch bindend karakter noch heeft het Hof van Justitie de invulling van het transparantiebeginsel dat daarin wordt uiteengezet, bevestigd. Ter navolging van advocaat-generaal Sharpstone (conclusies voorafgaand aan HvJ, Commissie t/ Finland van 26 april 2007, C-195/04,) moet volgens de verwerende partij worden aangenomen dat (1) het subsidiariteitsbeginsel zich ertegen verzet dat aangelegenheden die niet uitdrukkelijk worden geregeld door Europese regels toch langs een sluipweg aan gedetailleerde (bekendmakings- en mededingings-) regels zouden worden onderworpen en (2) dit soort van regeling, die niet wordt ingevoerd via een bindende wettelijke tekst na goedkeuring door de daartoe bevoegde organen, zorgt voor een grote mate van rechtsonzekerheid. Zolang er geen duidelijke regelgeving is die voldoende rechtszekerheid biedt, en zeker zolang het Hof van Justitie “zich niet specifiek over de toepassing van het Europees recht bij de overdracht van zakelijke rechten op onroerende goederen heeft uitgesproken, lijkt het niet te zijn aangewezen dat de Belgische rechter ter zake een ‘voortrekkersrol’ zou gaan spelen”.

Evenmin zijn volgens de verwerende partij de artikelen 49 en 56 VWEU geschonden. De verzoekende partij laat na om in haar verzoekschrift op concrete wijze te verduidelijken op welke wijze de artikelen 49 en 56 VWEU zijn

geschonden. Het Hof van Justitie heeft immers tot nog toe nooit gesteld dat deze in algemene bewoordingen geformuleerde bepalingen dermate ruim zouden moeten worden ingevuld dat elke overdracht van zakelijke rechten, gesteld dat het een transactie “met grensoverschrijdend belang” betreft, in een lidstaat gepaard zou moeten gaan met een procedure zoals beschreven door de verzoekende partij. De arresten Coname van het Hof van Justitie waarnaar de verzoekende partij verwijst (HvJ, 21 juli 2005, C-231/03) en Sporting Exchange (HvJ, 3 juni 2010, C-203/018), betreffen specifiek de toewijzing van een concessie voor openbare dienst. Deze rechtspraak naar analogie toepassen op elke overdracht van zakelijke rechten ligt, gelet op de fundamenteel verschillende aard van de transacties, niet alleen juridisch niet voor de hand, maar zou ook verregaande gevolgen hebben voor de dagelijkse praktijk. Bovendien dient de beoordeling geval per geval te gebeuren in het licht van het proportionaliteitsbeginsel. De door de verzoekende partij beschreven procedures die een overheid zou moeten volgen om een zakelijk recht over te dragen, lijken allerm minst aan deze vereiste van proportionaliteit tegemoet te komen. Het Hof van Justitie heeft in een arrest (HvJ, nv Belgacom van 14 november 2013, C-221/12) bevestigend geantwoord op de vraag of de artikelen 49 of 56 VWEU zo dienen te worden uitgelegd, dat een onderneming gevestigd in België zich voor de Belgische rechter mag beroepen op de fundamentele regels van het Unierecht, met name op de transparantieverplichting die uit de voormelde artikelen afgeleid wordt, met betrekking tot een overeenkomst die niet binnen de werkingssfeer van één van de richtlijnen inzake openbare aanbestedingen valt, waarbij een Belgische overheid rechten overdraagt aan een andere Belgische onderneming en zij daarbij geen marktbevraging heeft georganiseerd. Uit de consideransen van het antwoord blijkt evenwel duidelijk dat “dit enkel zo is als het gaat om een concessie met een duidelijk grensoverschrijdend belang”.

31. In haar laatste memorie volhardt de verwerende partij in haar standpunt dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het eerste middel. Zij meent in essentie dat een nietigverklaring op basis van dit middel de verzoekende partij geen voordeel kan opleveren, aangezien de verzoekende partij zich nooit bereid heeft getoond om de gronden over te nemen (in welke vorm ook, verkoop,

erfpacht, ...) tegen een bedrag dat ook maar in de buurt komt van de bedragen “die andere geïnteresseerden, inzonderheid Heeren Group, wel bereid waren neer te tellen”. Zij heeft er geen belang bij aan te voeren dat zij niet betrokken werd in een bevragingsprocedure “nu een dergelijke procedure met de verzoekende partij hetzelfde resultaat zou hebben opgeleverd”. Zij meent dat “indien uit de motieven van het annulatiearrest zou blijken dat de raad van bestuur van [de verwerende partij] een nieuwe beslissing dient te nemen over de terbeschikkingstelling van de gronden, dan zullen die gronden nog niet worden toegewezen aan de verzoekende partij nu zij niet bereid is om het bedrag dat andere kandidaten, inzonderheid de Heeren Group, wel bereid zijn neer te tellen”. De verzoekende partij zal dus nooit de begunstigde zijn van de eventueel nog te nemen beslissing. Om diezelfde reden acht de verwerende partij dat de verzoekende partij ook geen nadeel heeft geleden of lijdt door de in het eerste middel ontwikkelde onwettigheid. Het feit dat de verzoekende partij over een voorkooprecht beschikt doet daaraan geen afbreuk.

Wat de schending van het gelijkheids - en het transparantiebeginsel alsook van de artikelen 49 en 56 van het VWEU betreft, preciseert de verwerende partij dat er geen aanleiding is om de overeenkomst die een overdracht van zakelijke rechten betreft, te herkwalficeren als een opdracht voor de aanneming van werken aangezien er immers geen actieve bouwverplichtingen zijn opgelegd aan de erfpachter. Zij stelt dan ook dat “de regels inzake overheidsopdrachten [...] dan ook niet van toepassing [zijn]”.

In haar laatste memorie stelt zij vervolgens dat “de omstandigheid dat de eerste bestreden beslissing niet onder het toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenreglementering ressorteert, [*niet*] betekent [...] dat er geen transparantieplicht van toepassing is, nu een dergelijke verplichting ook kan worden ontwaard in de artikelen 49 en 56 VWEU”; doch “[*wel*] betekent [...] dat de transparantieplicht die op de eerste bestreden beslissing van toepassing is niet op dezelfde stringente wijze mag worden opgevat als die welke gewaarborgd is in de overheidsopdrachtenreglementering”. Zij voegt eraan toe dat het Hof van Justitie “aan dergelijke overeenkomsten, voor zover zij een grensoverschrijdend

belang hebben, immers enkel een “passende mate van openbaarheid” op[legt], geen verplichting tot het organiseren van een aanbestedingsprocedure. De transparantie dient er fundamenteel voor te zorgen dat de gunningsprocedure objectief en onafhankelijk verloopt en toegankelijk is”. Wat echter niet moet, is dat de overheid de regels kopieert uit de richtlijnen inzake overheidsopdrachten. Omdat uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie en de Raad van State niet eenduidig kan worden afgeleid wat onder passende openbaarheid moet worden begrepen, wordt volgens de verwerende partij “de invulling van de transparantieplicht voor overeenkomsten die buiten de overheidsopdrachten-reglementering vallen, [...] beheerst door het evenredigheidsbeginsel”.

De verwerende partij benadrukt in haar laatste memorie dat bij gebrek aan concrete regels elke overheid in redelijkheid de mate van aankondiging bepaalt waarbij enkel in geval van onredelijkheid de overheid sancties oploopt. Concreet verwijst de verwerende partij naar “het feitenoverzicht, zoals opgenomen in de nota met opmerkingen en de memorie van antwoord” waaruit blijkt dat zij wel degelijk “onderhandelingen heeft gevoerd met verschillende geïnteresseerde kandidaten over de verwerving van zakelijke rechten op het bedoelde terrein, waaronder de verzoekende partij”. Zij stelt dat het “voornemen van De Lijn om de gronden te gelde te maken - waarbij in eerste instantie gedacht werd aan een verkoop, maar uiteindelijk, op vraag van Heeren Group werd gekozen voor een erfpacht - [...] aan bod [kwam] in verschillende berichten in de pers. Zij verwijst opnieuw naar de onderhandelingen gevoerd met de verzoekende partij op 3 mei 2010, het uitblijven van het nochtans aangekondigde (concreet) bod vanwege de verzoekende partij, de vraag aan geïnteresseerde kandidaten waaronder de verzoekende partij om tegen einde juni 2012 een bod of voorstel uit te brengen. Zij benadrukt dat “een contactname” volstaat met kandidaten waarvan de overheid in alle redelijkheid kan verwachten dat ze geïnteresseerd zouden zijn. Ze stelt nog dat de aard van de overdracht (verkoop of erfpacht) geen essentiële modaliteit van de te verwerven overeenkomst vormt. Het enige wat voor de verwerende partij van belang was - naast de valorisatie van haar vastgoed-, was het feit dat het gebruik moest worden gevrijwaard van alle zones (onder- en bovengrond) die dienstig

waren voor de exploitatie van de verwerende partij, via de vestiging ten hare gunste van een eeuwigdurende erfdienstbaarheid.

Voorts meent ze dat het evenredigheidsbeginsel vereist dat voor het voldaan zijn aan de transparantieplicht ook moet gekeken worden naar het handelen of nalaten van de betrokken kandidaat, te dezen de verzoekende partij die geen concreet bod deed; laat staan aan marktwaarde, en die rekenend op haar contractueel bedongen voorkooprecht - dat niet mag worden verward met een verkoopbelofte, meende geen enkel initiatief te moeten nemen en te kunnen wachten.

Met verwijzing naar een arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014 in de zaak C-19/13, meent de verwerende partij dat een nietigverklaring van de bestreden beslissing de verhouding tussen rechtszekerheid en rechtsbescherming volledig zou doen overhellen naar het laatste aspect en dat een dergelijke sanctie in het licht van het evenredigheidsbeginsel kennelijk onredelijk zou zijn. Gelet op de feiten, inzonderheid de inertie van de verzoekende partij mocht de verwerende partij ervan uitgaan dat zij te goeder trouw handelde.

Tot slot, wordt de Raad van State door de verwerende partij in haar laatste memorie ertoe verzocht om het Hof van Justitie een prejudiciële vraag te stellen wanneer hij zou oordelen dat het ook met betrekking tot zuiver privaatrechtelijke overeenkomsten in het licht van de transparantieplicht niet kan volstaan om enkel contact op te nemen met kandidaten waarvan zij in alle redelijkheid kan verwachten dat zij geïnteresseerd zullen zijn en dat daarbij evenmin rekening kan worden gehouden met de houding van de betrokken kandidaten. Zij suggereert die prejudiciële vraag als volgt te formuleren:

“Dient de gelijkheids- en transparantieplicht in artikel 49 en 56 VWEU zo te worden uitgelegd dat zij aan overeenkomsten waarbij een zakelijk recht wordt gevestigd op goederen die eigendom zijn van een administratieve overheid dezelfde verplichtingen inzake aankondiging oplegt als die welke artikel 2 van de richtlijn 2014/18/EG en artikel 10 van de richtlijn 2004/17/EG opleggen aan opdrachten die als overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, respectievelijk als overheidsopdrachten in de sectoren water en energie-voorziening, vervoer en

postdiensten moeten worden gekwalificeerd?”

Beoordeling

Wat de ontvankelijkheid van het eerste middel betreft

32. De verwerende partij kan niet worden gevolgd. Het is immers volstrekt onduidelijk waarop de verwerende partij zich steunt om met zoveel stelligheid “vast te stellen” dat de verzoekende partij zichzelf buiten spel zou hebben gezet.

Uit het administratief dossier blijkt vooreerst dat de verzoekende partij reeds in 2010 tijdens een vergadering meldt dat ze belangstelling heeft voor het betrokken perceel waarover ze op dat ogenblik een gebruiksrecht had. Ook blijkt dat het de verwerende partij zelf is die, naar aanleiding van die vraag, met een e-mail van 16 februari 2010 de verzoekende partij er op wijst dat aan elke aankoop- en verkoopprocedure een administratieve procedure is verbonden waarbij de uiteindelijke beslissing wordt genomen door de raad van bestuur van de verwerende partij. Nochtans, behoudens twee vage berichten die begin 2012 “in de pers” zijn verschenen en al even vaag binnen de verwerende partij gevoerd intern e-mailverkeer, bevat het administratief dossier geen enkel spoor van enige door de verwerende partij geïnitieerde openbaarheid waartoe haar bevoegd orgaan zou hebben beslist of van enige officiële “contactname” door haar met geïnteresseerde belangstellenden. Het is ook volstrekt onduidelijk in welke context en op grond van welke haar (al dan niet) gekende gegevens en randvoorwaarden (een afgevaardigde van) de verzoekende partij tijdens een vergadering van 22 juni 2012, op informele wijze, mondeling “liet weten” zoals de verwerende partij in haar laatste memorie stelt “dat het goed voor hen slechts een waarde had van 1.100.000 euro”; laat staan dat ze zou hebben geweten dat de verwerende partij ook een andere vorm van gronduitgifte, zoals een erfpacht, overwoog. Het wekt dan ook geen verwondering dat de verzoekende partij op 3 juli 2012, verwijzend naar die vergadering van 22 juni 2012, vraagt op de hoogte te worden gesteld van

het verloop van de verkoopprocedure waarbij ze eraan herinnert over een gebruiksrecht en een voorkooprecht op het betrokken perceel te beschikken.

De grief van de verzoekende partij is er precies in gelegen dat zij niet de gelegenheid kreeg om met kennis van zaken een eventueel bod te onderzoeken. Door een eventuele nietigverklaring op grond van het eerste middel krijgt de verzoekende partij uitzicht op het voordeel dat ze beoogt, namelijk dat haar een ernstige mogelijkheid wordt geboden om, met inachtneming van de door haar gevraagde transparantie, met kennis van zaken een marktconform bod te doen met betrekking tot het betrokken perceel. De omstandigheid dat de verzoekende partij, als gevolg van een eventuele vernietiging van de bestreden beslissing, die kans krijgt volstaat om haar belang bij het middel aan te nemen.

Wat de gegrondheid van het eerste middel betreft

33. De partijen betwisten niet langer dat de bestreden beslissing betrekking heeft op het verlenen van een zakelijk recht, inzonderheid een erfpacht. In ieder geval maakt de verzoekende partij het niet aannemelijk dat de bestreden beslissing niet het verlenen van een erfpacht betreft noch maakt zij aannemelijk dat de bestreden beslissing betrekking heeft op het gunnen van een opdracht of het sluiten van een overeenkomst waarop de overheidsopdrachtenreglementering van toepassing is.

Ervan uitgaand dat de bestreden beslissing het verlenen van een zakelijk recht, namelijk een erfpacht beoogt waarop de overheidsopdrachtenreglementering niet van toepassing is, blijft de vraag of een transparante marktbevraging moest en werd georganiseerd met respect voor de “algemene beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie”, de artikelen 49 en 56 van het VWEU en de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

34. Vooraf wordt vastgesteld dat de overheid ook bij het sluiten van overeenkomsten, zoals bij een grondruil, de gelijkheidsregel moet eerbiedigen en namelijk de gelijkheid van de mogelijke medecontractanten in acht moet nemen. Op grond van het transparantiebeginsel zal in beginsel een effectieve bekendmaking vereist zijn, met dien verstande dat het denkbaar is dat in welbepaalde gevallen van die transparante algemene bevraging en de gelijke mededinging van potentiële gegadigden wordt afgeweken op voorwaarde dat er een toereikende reden voor bestaat.

35. De vraag rijst, wat in het voorliggende geval de toepassing van het transparantiebeginsel zoals dat voortvloeit uit de artikelen 49 en 56 van het VWEU, inhoudt en, in het bijzonder, of daaruit moet worden afgeleid dat op de verwerende partij een voorafgaande bekendmakingsplicht rust alvorens zij kon overgaan tot het verlenen van een erfpacht op het betrokken terrein.

Daarbij kan niet worden voorbijgegaan aan de argumentatie van de verzoekende partij waarbij zij stelt dat te dezen de beoogde toewijzing van de erfpacht wel degelijk een aanzienlijk economisch belang heeft en dat andere, niet in België gevestigde ondernemingen in de toewijzing van de erfpacht wel degelijk zouden geïnteresseerd kunnen zijn wat haar doet besluiten dat in dit geval de toewijzing van de erfpacht “een grensoverschrijdend karakter” heeft. Dat grensoverschrijdend karakter heeft volgens de verzoekende partij tot gevolg dat de publieke overheden die dergelijke toewijzingen met een grensoverschrijdend karakter doen, “de fundamentele regels van het Unierecht in het algemeen, met name [de]artikel[en] 49 en 56 [van het] VWEU, en in het bijzonder het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, alsmede de daaruit voortvloeiende transparantieverplichtingen in acht [dienen] te nemen”.

Betreffende de toepassing van de artikelen 49 en 56 VWEU op overeenkomsten die buiten de toepassing van de overheidsopdrachtenreglementering vallen

36. Reeds in zijn arrest *Telaustria* van 7 december 2000 in de zaak C-324/98 heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de openbare autoriteiten die concessieovereenkomsten sluiten voor diensten die *niet* vallen binnen de werkingssfeer van een van de richtlijnen waarbij de wetgever van de Unie de materie van de overheidsopdrachten heeft geregeld, de fundamentele regels van het VWEU in het algemeen, met name artikel 49 VWEU, en in het bijzonder het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit alsmede de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, in acht dienen te nemen.

In zijn arrest *nv Belgacom* van 14 november 2013 in de zaak C-221/12 zegt het Hof voor recht dat de artikelen 49 en 56 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat een marktdeelnemer uit een lidstaat voor de rechterlijke instanties van die lidstaat kan aanvoeren dat de uit deze artikelen voortvloeiende transparantieplichting is geschonden bij de sluiting van een overeenkomst waarbij een of meer openbare lichamen van deze lidstaat aan een marktdeelnemer uit dezelfde lidstaat een concessieovereenkomst voor diensten hebben gegund die een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, of een marktdeelnemer het exclusieve recht voor het uitoefenen van een economische activiteit hebben verleend dat een dergelijk belang heeft.

Betreffende de toepassing van de artikelen 49 en 56 VWEU bij de overeenkomsten die betrekking hebben op de uitgifte van grond of het verlenen van exclusieve (zakelijke) rechten op onroerende goederen

37. Wat specifiek de loutere uitgifte van grond of de toewijzing van zakelijke rechten op aan openbare overheden toebehorende onroerende goederen betreft (d.i. zonder enige opdrachttoewijzing) zoals bij het sluiten van een huurovereenkomst, een verkoopovereenkomst of het verlenen van een erfpacht het

geval is, moet voorts rekening worden gehouden met het arrest Steinhauser van het Hof van Justitie van 18 juni 1985 in de zaak C-197/84. In dat arrest heeft het Hof van Justitie, in het kader van een geval van directe discriminatie op basis van nationaliteit, voor recht gezegd dat artikel 52 EG-verdrag (huidig artikel 49 VWEU) zich ertegen verzet, dat, bij de toewijzing bij wege van openbare inschrijving van een tot het publiek domein van een gemeente behorend lokaal (in dat geval betrof het een huur), de toelating van de gegadigden in de inschrijvingsvoorwaarden afhankelijk wordt gesteld van een nationaliteitsvoorwaarde. Het Hof overwoog in datzelfde arrest nog dat de door artikel 49 VWEU gewaarborgde vrijheid van vestiging niet uitsluitend de toegang tot werkzaamheden andere dan in loondienst betreft, doch eveneens “de uitoefening van werkzaamheden in ruime zin”. Het Hof overweegt uitdrukkelijk in dat arrest (punt 16) dat het huren van een lokaal voor beroepsdoeleinden de beroepsuitoefening vergemakkelijkt en derhalve binnen de werkingssfeer van artikel 52 van het EG-Verdrag (huidig artikel 49 VWEU) valt.

Het Hof van Justitie brengt in datzelfde arrest, onder verwijzing naar het Algemeen Programma voor de opheffing van de beperkingen van de vrijheid van vestiging van 18 december 1961, nog in herinnering dat bepalingen en handelwijzen, die voor onderdanen van andere lidstaten de bevoegdheid om de rechten uit te oefenen die gewoonlijk aan het verrichten van een werkzaamheid anders dan in loondienst zijn verbonden, uitsluiten, beperken of aan bepaalde voorwaarden onderwerpen, moeten worden opgeheven. Zulks geldt met name “voor het recht om a) overeenkomsten tot aanneming van werk of tot het verrichten van diensten, en andere overeenkomsten, zoals arbeids-, huur- en pachtovereenkomsten, te sluiten, alsmede alle rechten te genieten die uit deze overeenkomsten voortvloeien, b) in te schrijven voor opdrachten van de staat of andere publiekrechtelijke lichamen of als contractant of ondercontractant deel te nemen aan de uitvoering daarvan, c) concessies of vergunningen, verleend door de staat, of andere publiekrechtelijke lichamen te verkrijgen, d) roerende en onroerende goederen en rechten te verkrijgen, te gebruiken of te vervreemden (zie HvJ, Steinhauser van 18 juni 1985, C-197/84, punt 15).

Het Hof van Justitie heeft later nog uitdrukkelijk bevestigd dat de toegang tot gronduitgifte onder de vrijheid van vestiging valt. Het Hof overweegt in zijn arrest Commissie t/ Helleense Republiek van 30 mei 1989 in de zaak C-305/87 dat “meer in het bijzonder [...] het recht om onroerende goederen op het grondgebied van een andere Lid-Staat te verkrijgen, te gebruiken of te vervreemden, het noodzakelijk complement [is] op de vrijheid van vestiging, zoals blijkt uit artikel 54, lid 3, sub e, EEG-Verdrag (huidig artikel 50, lid 2, sub e, VWEU) en uit het Algemene Programma van 18 december 1961 voor de opheffing van de beperkingen van de vrijheid van vestiging” (HvJ, Commissie t/ Griekenland van 30 mei 1989, C-305/87, punt 22).

Wat het vrij verrichten van diensten betreft, overweegt het Hof van Justitie in datzelfde arrest nog dat “[e]venzo artikel 59 EEG-Verdrag de toegang [huidig artikel 56 VWEU] tot de eigendom en het gebruik van onroerend goed op het vlak van het vrij verrichten van diensten [verzekert], voor zover die toegang voor de daadwerkelijke uitoefening van deze vrijheid dienstig is” (HvJ, Commissie t/ Griekenland van 30 mei 1989, C-305/87, punt 24).

Tot slot blijkt ook uit een arrest van het Hof van Justitie van 8 mei 2013 in de (gevoegde) zaken C-197/11 en C-203/11 dat de toegang tot onroerende goederen een voorwaarde is om de fundamentele vrijheden van het verdrag inzake vrije vestiging en het vrij verrichten van diensten te kunnen uitoefenen (HvJ, Libert e.a. en nv All Projects & Developments e.a. van 8 mei 2013, (gevoegde zaken) C-197/11 en C-203/11, punten 37 e.v.).

38. Ook al heeft het hoger genoemde arrest Steinhauser van 18 juni 1985 betrekking op een geval van *directe* discriminatie (uitsluiting op grond van nationaliteit), dan kan er geen redelijke twijfel over bestaan dat het Hof van Justitie ook *indirecte* discriminatie ontoelaatbaar acht. In zijn arrest Coname van 21 juli 2005 in de zaak C-231-03 (punten 18 en 21) met betrekking tot een toewijzing van een concessie van diensten, overweegt het Hof van Justitie immers dat een gebrek aan transparantie leidt tot indirecte discriminatie. De transparantie vereist, aldus

het Hof, dat de ondernemingen gevestigd in een andere lidstaat toegang krijgen tot alle relevante informatie betreffende deze concessie vóór de toewijzing ervan, zodat deze ondernemingen, indien zij dat zouden hebben gewild, hun interesse voor deze concessie hadden kunnen tonen. Als gevolg daarvan is het achterwege laten van een voorafgaande bekendmaking in strijd met de artikelen 49 en 56 VWEU behoudens objectieve rechtvaardiging.

39. Te dezen, wanneer de overheid met een marktpartij een grondovereenkomst beoogt te sluiten, verleent zij aan die gegadigde marktpartij een exclusief recht om op die grond een economische activiteit te verrichten. Er wordt overigens niet betwist dat het terrein gelegen is in gebied waarin economische activiteit is toegelaten.

Nu uit hetgeen voorafgaat is gebleken dat het recht om onroerende goederen op het grondgebied van een andere lidstaat te verkrijgen, te gebruiken of te vervreemden onder de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten valt, moet worden besloten dat wanneer de overheid, ingeval van grensoverschrijdend belang, bij de uitgifte van een onroerend goed (door de verkoop ervan of het verlenen van een erfpacht) de vereiste transparantie niet eerbiedigt, zij een maatregel neemt die potentiële wederpartijen uit andere lidstaten discrimineert hetgeen een schending inhoudt van de artikelen 49 en 56 van het VWEU.

Betreffende het grensoverschrijdend belang van de te sluiten overeenkomst

40. De artikelen 49 en 56 van het VWEU zijn alleen van toepassing als sprake is van een situatie die een verband vertoont met het handelsverkeer tussen de lidstaten, oftewel van een Europese dimensie. Bij het sluiten van een overeenkomst tot het verlenen van een opdracht of het verlenen van exclusieve rechten kan het duidelijk grensoverschrijdend belang voortvloeien uit het economisch belang van de geplande overeenkomst, de plaats van uitvoering op een plek die voor buitenlandse marktdeelnemers interessant zou kunnen zijn of uit de

technische kenmerken ervan (HvJ, Secap SpA en Santorso Sca van 15 mei 2008, (gevoegde zaken) C-147/06 en C-148/06, punt 24; HvJ, ASM Brescia, van 17 juli 2008, C-347/06, punt 62 en HvJ, nv Belgacom van 14 november 2013, C-221/12, punt 29).

Het Hof van Justitie verduidelijkt dat voor het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet is vereist dat een marktdeelnemer daadwerkelijk belangstelling heeft geuit. Dit geldt in het bijzonder wanneer, zoals te dezen, het geschil betrekking heeft op het gebrek aan transparantie dat ten aanzien van de betrokken overeenkomst heerste. In een dergelijk geval hebben de marktdeelnemers uit andere lidstaten immers geen reële mogelijkheid om hun belangstelling voor de betrokken overeenkomst te uiten (zie in die zin de eerder aangehaalde arresten HvJ, Coname van 21 juli 2005, C-231/03, punten 18 en 21, evenals HvJ, Parking Brixen, van 13 oktober 2005, C-458/03, punt 55 en HvJ, nv Belgacom van 14 november 2013, C-221/12, punt 31).

41. Zodra vaststaat dat een bepaalde overeenkomst een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, geldt de transparantieverplichting die rust op de instantie die de concessie of het exclusief recht verleent bovendien ten aanzien van *elke* potentiële inschrijver, ook al is deze gevestigd in dezelfde lidstaat als deze instantie (zie in die zin HvJ, Wall van 13 april 2010, C-91/08, punt 36, evenals HvJ, nv Belgacom van 14 november 2013, C-221/12, punt 32).

In het voornoemde arrest C-221/12 van 14 november 2013 (met betrekking tot een dienstenconcessie), merkt het Hof, volledigheidshalve, op dat het Unierecht de betrokken instantie dezelfde verplichtingen zou opleggen indien de overeenkomst die aan de orde is, de begunstigde cessionaris niet ertoe zou verplichten om de overgedragen activiteit uit te oefenen, en hierbij een vergunning zou worden verleend om een economische activiteit uit te oefenen. Immers, een dergelijke vergunning onderscheidt zich niet van een concessieovereenkomst voor diensten, voor zover het gaat om de verplichting om de fundamentele regels van het Verdrag en de daaruit voortvloeiende beginselen in acht te nemen, wanneer

marktaandeel uit andere lidstaten geïnteresseerd kunnen zijn in de uitoefening van deze activiteit (HvJ, nv Belgacom van 14 november 2013, C-221/12, punt 33).

42. Te dezen zijn de terreinen waarop de bestreden beslissing betrekking heeft, gelegen in het havengebied in Antwerpen, een gebied waar bij uitstek veel internationale spelers die onder meer uit de andere lidstaten komen, actief zijn. Ten tweede ligt het havengebied - en bijgevolg ook de betrokken terreinen - dicht bij de Nederlandse grens waardoor alvast Nederlandse ondernemingen belang kunnen hebben om dit contract te verwerven. Ten derde blijkt ook uit de waarde van de overeenkomst waarbij de 99-jarige erfpacht voor de betrokken gronden is verleend, te zijn toegekend voor een eenmalige canon van 6.000.000,00 euro en gedurende 99 jaar een jaarlijkse canon *a rato* van 1.767,68 euro, gekoppeld aan de index. Dit bedrag ligt hoger dan de Europese drempelbedragen inzake overheidsopdrachten voor levering en diensten en voor opdrachten voor werken die hier overigens slechts een indicatieve waarde hebben.

Er dient dan ook redelijkerwijze te worden besloten - en de verwerende partij betwist dat ook niet - dat de bestreden toewijzingsbeslissing betrekking heeft op een overeenkomst met een duidelijk grensoverschrijdend belang.

Betreffende de inhoud van de transparantieplichting die voortvloeit uit de artikelen 49 en 56 VWEU bij overeenkomsten met een grensoverschrijdend belang

43. In haar laatste memorie betwist de verwerende partij de toepasselijkheid van de artikelen 49 en 56 van het VWEU en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting op de toewijzingsprocedure die heeft geleid tot de bestreden beslissing niet (meer). Zij betwist daarentegen wel dat zij de vereiste verplichtingen inzake transparantie niet zou hebben geëerbiedigd en stelt daarbij de vraag wat de door het Hof van Justitie vereiste “passende mate van openbaarheid” te dezen, bij gebrek aan concrete gunningsregels wat het in de markt plaatsen van een te verlenen erfpacht betreft, inhoudt.

43. De op de toewijzende overheid rustende transparantieverplichting strekt ertoe dat alle mogelijk geïnteresseerde gegadigden vooraf worden geïnformeerd en zich kandidaat kunnen stellen. Zij dienen de reële mogelijkheid te krijgen om hun interesse te tonen. Het transparantiebeginsel zorgt er aldus enerzijds voor te voorkomen dat de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie worden geschonden, en anderzijds dat de onpartijdigheid van de gevolgde toewijzingsprocedure kan worden getoetst. Die transparantieverplichting houdt in dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd hetgeen echter niet noodzakelijkerwijze een verplichting inhoudt tot uitschrijving van een aanbesteding (HvJ, nv Coditel Brabant van 13 november 2008, C-324/07, punt 25).

De passende mate van openbaarheid impliceert uiteraard wel dat potentiële wederpartijen uit andere lidstaten daar in redelijkheid effectief kennis van kunnen nemen en op basis van die bekendmaking weloverwogen kunnen besluiten, al dan niet, hun interesse kenbaar te maken. Zoals *supra* is gebleken, geldt, zodra vaststaat dat een bepaalde overeenkomst een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, de transparantieverplichting bovendien ten aanzien van *elke* potentiële inschrijver, ook al is deze gevestigd in dezelfde lidstaat als de uitbestedende overheidsinstantie.

Overigens, op grond van het (interne) grondwettelijk gelijkheidsbeginsel geldt voor potentiële wederpartijen uit de eigen lidstaat evenzeer het transparantiebeginsel dat in het gelijkheidsbeginsel besloten ligt (*zie supra* punt 33).

45. Het staat in eerste instantie aan de uitbestedende overheid om te beoordelen of de oproep tot mededinging in overeenstemming is met de specificiteit van de betrokken overeenkomst, welke beoordeling door de bevoegde rechterlijke instanties kan worden getoetst (HvJ, Parking Brixen van 13 oktober 2005, C-458/03, punt 49). Uit datzelfde arrest van het Hof van Justitie (punt 50) blijkt evenwel dat het volstrekt ontbreken van een oproep tot mededinging in elk

geval niet in overeenstemming is met de vereisten van de artikelen 49 en 56 van het VWEU en strijdig is met het algemeen transparantiebeginsel en de verplichting om een passende mate van openbaarheid te garanderen (zie ook HvJ, Commissie t./ Italië van 13 september 2007, C-260/04, punt 25).

Betreffende de toepassing van het uit de artikelen 49 en 56 voortvloeiende transparantiebeginsel in de voorliggende zaak

46. Er moet worden vastgesteld dat er te dezen, niettegenstaande het duidelijk grensoverschrijdend belang van de beoogde overeenkomst die moet worden voorafgegaan door een passende mate van openbaarheid, in ieder geval geen spoor is in het administratie dossier van enige bekendmaking op initiatief van de verwerende partij omtrent haar voornemen tot gronduitgifte bij wijze van verkoop of erfpacht en, derhalve, van de beoogde overeenkomst op zichzelf, noch van de relevante eisen, criteria en essentiële modaliteiten van het te verwerven contract die *alle* potentiële gegadigden (bijvoorbeeld ook deze in Nederland) toelaten een gelijke kans te krijgen op het verwerven ervan.

Uit het administratief dossier blijkt dat er “persberichten” in De Standaard en het Nieuwsblad zijn verschenen doch deze berichten vanuit de pers kunnen niet worden aangezien als een voorafgaande “oproep tot mededinging” op initiatief van (het bevoegd orgaan van) de verwerende partij van een door haar genomen beslissing om deze gronden uit te geven noch onder welke voorwaarden zij dat wil doen en welke de daarbij te hanteren criteria en eisen zijn.

De verwerende partij stelt in haar feitenrelaas dat er zich “enkele geïnteresseerden” aandienden, maar hierover zijn geen stukken in het administratief dossier voorhanden. Het is volstrekt onduidelijk op grond van welk bekendmakingsbericht deze geïnteresseerden zich aandienden bij de verwerende partij en of hiermee alle potentiële kandidaten werden bereikt; laat staan dat alle potentiële kandidaten kennis hadden van de noodzakelijke gegevens om een weloverwogen voorstel te doen zoals de voorwaarden, modaliteiten of eisen die

aan de beoogde overeenkomst worden gesteld of de termijn waarbinnen de biedingen werden ingewacht. Er kan geen redelijke twijfel over bestaan dat dergelijke handelwijze in ieder geval niet kan worden gezien als een “passende mate van openbaarheid” die toelaat om de gevoerde administratieve toewijzingsprocedure op gelijke behandeling en onpartijdigheid te toetsen. Overigens wordt in die persberichten ten onrechte gesteld dat de parking aan Metropolis wordt verkocht wat onterecht blijkt nu het niet gaat over een verkoop maar om een erfpacht en de verzoekende partij overigens niet de begunstigde is.

Ten overvloede, de onwetendheid van de verzoekende partij omtrent een essentiële modaliteit van het te verwerven contract (erfpacht en geen verkoop); de door de verwerende partij ten onrechte gecreëerde illusie bij de verzoekende partij dat er van een verkoop sprake zou zijn en de verwachting van de verzoekende partij dat zij zich kan steunen op het contractueel bedongen voorkeepsrecht, evenals de beperkte tijd om een bod uit te brengen, vormen belangrijke verschillen met de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van de Raad van State, nr. 212.929 van 5 mei 2011 waarnaar de verwerende partij verwijst. In die zaak kon de toenmalige verzoekende partij immers met volledige kennis van zaken over het te verwerven contract een bod uitbrengen en had zij bijgevolg geen nadeel geleden door de beperkte marktbevraging. De verwerende partij is niet goed geplaatst om, zoals zij in haar laatste memorie doet, te argumenteren dat het haar “niet kwalijk [kan] worden genomen dat zij de verzoekende partij niet eerder dan de vergadering van 22 juni 2012 heeft betrokken in de marktbevragingsprocedure” waar zij aan de verzoekende partij die in 2010 haar belangstelling uitte nog zelf liet weten dat aan elke aankoop- en verkoopprocedure door de verwerende partij een administratieve procedure moet worden doorlopen.

Het volstrekt ontbreken van een voorafgaande oproep tot mededinging uitgaande van de verwerende partij bij de toewijzing van een overeenkomst met duidelijk grensoverschrijdend belang is hoe dan ook niet in overeenstemming met de vereisten van de artikelen 49 en 56 van het VWEU, met

de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie en strookt in het bijzonder niet met de verplichting om een passende mate van openbaarheid te garanderen (HvJ, Parking Brixen van 13 oktober 2005, C-458/03, punt 50; HvJ, Commissie t/ Italië van 13 september 2007, C-260/04, punt 25).

Er is in die omstandigheden dan ook geen reden noch noodzaak om de door de verwerende partij gehanteerde handelwijze aan het evenredigheidsbeginsel te toetsen noch om de prejudiciële vraag die de verwerende partij - overigens pas in haar laatste memorie - formuleert, aan het Hof van Justitie voor te leggen.

47. Volledigheidshalve, ook al aanvaardt het Hof van Justitie dat de overheid bij een overeenkomst met duidelijk grensoverschrijdend belang, in voorkomend geval, van de op haar rustende transparantieplicht kan afwijken en zodoende de oproep tot mededinging achterwege kan laten wanneer zulks kan worden gerechtvaardigd om “dwingende redenen van algemeen belang” (HvJ, nv Belgacom van 14 november 2013, C-221/12, punt 38), dan dient *in casu* te worden vastgesteld dat het bestaan van dergelijke redenen door de verwerende partij niet worden aangevoerd, laat staan aangetoond.

48. Tot slot, kan de verwerende partij niet worden gevolgd waar zij in haar laatste memorie stelt, met verwijzing naar een arrest Ministero dell’Interno van het Hof van Justitie van 11 september 2014 in de zaak C-19/13, dat “een nietigverklaring van de bestreden beslissing [...] de verhouding tussen rechtszekerheid en rechtsbescherming volledig zou doen overhellen naar het laatste aspect” en dat “een dergelijke sanctie in het licht van het evenredigheidsbeginsel kennelijk onredelijk zou zijn”.

Het arrest waarnaar de verwerende partij verwijst is te dezen niet pertinent. Vooreerst had het bodemgeding betrekking op een onrechtmatige (en door de rechter vernietigde) gunningsbeslissing houdende het sluiten van een overeenkomst voor het beheer en de ontwikkeling van telecommunicatie-

dienstgeval waarop de overheidsopdrachtenreglementering van toepassing is, inclusief de ter zake geldende Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten wat te dezen niet het geval is. Bovendien was in het arrest geenszins de vraag aan de orde of die gunningsbeslissing wel kon worden vernietigd dan wel of die vernietiging strijd oplevert met het rechtszekerheidsbeginsel, doch wel de vraag naar de rechtsgevolgen van de nietigverklaring op de reeds gesloten overeenkomst, meer bepaald of de rechter, al dan niet, tot onverbindendverklaring ervan kon besluiten. Deze vraag is dan in het huidig beroep weer niet aan de orde, al was het maar omdat de onverbindendverklaring van de erfpachtovereenkomst buiten de rechtsmacht van de Raad van State valt en toebehoort tot deze van de justitiële rechter die daarover dient te oordelen.

49. Het eerste middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de Raad van Bestuur van de Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn van 18 juli 2012 “waarbij wordt beslist om de onroerende goederen, die op heden het voorwerp uitmaken van een gebruiksovereenkomst van 8 januari 2003 gesloten tussen de verzoekende en de verwerende partij, in erfpacht te geven”.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van drieëntwintig december tweeduizend vijftien, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Kaat Leus,	staatsraad,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Geert Debersaques