

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 230.062 van 30 januari 2015
in de zaak A. 205.555/X-15.880.**

In zake : 1. de NV IMMOROCHA
 2. Jean de CHAFFOY
 3. Marie Caroline RYCKAERT
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Reiner Tijs
 kantoor houdend te 2000 Antwerpen
 Nassaustraet 34 A
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de STAD TURNHOUT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Verbist
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Graaf Van Hoornestraet 51
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 22 augustus 2012, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de gemeenteraad van de stad Turnhout van 25 juni 2012 om “goedkeuring te hechten aan de grondruil voor openbaar nut ter hoogte van het Hofpoortpark ifv de goede en noodzakelijke herinrichting ervan”, evenals van de daaruit blijkende “impliciete beslissing om Immorocha nv uit te sluiten van de mogelijkheid om het parkdeel dat het voorwerp vormt van het gemeenteraadsbesluit van 25 juni 2012 te verwerven”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 220.328 van 13 juli 2012 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen verworpen.

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

Auditeur Sofie De Doncker heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 december 2014.

Staatsraad Stephan De Taeye heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sanne Schepers, die *loco* advocaat Reiner Tijs verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Jannick Smeets, die *loco* advocaat Stijn Verbist verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3. Wat de uiteenzetting van de feiten betreft, wordt verwezen naar 's Raads arrest nr. 220.328 van 13 juli 2012.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. De verzoekers leiden een eerste middel af uit “de schending van het gelijkheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het formele motiveringsbeginsel (art. 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen), het verbod op machtsafwendings”. Zij lichten dit in essentie als volgt toe.

De ruil moest onderworpen zijn aan in mededingingstelling, des te meer omdat het door de verwerende partij overgedragen parkdeel veel groter is dan het deel dat zij zelf verwerft. Er is geen deugdelijke reden om de ruil of de als ruil vermomde verkoop niet openbaar te doen, minstens om niet de voorstellen van de eerste verzoekende partij na te gaan.

Het argument dat enkel het eigendom van de notaris perspectief biedt op een visuele ontsluiting van het park kan niet in redelijkheid stand houden. Eerst was men zinnens iets aan de veiligheid en leefbaarheid te doen, wat op veel manieren kon; de grondinname door de notaris zou gebeuren zonder grondruil; pas nadat de eerste verzoekende partij zich geïnteresseerd betoonde is de constructie van de ruil opgezet.

Tevens kloppen de veiligheidsargumenten van de extra zichtbaarheid vanuit de Driezenstraat, de sociale controle en het verdwijnen van

een dode hoek niet. Ook nog andere pertinente punten die de eerste verzoekende partij liet gelden, zijn niet in redelijkheid weerlegd.

De stad is haar oorspronkelijke doelstelling van verbetering van de veiligheid en de leefbaarheid van het parkje dermate eng gaan invullen, namelijk gaan herleiden “tot een noodzakelijke ruiloperatie in functie van voorgehouden openheid”, dat de eerste verzoekende partij niet meer aan de onderhandelingen kón deelnemen. Dat is kennelijk onredelijk en in strijd met het algemeen belang. Doordat de eerste verzoekende partij niet mee mag doen aan de onderhandelingen, loopt de stad kans mis om haar doelstellingen op een voor haar voordeligere manier te realiseren.

De ruil is geenszins noodzakelijk om de oorspronkelijke doelstellingen te realiseren en is volstrekt disproportioneel ten aanzien van die doelstellingen; beweerdelijk een vierde van het park wordt ingeruild voor een zeer kleine strook.

Er is ten slotte sprake van machtsafwending, doordat de desaffectatie van een stuk van het park louter gebeurt met het oog op het privaat belang van één specifieke partij, evenals van onzorgvuldigheid, doordat niet eens geweten is of de paalwoning ooit gerealiseerd zal kunnen worden.

4.2. De verzoekers doen in hun memorie van wederantwoord nog gelden dat het te dezen niet om een werkelijke ruil gaat en dat notaris L. D. helemaal geen unieke positie bezit. Immers beschikt hij niet over de grond, maar moet eerst nog ten voordele van hem afstand gedaan worden door D. B. en de nv (lees: bvba) E., die evenwel hun rechten behouden op de rest van de af te breken woning en grond. Ook wijzen zij erop dat het wegwerken van de “dode hoek” van het park ook door hen kan gerealiseerd worden en dat aanvankelijk niet in een grondruil was voorzien. Pas wanneer de verzoekers hun interesse uitten om de grond te verwerven, bleek dit een noodzaak te zijn. Verder wijzen de verzoekers erop dat er heel wat mogelijkheden zijn om het park aangenamer en veiliger te maken dan de bestreden “gekunstelde” oplossing die niet in

verhouding is tot de nagestreefde doelstellingen en waarbij verzoekers buitenspel worden gezet en de verwerende partij er alles aan heeft gedaan om “het potje af te dichten”.

Beoordeling

5.1. Aangenomen wordt dat de overheid ook bij het sluiten van overeenkomsten 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.

Het is niettemin denkbaar dat in welbepaalde gevallen van die transparante, algemene bevraging en de gelijke mededinging van potentiële gegadigden wordt afgeweken op voorwaarde dat ervoor een toereikende reden bestaat.

5.2. De eerste bestreden beslissing keurt een grondruil goed waarbij de verwerende partij een stuk van het Hofpoortpark met een oppervlakte van 222 m² ruilt tegen een stuk grond van L. D. met een oppervlakte van 43 m², met dien verstande dat L. D. bovendien een opleg van 46.020 euro aan de stad verschuldigd is.

Of de bewuste ruil die naam verdient dan wel, zoals de verzoekers menen, “in feite een verkoop [betreft]”, doet weinig ter zake. In de beide gevallen gelden de beginselen van gelijkheid en transparantie én geldt in specifieke gevallen de voornoemde afwijkingsmogelijkheid.

5.3. Te dezen is de reden om alleen met L. D. te onderhandelen dat enkel zijn eigendom het “perspectief biedt op een visuele ontsluiting van het park”. Dat is volgens de eerste bestreden beslissing een unieke en uitzonderlijke situatie die niet bij een andere eigenaar aan te treffen is; ware er niet deze mogelijkheid die L. D. biedt, de verwerende partij zou “nooit overgaan tot enige afstand of ruil van gronden die tot het park behoren”.

Naar de overtuiging van verzoekers is die reden niet draagkrachtig.

5.4. Zij verwijzen daartoe in de eerste plaats naar het feit dat de verwerende partij het aanvankelijk, in april 2011, mogelijk achtte iets aan de veiligheid en de leefbaarheid van het park te doen “zonder enige ‘grondenruil’”; pas wanneer de eerste verzoekende partij zich geïnteresseerd toonde om het stuk grond achter de parking van L. D. te kopen, werd de constructie van de ruil opgezet.

De Raad van State kan dat niet bijvallen. Het verschil tussen, eensdeels, datgene waarmee het college van burgemeester en schepenen op 7 april 2011 akkoord ging en, anderdeels, de regeling waarin de eerste bestreden beslissing voorziet, is eerder verwaarloosbaar.

Aanvankelijk stemde het college in met een “Ruil Hofpoort - uitbreiding parking [...] [L. D.] tot 10 parkeerplaatsen in ruil voor aanleg van park”. De notaris mocht volgens dit principiële akkoord door “grondinname” zijn parking uitbreiden tot tien parkeerplaatsen. In ruil voor de grondinname ten belope van 214,77 m² zou geïnvesteerd worden in de aanleg van het park. Onder meer werd uiteengezet dat een herinrichting van het park zich opdringt, dat het door zijn gesloten karakter aanleiding geeft tot vandalisme, dat de rijwoning aan Hofpoort 17 zou worden gesloopt voor een zwevend licht volume op pilaren, dat de gevel en het terras op de eerste verdieping uitzicht geven op het park en zo sociale controle garanderen, dat de benedenverdieping en de privéparking door een schuine gevellijn naar achter worden geschoven en dat dit de relatie tussen het pleintje van de Driezenstraat en de Hofpoort (met het park) verbetert.

In de eerste bestreden beslissing blijft een en ander zo goed als integraal behouden. Wel heeft de grondinname in ruil voor investering nu de vorm van een “grondruil voor openbaar nut” aangenomen, met een opleg van 46.020 euro waarmee thans de effectieve inrichting van het park gefinancierd kan worden; de betrokken stadsgrond beslaat nu 222 m². Blijft dat wordt betoogd dat

het parkje ingesloten ligt en lijdt onder een slechte zichtbaarheid vanuit de aanpalende straten en dat een grotere zichtbaarheid noodzakelijk is, dat de rijwoning aan Hofpoort 17, die de zichtbaarheid van het park ernstig beperkt, wordt gesloopt en vervangen door een nieuwe stadswoning, te weten een zwevend licht volume op pilaren waardoor de zichtbaarheid behouden blijft, dat de gevel en het terras op de eerste verdieping de sociale controle waarborgen, en dat de benedenverdieping en de privéparking door middel van een schuine gevellijn naar achter worden geschoven zodat de zichtbaarheid vanuit de Driezenstraat sterk verbetert.

5.5. Verzoekers hebben eveneens hierop kritiek dat de extra zichtbaarheid – door de woning aan Hofpoort 17 af te breken en de nieuwe woning schuin in te planten – slechts betrekking heeft op een paar vierkante meter. Bovendien menen zij dat er een nieuwe dode hoek gecreëerd wordt. Tevens zou de bijkomende sociale controle vanuit de eerste verdieping van de op te richten constructie maar weinig meerwaarde hebben.

Naar het de Raad van State, mede op grond van stuk 5 van het administratief dossier (foto's), voorkomt, minimaliseren de verzoekers ten onrechte de impact van de afbraak en de schuine inplanting van de nieuwe woning op de zichtbaarheid vanuit de Driezenstraat. Nochtans blijkt een en ander het zicht op het park in meer dan geringe mate te doen toenemen. Dát, en het feit dat een andere eigenaar niet dezelfde visuele ontsluiting mogelijk kan maken, is er net de reden van dat L. D. door de verwerende partij als “de enige partner” is aangezien.

Moet allicht de sociale controle vanuit de nieuw op te richten woning niet overdreven worden, evenmin is ze als onbestaande te beschouwen. Overigens is ook al de grotere zichtbaarheid van het park vanuit de Driezenstraat, van aard om tot een grotere sociale controle bij te dragen.

Dat er een nieuwe dode hoek dreigt te ontstaan, is overdreven. De vroegere dode hoek betrof een reële hoek achter de parking van L. D. De door

de verzoekers bedoelde, nieuwe dode hoek wordt blijkbaar mee gevormd door een denkbeeldige lijn. Ze gaan er verkeerdelijk van uit dat een plek in het park reeds een dode hoek vormt om de enkele reden dat ze niet zichtbaar is vanuit de Driezenstraat.

5.6. Voorts bestrijden de verzoekers het motief om alleen met L. D. te onderhandelen omdat het de schuld van de verwerende partij is dat het park er verwaarloosd bij ligt, omdat de veiligheid eerder door beleid en politie gegarandeerd moet worden dan door sociale controle en omdat, wat de paalwoning betreft, “enkel de gelijkvloers opengetrokken [wordt]” en eronder zelfs een bijkomende donkere dode hoek wordt gecreëerd.

Met de eerste bestreden beslissing beoogt de verwerende partij net de verwaarlozing en de onveiligheid aan te pakken met actief beleid. Als de verwerende partij beweert dat het eigendom van L. D. perspectief biedt op een visuele ontsluiting van het park, dan is dat wezenlijk vanwege het perspectief van de sloping van de rijwoning aan Hofpoort 17 en de schuine inplanting van de nieuwe woning en vanwege het perspectief, dus, van de dáárdoor gecreëerde zichtbaarheid van op de openbare weg. De suggestie, ten slotte, dat de ruimte onder de privépaalwoning even problematisch zou zijn als voorheen de problematische rechteruithoek van het park, komt gratis voor.

5.7. Samengevat, tot hier, is niet aangetoond dat de verwerende partij onwettig heeft gehandeld door te oordelen dat het op vandaag verloederde Hofpoortpark toe is aan opwaardering, dat een grotere zichtbaarheid van op de openbare weg daartoe een deel van de oplossing is en dat te dien aanzien de situatie van L. D. zo speciaal en uniek is dat hij met betrekking tot de geruilde stadgrond als “de enige partner” van de verwerende partij verschijnt. Deze redengeving lijkt te beantwoorden aan de *sub* randnummer 5.1 bedoelde “toereikende reden”.

5.8. Wat de grief betreft dat de ruil waartoe besloten werd disproportioneel is, stelt ook de Raad van State vast dat de verwerende partij wel

een vrij aanzienlijk stuk stadspark in ruil geeft aan L. D. Volgens de eerste bestreden beslissing is dit het gevolg van het feit dat deze “ook wil winnen bij een eventuele grondruil”. Inzonderheid wil hij tien parkeerplaatsen kunnen realiseren, in plaats van de zes waarover hij thans beschikt. Weliswaar gaat daardoor de ruil gepaard met een opleg van 46.020 euro vanwege L. D.

Of het voordeel dat de verwerende partij met de transactie beoogt, opweegt tegen het nadeel van de inkrimping van het park, is een kwestie van appreciatie, een kwestie dus waarover verschillende meningen denkbaar zijn, die elk wettig kunnen zijn. Dat de verwerende partij eventueel binnen de grenzen van de redelijkheid zou zijn gebleven door de voorliggende deal als te ongunstig af te wijzen, betekent niet dat zij die grenzen miskent door wel met de ruil in te stemmen. Het staat voor de Raad van State niet voldoende vast dat er een ontoereikend verband van proportionaliteit bestaat tussen de ruil en het doel dat ermee wordt nagestreefd.

5.9. Van machtsafwending kan alleen sprake zijn als het zogenaamde ongeoorloofd oogmerk het enige doel betreft.

Zoals hiervoor gezien, wordt de besproken ruil genoeg verantwoord door het oogmerk om het Hofpoortpark op te waarderen – zijnde een doelstelling van algemeen belang – en om het daartoe meer zichtbaar te maken en visueel te ontsluiten. Dat de ruil ook de belangen van L. D. dient, doet dat niet verdwijnen.

5.10. Verder moet nog worden stilgestaan bij de kritiek van de verzoekers dat het maar zeer de vraag is of de paalwoning er ooit zal komen. Volgens hen is de verwerende partij onzorgvuldig geweest door de bestreden ruil op een “volstrekt hypothetische situatie” te hebben gesteund.

Zoals reeds hoger gesteld, werd inmiddels op 3 januari 2013 een stedenbouwkundige vergunning voor de bouw van een paalvergunning verstrekt. Met zijn beslissing van 25 juni 2012 hechtte de gemeenteraad overigens

ook goedkeuring aan de notariële ontwerpakte “Ruil Grond”. Daarin is ten voordele van de verwerende partij als voorwaarde van de ruil opgenomen dat L. D. zich ertoe verbindt “een gebouw met woonbestemming en met parking op te richten of te laten oprichten, waarbij met het oog op betere sociale controle op het park [...] een goede visibiliteit wordt verzekerd vanuit de Driezenstraat en vanuit de te bouwen woning naar het park toe”. Dit weerlegt de beweerde onzorgvuldigheid.

5.11. Wat het in de memorie van wederantwoord van verzoekers gevoerde betoog betreft, dat de tussen de verwerende partij en L. D. gesloten overeenkomst, en dus de bestreden beslissing, pas tot stand kan komen na tussenkomst van derden, zijnde D. B. en de bvba E., moet vooreerst vastgesteld worden dat uit het administratief dossier (stuk 25) blijkt dat deze derden met de afstand van hun rechten hebben ingestemd, zodat de beoogde grondruil kon plaatsvinden. Zoals gezien werd bovendien inmiddels, zowel voor de aanleg van het stadspark als voor het bouwen van een nieuwe stadswoning en de uitbreiding van de privéparking, een stedenbouwkundige vergunning verleend.

Het middel is ongegrond.

B. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. De verzoekers roepen in een eerste middel de schending in van het verbod om “*in extremis*” nog beslissingen te nemen en van het zorgvuldigheidsbeginsel. In dit verband voeren zij de schending van de omzendbrieven BA 2006/02 van 3 februari 2006 en BB 2011/4 aan. Deze omzendbrieven verzoeken onder andere de gemeentelijke overheden om in het jaar van de verkiezingen en tot aan de installatie van de nieuwe raden de nodige omzichtigheid aan de dag te leggen. *In casu* werd slechts enkele maanden voor de verkiezingen de beslissing genomen om een belangrijk deel van het openbaar domein te desaffacteren en te vervreemden ten voordele van een privaat persoon.

Een dergelijke zwaarwichtige beslissing kan niet snel voor de gemeenteraadsverkiezingen worden “doorgeduwd”, zeker niet nu zelfs een aantal gemeenteraadsleden hadden verzocht om het punt te verdagen. Tot slot wordt de eerste bestreden beslissing volledig in strijd met het mobiliteitsplan geacht, aangezien zij in het centrum bijkomend verkeer zal aantrekken.

6.2. In hun memorie van wederantwoord stellen de verzoekers niet in te zien waarom zij, zoals de verwerende partij aanvoert, het besluit van het college van burgemeester en schepenen van 7 april 2011 zouden hebben moeten aanvechten, nu dit een geheel andere beslissing betrof dan de thans bestredene.

Beoordeling

7.1. Zoals reeds bij de beoordeling van het tweede middel is gebleken (zie randnummer 5.4), is het verschil tussen, eensdeels, datgene waarmee het college van burgemeester en schepenen op 7 april 2011 akkoord ging en, anderdeels, de regeling waarin de eerste bestreden beslissing voorziet, eerder verwaarloosbaar. Gelet hierop kan de eerste bestreden beslissing bezwaarlijk als een “*in extremis*” genomen beslissing worden beschouwd. Noch het feit dat niet alle gemeenteraadsleden akkoord gingen met deze beslissing, noch het feit dat enkele gemeenteraadsleden om verdaging van het agendapunt verzochten, doet hieraan enige afbreuk.

7.2. De loutere bewering van de verzoekers dat de eerste bestreden beslissing “volledig in strijd [is] met het mobiliteitsplan, hetwelk het verkeer uit het centrum van Turnhout wil houden”, omdat deze in het centrum bijkomend verkeer zal aantrekken, volstaat niet om de onwettigheid van deze beslissing aan te tonen.

7.3. In de mate dat verzoekers’ kritiek op de beweegredenen van de verwerende partij bij het nemen van de eerste bestreden beslissing samenvalt met die in het tweede middel, volstaat het te verwijzen naar de beoordeling van dit middel.

Het middel is ongegrond.

C. Conclusie

8. Het beroep moet hoe dan ook bij gebrek aan gegronde middelen worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 525 euro, elk voor een derde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van dertig januari 2015, door de Raad van State, Xe kamer, samengesteld uit:

Johan Lust,	kamervoorzitter,
Pierre Lefranc,	staatsraad,
Stephan De Taeye,	staatsraad,
bijgestaan door	
Astrid Truyens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Astrid Truyens

Johan Lust