

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 146.481 van 23 juni 2005
in de zaak A. 104.630/XII-3097.**

In zake : de NV ECOWATT,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Mallien,
kantoor houdende te Antwerpen,
Meir 24

tegen :

de VLAAMSE GEMEENSCHAP,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Devers,
kantoor houdende te Gent,
Kouter 71-72.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Ecowatt op 14 mei 2001 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “het besluit van de directeur-generaal, administratie Kanselarij en Voorlichting van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap d.d. 14 maart 2001, [...], waarbij het hoger beroep wordt afgewezen tot inzage van gevraagde stavingsstukken in het kader van de gegunde onderhandelingsprocedure voor concessie voor openbare werken, bestek nr. 16/EGK0/0005 voor het bouwen en exploiteren van een waterkrachtcentrale ter hoogte van nieuw te bouwen stuwen op de Bovenschelde te Oudenaarde, overeenkomstig het Vlaams decreet openbaarheid van bestuur van 18 mei 1999”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 2 september 2004 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 3 december 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 18 januari 2005;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat P. Mallien, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat H. Vermeire, die loco advocaat P. Devers verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. De gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat :

1.1. Bij brief van 15 januari 2001 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mede dat de bevoegde minister op 15 december 2000 beslist heeft om de hiervoor aangehaalde opdracht toe te wijzen aan de tijdelijke vereniging Waterkracht Oudenaarde.

1.2. De verzoekende partij, die een offerte had ingediend, vraagt de verwerende partij bij faxbericht van 25 januari 2001 de gemotiveerde beslissing over te zenden onder verwijzing naar artikel 25 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; met een tweede faxbericht van 25 januari 2001 vraagt de verzoekende partij de overzending van de volledige inschrijving van de voormelde tijdelijke vereniging alsmede alle latere briefwisseling met die vereniging, ditmaal onder verwijzing naar artikel 7 van het decreet van 18 mei 1999 betreffende de openbaarheid van bestuur.

1.3. Met een brief van 2 februari 2001 deelt de verwerende partij de gemotiveerde toewijzingsbeslissing mede maar weigert zij de mededeling van de andere gevraagde documenten, verwijzende naar artikel 8, § 1, 4° van het voormelde decreet.

1.4. De toewijzingsbeslissing verwijst naar het verslag van de beoordelingscommissie van 20 november 2000 “dat als bijlage bij [de] beslissing is gevoegd en er integrerend deel van uitmaakt”. Dat verslag is niet meegezonden aan de verzoekende partij.

1.5. Op 13 februari 2001 dient de verzoekende partij beroep in, overeenkomstig artikel 14 van het voornoemde decreet bij de leidende ambtenaar van de administratie Kanselarij en Voorlichting van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, tegen de voormelde beslissing van 2 februari 2001 om slechts een gedeeltelijk afschrift van de toewijzingsbeslissing, namelijk zonder mededeling van het voormelde verslag door te zenden en om afschrift en inzage te weigeren van de volledige inschrijving van de voormelde tijdelijke vereniging en van alle latere briefwisseling met die vereniging.

1.6. Bij brief van 14 maart 2001 deelt de Directeur-generaal van Administratie Kanselarij en Voorlichting met de bestreden beslissing mede dat het verzoekschrift als ontvankelijk doch ongegrond wordt beschouwd.

Hij verwijst daarbij naar artikel 8, § 1, 4°, van het voormelde decreet van 18 mei 1999 waarin bepaald is “dat een aanvraag tot openbaarmaking wordt afgewezen als het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen het vertrouwelijk karakter van commerciële en industriële gegevens die aan de overheid zijn medegedeeld, tenzij de betrokkene met de openbaarheid ervan heeft ingestemd” en bovendien naar artikel 25, § 4, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 waar in een “gelijkaardige” bepaling is voorzien “waardoor bepaalde gegevens niet openbaar kunnen gemaakt worden wanneer ze schade zouden kunnen toebrengen aan de rechtmatige commerciële belangen van een particuliere onderneming”.

Het verslag van de beoordelingscommissie alsook de offerte van de voornoemde vereniging worden beschouwd als zijnde “vertrouwelijke ondernemingsgegevens” vermits er “concrete prijsgegevens” uit kunnen worden afgeleid “aangezien de rendementen en de opbrengsten daarin uitvoerig worden besproken voor de beide inschrijvingen”.

De verzoekende partij wordt er ten slotte op gewezen dat zij “bij de indiening van haar offerte speciaal de aandacht van het bestuur heeft gevestigd op het feit dat de gegevens van [haar] inschrijving niet kenbaar mochten gemaakt worden aan derden, wat er toch ook op wijst dat dit ter vrijwaring van de commerciële belangen werd ingegeven”;

2. De samenvoeging

Overwegende dat de verzoekende partij suggereert om de zaak samen te voegen met de zaak A. 101.947/XII-3001, waarin zij annulatieberoep heeft ingediend tegen de beslissing tot toewijzing van de in het geding zijnde opdracht; dat er geen grond is tot die samenvoeging aangezien niet dient te worden gevreesd voor tegenstrijdige uitspraken, en beide beroepen verschillende beslissingen betreffen onderworpen aan afzonderlijke rechtsregelingen;

3. Het in rechte treden van de verzoekende partij

Overwegende dat de verwerende partij de volgende exceptie opwerpt :

“Te oordelen aan de door de verzoekster voorgelegde stukken heeft haar raad van bestuur op 10 mei 2001 beslist het huidige annulatieberoep in te stellen.

Blijkens de statuten van de verzoekster (artikel 7) bestaat haar raad van bestuur uit tien (10) leden, te weten zes (6) bestuurders benoemd op voordracht van haar A - aandeelhouders, twee (2) bestuurders benoemd op voordracht van haar B - aandeelhouders en twee (2) bestuurders op voordracht van haar A en B - aandeelhouders; behoudens in het geval van overmacht en hoogdringendheid kan haar raad van bestuur alleen dan geldig beraadslagen en besluiten treffen, indien minstens de helft van zijn leden aanwezig of vertegenwoordigd is en indien daarbij minstens één bestuurder aanwezig is uit de groep van bestuurders die zijn voorgedragen door de aandelen categorie A enerzijds en door de aandelen categorie B anderzijds.

Uit de door de verzoekster zelf medegedeelde notulen van de zitting van haar raad van bestuur van 10 mei 2001 blijkt dat er vier (4) als bestuurders gekwalificeerde personen (zie hierna) aanwezig waren, zonder dat enige duidelijkheid wordt verschaft of het hier om A of B bestuurders gaat. Als afgevaardigd bestuurder zou de n.v. Econcern gelden (vertegenwoordigd door Bruno Buyse).

Uit het voorgaande volgt dat de beslissing van de raad van bestuur van de verzoekster van 10 mei 2001 niet alleen niet werd genomen met het vereiste aanwezigheidsquorum (slechts vier van de tien bestuurders waren aanwezig, er waren geen vertegenwoordigingen), maar tevens dat niet blijkt (en dan nog op een ten opzichte van derden tegenstelbare wijze) dat onder de aanwezige bestuurders zowel een A - bestuurder als een B - bestuurder de zitting (beraadslaging en stemming) bijwoonden.

Bij gebreke aan bijzonder beding in de statuten van de verzoekster is enkel haar raad van bestuur bevoegd te beslissen huidig annulatieberoep in te stellen. Deze raad dient deze beslissing dan wel rechtsgeldig te nemen, d.i. in overeenstemming met de statuten van de verzoekster [...]. Hetgeen ter zake duidelijk (gezien vanuit het aanwezigheidsquorum) niet is geschied, minstens, voor wat betreft de categorieën van bestuurders, niet wordt bewezen. Zodat het huidig annulatieberoep onontvankelijk is.”;

Overwegende dat de verzoekende partij onder meer antwoordt :

“Art. 7 van de statuten van n.v. Ecowatt stelt uitdrukkelijk :

'Onverminderd de algemene vertegenwoordigingsmacht van de Raad van Bestuur als college wordt de vennootschap ten aanzien van derden rechtsgeldig verbonden door twee bestuurders die gezamenlijk optreden en aan wie volledige collectieve vertegenwoordigingsbevoegdheid is toegerekend, ofwel door een afgevaardigde bestuurder afzonderlijk'.

De beslissing om onderhavig annulatiecontentieux in te leiden werd in casu genomen door de raad van bestuur, samengesteld uit vier aanwezige of vertegenwoordigde bestuurders, waaronder de gedelegeerde bestuurder n.v. Econcern, vertegenwoordigd door haar gedelegeerd bestuurder de Heer Bruno Buyse.

Op basis van hogervermelde statutaire clausule volstonen echter reeds twee bestuurders”;

Overwegende dat met het aangehaalde artikel 7 van de statuten, de verzoekende partij bij toepassing van het toentertijd geldende artikel 54, vierde lid, van de vennootschappenwet algemene (“volledige collectieve”) vertegenwoordigingsbevoegdheid aan twee bestuurders heeft verleend die gezamenlijk optreden; dat te dezen minstens twee bestuurders zijn opgetreden; dat de exceptie niet wordt aangenomen;

4. Het belang

Overwegende dat de verwerende partij inzake het belang opwerpt dat via het administratief dossier in de procedure G/A 101.947/XII-3001, de verzoekende partij kennis kan nemen van de in het geding zijnde stukken; dat de verwerende partij deze exceptie in haar laatste memorie specificeert door te stellen dat in elk geval het actuele belang ontbreekt “wat betreft het volledige rapport van de beoordelingscommissie”;

Overwegende, wat het verslag van de beoordelingscommissie betreft, dat de verzoekende partij niet betwist over de volledige tekst van dit stuk te beschikken door de neerlegging ervan in het administratief dossier van de zaak A. 101.947/XII-3001; dat de Raad van State niet ziet welk voordeel de gevraagde

nietigverklaring nog bijkomend zou kunnen opleveren; dat de exceptie in zoverre wordt aangenomen;

5. De gegrondheid van het beroep

Overwegende dat de verzoekende partij in een derde middel de schending van artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen aanvoert; dat zij nader betoogt hetgeen volgt :

“Dat verzoekster geenszins betwist dat het schrijven van de directeur-generaal administratie Kanselarij en Voorlichting dd. 14 maart 2001 motieven inhoudt;

Dat het echter overduidelijk is dat de motivatie geenszins afdoende is en geenszins de juridische feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen;

Dat de beslissing van de directeur-generaal als het ware een algemeenheid inhoudt dat men nooit kopies zou kunnen vragen van een gedetailleerd verslag van de beoordelingscommissie en/of de offerte van het concurrerend bedrijf;

Dat men immers in het algemeen gaat stellen dat 'uit het gedetailleerd beoordelingsrapport (...) zonder enige twijfel concrete prijsgegevens (kunnen) afgeleid worden, vermits de rendementen en de opbrengsten daarin uitvoerig worden besproken voor de beide inschrijvingen';

Dat men het nog beklemtoont met de boutade :

'Indien men deze documenten dan ter beschikking zou stellen, dan zou dit ontegensprekelijk een schending inhouden van voormelde wettelijke bepalingen (zowel het decreet van 18 mei 1999 als het K.B. van 8 januari 1996)'.

Dat in het tweede middel echter is aangetoond geworden dat het K.B. nr. 1 van 8 januari 1996, art. 25, § 4 slechts toelaat om welbepaalde gegevens niet mee te delen;

Dat de gegeven interpretatie door de directeur-generaal er echter op neerkomt dat men bij overheidsopdrachten nooit kopie zou kunnen vragen van het gedetailleerd beoordelingsrapport en de offerte van het concurrerend bedrijf;
[...]

Dat een afdoende motivatie, geruggensteund op juridische en feitelijke overwegingen, uitdrukkelijk had moeten stellen waarom welbepaalde gegevens eventueel niet worden meegedeeld, eventueel overeenkomstig de criteria, duidelijk voorgeschreven in art. 25, § 4 van het K.B. nr. 1 van 8 januari 1996;
[...]"

Overwegende dat het middel zich vooral richt tegen de niet-mededeling van het verslag van de beoordelingscommissie; dat het in zoverre niet ontvankelijk is wegens het hiervoor vastgesteld gebrek aan belang;

Overwegende, in zoverre het middel de niet-mededeling betreft van de offerte van de gekozen inschrijver, de verzoekende partij in wezen enkel betoogt dat de bestreden beslissing slechts een stijlformule bevat omdat zij de “algemeenheid

inhoudt dat men nooit kopies zou kunnen vragen van [...] de offerte van het concurrerend bedrijf” en dat een “afdoende motivatie [...] uitdrukkelijk had moeten stellen waarom welbepaalde gegevens eventueel niet worden medegedeeld, eventueel overeenkomstig de criteria, duidelijk voorgeschreven in art. 25, §4 van het KB nr. 1 van 8 januari 1996”;

Overwegende dat in de bestreden beslissing, teneinde te voldoen aan artikel 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991, de motivering de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen, en zulks op “afdoende” wijze;

Overwegende dat in de bestreden beslissing onder verwijzing naar artikel 8, §1, 4° van het meervermelde decreet van 18 mei 1999 de bedoelde offerte als een “vertrouwelijk ondernemingsgegeven” wordt aangemerkt en onder verwijzing naar artikel 25, §4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 als een gegeven dat “niet openbaar [kan] gemaakt worden wanneer [het] schade [zou] kunnen toebrengen aan de commerciële belangen van een particuliere onderneming”;

Overwegende dat volgens de eerstgenoemde bepaling de overheden een aanvraag tot openbaarmaking afwijzen “als ze hebben vastgesteld dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van [...] 4° vertrouwelijk commerciële en industriële gegevens, met inbegrip van het intellectueel eigendom, die aan de overheid zijn medegedeeld, tenzij de betrokkene met de inzage, de uitleg of de mededeling in afschrift ervan heeft ingestemd”; dat overeenkomstig het tweede genoemde artikel “bepaalde gegevens niet worden medegedeeld indien openbaarmaking van die gegevens [...] schade zou kunnen toebrengen aan de rechtmatig commerciële belangen van bepaalde [...] ondernemingen”;

Overwegende dat de bestreden beslissing aldus meer inhoudt dan een stijlformule om de openbaarmaking af te wijzen; dat integendeel de offerte is aangemerkt als een gegeven dat met toepassing van concreet aangegeven bepalingen buiten de openbaarmaking diende te blijven; dat aldus de bestreden beslissing op afdoende wijze uitdrukkelijk is gemotiveerd zonder schending van de formele motiveringsverplichting vervat in artikel 3 van de wet van 29 juli 1991; dat de verzoekende partij overigens slecht geplaatst is om die uitzonderingsgrond te betwisten nu zijzelf bij haar eigen offerte, een in principe vergelijkbaar gegeven, heeft gesteld dat zij vertrouwelijk diende te worden gehouden; dat zij in haar laatste

memorie -in een betoog betreffende haar belang- weliswaar een onderscheid tussen offertes doorgang wil doen vinden; dat een dergelijk onderscheid echter alvast niet relevant is bij de toepassing van het voornoemde artikel 25, §4, dat op zeer algemene wijze gewag maakt van de mogelijkheid (“kan”) dat de openbaarmaking commerciële belangen schade zou berokkenen; dat het middel niet gegrond is; dat enkel dat middel in het auditoraatsverslag is onderzocht zodat een heropening van de debatten noodzakelijk is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De debatten worden heropend.

Artikel 2.

Het door de auditeur-generaal aangestelde lid van het auditoraat wordt belast met een aanvullend onderzoek.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op drieëntwintig juni 2005, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.