

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 213.752 van 8 juni 2011
in de zaak A. 198.721/XII-6462**

In zake: de nv BE-MOBILE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Verbeke
kantoor houdend te 1200 Brussel
Neerveldstraat 109
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Karel Van Hoorebeke en Rebecca Denys
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure Rechts 162
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 6 januari 2011, strekt tot de nietigverklaring en de schorsing van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 1 december 2010 van [het afdelingshoofd van het departement Mobiliteit en Openbare Werken, afdeling Verkeerscentrum van het Vlaamse Gewest], waarbij werd beslist de opdracht onder bestek VC/10122 ‘Leveren van een netwerk Vlaanderen met reistijden of snelheden’ te gunnen aan Tom Tom International BV uit Amsterdam (voor een bedrag van 117.467 EUR), en derhalve niet aan verzoekster”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een verslag opgesteld over het beroep tot nietigverklaring, op grond van artikel 93 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, en over de vordering tot schorsing.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 mei 2011.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stijn Verbeke, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Rebecca Denys, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Het Vlaamse Gewest schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor de in het geding zijnde overheidsopdracht.

De opdracht wordt op 31 juli 2010 bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en op 4 augustus 2010 in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. De nv Be-Mobile, huidige verzoekende partij, en bv Tom Tom International dienen een offerte in.

3.3. Op 1 december 2010 beslist de secretaris-generaal van het departement Mobiliteit en Openbare Werken, afdeling Verkeerscentrum, om de opdracht “leveren van een netwerk Vlaanderen met reistijden of snelheden” te gunnen aan bv Tom Tom International voor een bedrag van 117.467 euro, btw inbegrepen. Dit is de thans bestreden beslissing.

3.4. Met een brief van 21 december 2010 wordt verzoekende partij er van op de hoogte gebracht dat haar offerte niet werd gekozen.

IV. Toepassing procedure korte debatten

Ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring

4.1. Artikel 522, § 2, van het Wetboek van Vennootschappen bepaalt onder meer dat in een naamloze vennootschap het de raad van bestuur is die de vennootschap “in rechte” als eiser of verweerder vertegenwoordigt, maar dat de statuten aan één of meer bestuurders bevoegdheid kunnen verlenen om, alleen of gezamenlijk, de vennootschap te vertegenwoordigen.

4.2. Overeenkomstig artikel 9 van de statuten van verzoekende partij wordt de vennootschap bestuurd door een raad bestaande uit zes leden, al dan niet aandeelhouders. Twee bestuurders zullen steeds worden gekozen uit een lijst voorgedragen met een meerderheid van de stemmen verbonden aan de categorie A aandelen (de “Categorie A Bestuurders”), twee bestuurders uit een lijst voorgedragen met een meerderheid van de stemmen verbonden aan de categorie B aandelen (de “Categorie B Bestuurders”) en twee bestuurders uit een lijst voorgedragen met een meerderheid van de stemmen verbonden aan de categorie C aandelen (de “Categorie C Bestuurders”).

Luidens artikel 13, eerste en tweede lid, van de statuten kan de raad van bestuur enkel geldig beraadslagen en besluiten wanneer “meer dan de helft van zijn leden aanwezig of vertegenwoordigd is op de vergadering, waarvan minstens één Categorie A Bestuurder, één Categorie B Bestuurder en één Categorie C Bestuurder”. Indien dit aanwezigheidsquorum niet wordt behaald, kan evenwel binnen de zeven dagen een nieuwe vergadering van de raad van bestuur

worden gehouden met dezelfde agenda, die geldig zal kunnen beraadslagen en besluiten wanneer meer dan de helft van zijn leden aanwezig of vertegenwoordigd is op de vergadering, ongeacht de categorie waartoe die bestuurders behoren.

Luidens artikel 13, derde lid, van de statuten worden “met uitzondering van de besluiten vermeld in artikel 14, [...] de besluiten binnen de raad van bestuur genomen met eenvoudige meerderheid van uitgebrachte stemmen. Blanco stemmen zullen niet worden geteld als uitgebrachte stemmen”.

“Behalve voor de besluiten die een loutere uitvoering van het business plan van de vennootschap betreffen”, zal luidens artikel 14 van de statuten voor de daarna vermelde besluiten “minstens de goedkeuring van één Categorie A Bestuurder, één Categorie B Bestuurder en één Categorie C Bestuurder vereist zijn”. Artikel 14 verwijst dan onder andere naar “het optreden in rechte, zowel als eiser als als verweerder, waaronder begrepen het voeren van administratieve en arbitrale procedures en het afsluiten van dadingen, met uitzondering van (i) het nemen van die rechtsmaatregelen die geen uitstel kunnen lijden (in welk geval de raad van bestuur evenwel meteen zal ingelicht worden hierover) en (ii) normale invorderingsprocedures betreffende de betaling van goederen en diensten geleverd door de vennootschap die behoren tot de gewone bedrijfsvoering, al dan niet via gerechtelijke procedures”.

Artikel 16 van de statuten bepaalt:

“De raad van bestuur is bevoegd om alle handelingen te verrichten die nodig of dienstig zijn tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap, met uitzondering van die handelingen waarvoor volgens de wet alleen de algemene vergadering bevoegd is.

De raad van bestuur vertegenwoordigt als college de vennootschap in alle handelingen in en buiten rechte.

Onverminderd de algemene vertegenwoordigingsmacht van de raad van bestuur als college, wordt de vennootschap ten aanzien van derden, voor het gerecht en in de akten, met inbegrip van deze voor dewelke een tussenkomst van een openbaar ambtenaar of een notaris is vereist, rechtsgeldig verbonden door :

- (i) minstens 2 bestuurders, die tot een verschillende categorie van bestuurders behoren, gezamenlijk handelend;
- (ii) de Gedelegeerd bestuurder, binnen de grenzen van het dagelijks bestuur en de beperkingen daaraan gesteld in artikel 17;

(iii) bijzondere gevolmachtigden, binnen het kader van hun mandaat”.

Artikel 17 bepaalt ten slotte dat de raad van bestuur het dagelijks bestuur van de vennootschap en de vertegenwoordiging wat het dagelijks bestuur aangaat, kan opdragen aan één van de categorie A bestuurders, genaamd gedelegeerd bestuurder en voorts: “De Gedelegeerd Bestuurder zal belast worden met het dagelijks bestuur van de vennootschap, met dien verstande dat (i) de beslissingen vermeld in artikel 14 en (ii) alle beslissingen met een financiële impact van meer dan honderd vijftientig duizend euro (€125.000,00) in geen geval tot het dagelijks bestuur behoren en steeds een beslissing van de raad van bestuur vereisen”.

5.1. Blijkens de voorgelegde beslissing tot in rechte treden heeft verzoekende partij op 4 januari 2011 kennis genomen van “de beslissing van 1 december 2010 van het Verkeerscentrum betreffende de algemene offerteaanvraag Bestek VC/10122” en beslist om bij de Raad van State “beroep tot schorsing en tot nietigverklaring in te stellen tegen de beslissing van het Departement Mobiliteit en Openbare Werken - Verkeerscentrum van 1 december 2010, meegedeeld (zonder de motivering) op 21 december 2010”.

Deze beslissing werd slechts voluit ondertekend door een “Bestuurder Klasse A” (bvba Cools Projects) en door een “Bestuurder Klasse B” (Philippe Leerman). Voorts wordt onderaan het stuk verwezen naar een niet nader genoemde “Bestuurder Klasse C”, waarbij een parafering staat, klaarblijkelijk met dezelfde inkt en pen als de ondertekenaar bestuurder klasse A gebruikte.

5.2. Er wordt niet verduidelijkt of het voorgelegde stuk een beslissing is van de raad van bestuur van verzoekende partij of enkel van de ondertekenende bestuurders.

In de bij het verzoekschrift gevoegde statuten merkt verzoekende partij zelf artikel 16, derde lid, (i) aan met kleurstift. Hieruit kan worden afgeleid dat het niet gaat om een beslissing van de raad van bestuur maar enkel van de ondertekenende bestuurders.

6. Te dezen kan bezwaarlijk worden aangenomen dat in het voornoemd artikel 16, derde lid, (i), van de statuten beslissingsbevoegdheid mag worden geput voor twee bestuurders van een verschillende categorie tot het instellen van een annulatieberoep bij de Raad van State. “Voor het optreden in rechte, zowel als eiser als verweerder, inbegrepen het voeren van administratieve en arbitrale procedures”, is immers luidens artikel 14 van de statuten minstens de goedkeuring vereist van één categorie A bestuurder, één categorie B bestuurder en één categorie C bestuurder. Het instellen van een annulatieberoep valt niet onder de twee in deze bepaling genoemde uitzonderingen: het gaat niet om een invorderingsprocedure en niet om een rechtsmaatregel die geen uitstel kan lijden.

Zelfs wanneer één van de ondertekenende bestuurders de gedelegeerd bestuurder zou zijn, leidt dit niet tot een ander besluit, ook al bepaalt artikel 16, derde lid, (ii), van de statuten dat deze binnen de grenzen van het dagelijks bestuur en de beperkingen daaraan gesteld in artikel 17 de vennootschap ten aanzien van derden, in rechte en in de akten rechtsgeldig verbindt. Niet alleen worden geen stukken voorgelegd waaruit blijkt dat de ondertekenende categorie A bestuurder ook de gedelegeerd bestuurder is, maar bovendien behoort het instellen van een annulatieberoep bij de Raad van State niet tot het dagelijks bestuur van een vennootschap. Artikel 17 van de statuten bepaalt voorts uitdrukkelijk dat de beslissingen vermeld in artikel 14 in geen geval tot het dagelijks bestuur zullen behoren en steeds een beslissing van de raad van bestuur vereisen.

7. Ten overvloede dient vastgesteld dat uit de voorgelegde beslissing om in rechte te treden niet blijkt dat het in artikel 13, eerste lid, vereiste quorum “meer dan de helft van zijn leden”, dus 4 van de 6 bestuurders, was bereikt. Het stuk vermeldt niet wie aanwezig of vertegenwoordigd was en werd ondertekend door een “Bestuurder Klasse A” (bvba Cools Projects) en door een “Bestuurder Klasse B” (Philippe Leerman). Voorts wordt ook verwezen naar een “Bestuurder Klasse C”. Indien al zou worden aangenomen dat de parafering aldaar een ondertekening uitmaakt, wordt niet vermeld wie die bestuurder is zodat zelfs niet kan worden nagegaan of hij effectief een categorie C bestuurder is.

Evenmin blijkt dat, indien dit stuk uitgaat van de raad van bestuur, het ging om een nieuwe vergadering na een eerste vergadering met dezelfde agenda waar het aanwezigheidsquorum niet werd behaald; dan nog moet luidens artikel 13 meer dan de helft van zijn leden aanwezig of vertegenwoordigd zijn maar dan ongeacht de categorie waartoe deze bestuurders behoren.

Zelfs indien zou worden aanvaard dat dit stuk ook door een Categorie C bestuurder is ondertekend, doet dit geen afbreuk aan de vaststelling dat niet blijkt dat de raad van bestuur dan geldig kon beraadslagen en besluiten. Het feit dat dan minstens de goedkeuring van één categorie A bestuurder, één categorie B bestuurder en één categorie C bestuurder werd verkregen, maakt dit niet goed.

8. Nu geen beslissing van de raad van bestuur werd voorgelegd, minstens niet blijkt dat de beslissing tot in rechte treden uitgaat van een raad van bestuur die geldig kon beraadslagen, blijkt niet dat geldig en tijdig werd beslist tot het instellen van het annulatieberoep.

Zelfs indien zou worden aangenomen dat de beslissing tot het instellen van de vordering tot schorsing kwalificeert als het nemen van een rechtsmaatregel die geen uitstel kan lijden en genomen zou kunnen worden door twee bestuurders van een verschillende categorie, blijft de vaststelling dat niet geldig beslist werd tot het instellen van het annulatieberoep.

9. Het beroep is niet ontvankelijk hetgeen ambtshalve wordt vastgesteld.

V. De vordering tot schorsing

10. De vastgestelde niet-ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring heeft tot gevolg dat de door verzoekende partij ingestelde vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing eveneens niet ontvankelijk is.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De Raad van State verwerpt de vordering tot schorsing.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 juni 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest