

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 255.375 van 23 december 2022
in de zaak A. 225.843/XIV-37.790**

In zake : Geert GEMIS
 woonplaats kiezend te 3545 Halen
 Rozenstraat 16

tegen :

de NV PARTICIPATIEMAATSCHAPPIJ VLAANDEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaëlle Kiekens en Matthias De Groot
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

Rosette Paula S'JEGERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaëlle Kiekens en Matthias De Groot
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 2 augustus 2018, strekt tot de
nietigverklaring van:

“- de beslissing van de Raad van Bestuur van de ParticipatieMaatschappij
Vlaanderen NV houdende oproep tot kandidaatstelling voor een mandaat van
onafhankelijk bestuurder;

- de beslissing van de Raad van Bestuur tot voordracht aan de Vlaamse Regering
en de algemene vergadering van 3 te benoemen onafhankelijke bestuurders, met
inbegrip van de impliciete beslissing om de kandidatuur van verzoeker niet voor te

leggen aan de Algemene vergadering en alle beslissingen van de Raad van Bestuur of van enig comité of van enige bestuurder, die daarmee verband houden;

- de beslissing van de Vlaamse regering dd. 22 december 2017 tot voordracht van drie bestuurders;
- het Besluit van de Algemene vergadering van de ParticipatieMaatschappij Vlaanderen NV dd. 15 mei 2018.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en verzoeker heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 17 oktober 2018. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Rita Van Den Eeckhout heeft een verslag opgesteld.

Verzoeker heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 september 2022.

Staatsraad Kaat Leus heeft verslag uitgebracht.

Verzoeker en advocaat Saul Janssens, die *loco* advocaten Nathanaëlle Kiekens en Matthias De Groot verschijnt voor de verwerende en de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Rita Van Den Eeckhout 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. Ingevolge artikel 4 van het decreet van 22 november 2013 ‘betreffende deugdelijk bestuur in de Vlaamse publieke sector’ (hierna: het decreet van 22 november 2013; thans opgenomen in het Bestuursdecreet van 7 december 2018) zoals dat van toepassing is op de beslissingen vermeld *sub* 1) dat onder meer bepaalt dat minimaal een derde van het aantal stemgerechtigde leden van de raad van bestuur een onafhankelijk bestuurder moet zijn, beslist de verwerende partij op 20 juni 2017 om drie onafhankelijke bestuurders aan te werven. Hiertoe wordt een oproep gelanceerd via de media.

Drie expertisedomeinen worden in aanmerking genomen en vermeld in het profiel van de oproep tot kandidaten. Het gaat om expertise inzake (i) “het financieel structureren en het tot stand komen van transacties”, (ii) “de werking van de Vlaamse economie en de bedrijfswereld, bij voorkeur dankzij professionele ervaring binnen een bedrijfsdomein dat relevant is voor PMV (ervaring in de wereld van biotechnologie of andere nieuwe technologieën zijn een plus) en (iii) “de werking van organisaties die ook maatschappelijke doelstellingen hebben en de werking van de overheidsaandeelhouder”. Naast deze drie expertisedomeinen wordt ook rekening gehouden met volgende aspecten: een strategisch en conceptueel denkvermogen, een grondige kennis van bedrijfsprocessen, een grondige kennis in *human capital management* en/of in organisatieleer. Verder wordt vereist dat de kandidaten ervaring hebben als bestuurder.

Het headhuntersbureau Schelstraete Delacourt Associates krijgt van PMV de opdracht om het selectieproces te begeleiden.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.2. 147 geïnteresseerden dienen hun kandidatuur in, waaronder verzoeker met een schrijven van 20 oktober 2017.

3.3. Bij aanvang van de selectie deelt het headhuntersbureau Schelstraete Delacourt Associates de kandidaten in volgens één van de drie expertisedomeinen.

Verzoeker wordt niet geselecteerd en wordt hiervan op 20 december 2017 op de hoogte gebracht.

Nog op 20 december 2017 draagt de raad van bestuur van de verwerende partij zes kandidaten voor, twee per te begeven mandaat.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

In de daaropvolgende maanden wordt tussen verzoeker en de verwerende partij per e-mail en per brief communicatie gevoerd omtrent het verloop van de selectieprocedure en de motivering voor de niet-selectie.

3.4. Uit een door verzoeker bijgebracht stuk, zijnde een afdruk van de officiële website van de Vlaamse overheid ‘Vlaanderen.be’ met als titel “Ministerraad van 22 december 2017” blijkt dat op de vergadering van de Vlaamse regering van 22 december 2017 volgend agendapunt werd geagendeerd “Raad van bestuur Participatiemaatschappij Vlaanderen: voordracht onafhankelijke bestuurders”.

Op die *website* wordt wat volgt gecommuniceerd:

“De Participatiemaatschappij Vlaanderen valt onder het toepassingsgebied van het decreet deugdelijk bestuur in de Vlaamse publieke sector. Overeenkomstig artikel 4 van dit decreet moet minimaal één derde van het aantal stemgerechtigde leden van de raad van bestuur een onafhankelijke bestuurder zijn. De Vlaamse Regering draagt daarom drie onafhankelijke bestuurders voor met het oog op hun benoeming”.

Dit is de derde bestreden beslissing.

3.5. De gewone algemene vergadering van de verwerende partij van 15 mei 2018 benoemt vervolgens de volgende personen tot onafhankelijke bestuurders van de vennootschap: (i) de tussenkomende partij, (ii) L.G. en (iii) P.V.

Dit is de vierde bestreden beslissing.

3.6. De benoeming van de *sub* 3.5 vermelde onafhankelijke bestuurders door de gewone algemene vergadering van de verwerende partij wordt, na neerlegging van de benoemingsakte ter griffie van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel te Brussel, gepubliceerd in de bijlagen bij het Belgisch staatsblad van 7 juni 2018.

IV. Rechtsmacht van de Raad van State

Exceptie

Standpunt van de partijen

4. In haar memorie van antwoord voert de verwerende partij, die daarin door de tussenkomende partij in haar toelichtende memorie wordt bijgetreden, een exceptie aan waarbij zij rechtsmacht aan de Raad van State ontzeggen om kennis te nemen van het voorliggende beroep tot nietigverklaring.

De PMV is, zo stellen zij, geen administratieve overheid in de zin van artikel 14, §1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Zij

menen dat onmiskenbaar vaststaat dat de PMV een privaatrechtelijk vormgegeven agentschap is, “waarvan de rechtsvorm volledig in overeenstemming is met de dwingende bepalingen van het private vennootschapsrecht” en “waarvan het organiek statuut wordt geregeld door het Wetboek van Vennootschappen”. Zij verwijzen naar de jurisprudentie van het Hof van Cassatie waaruit volgt dat de Raad van State slechts rechtsmacht heeft ten aanzien van beslissingen, genomen door rechtspersonen met een private rechtsvorm, voor zover en in de mate die beslissingen nemen op basis van “imperiumbevoegdheden”, d.w.z. beslissingen die derden kunnen binden. Het gegeven dat aan dergelijke entiteit een taak van algemeen belang is toevertrouwd of dat deze onder de controle van de overheid valt, speelt geen rol. Ook uit de rechtspraak van de Raad van State blijkt dat die de PMV niet kwalificeert als een administratieve overheid en dat hij derhalve geen rechtsmacht heeft om de beslissingen ervan te beoordelen wanneer niet blijkt dat de PMV bij het nemen van de voor de Raad van State bestreden beslissing heeft gehandeld op grond van een bevoegdheid om eenzijdig bindende beslissingen te nemen. De verwerende (en de tussenkomende) partij stelt dat er geen reden is om ten aanzien van de bestreden beslissingen een andere houding aan te nemen. Verzoeker toont geenszins aan, en zou dat ook niet kunnen, dat de PMV te dezen over de bevoegdheid beschikt om eenzijdig beslissingen te nemen die derden binden. De PMV heeft niet de macht om de eigen verplichtingen tegenover anderen eenzijdig te bepalen of de verplichtingen van die anderen eenzijdig vast te stellen. Verzoeker heeft zich kandidaat gesteld voor het mandaat van onafhankelijk bestuurder en de kandidaten die finaal worden benoemd als onafhankelijke bestuurder gaan een contractuele relatie aan met de PMV. Net zomin als een aanstelling of benoeming van personeelsleden door een vrije universiteit of, nog, de beslissing van de raad van bestuur van een vzw houdende niet-aanwerving, kwalificeert als een eenzijdig bindende beslissing, kwalificeert ook de niet-selectie, noch de benoeming van onafhankelijke bestuurders door de algemene vergadering van de verwerende partij als een beslissing die voortspuit uit een bevoegdheid om derden eenzijdig, d.w.z. zonder hun instemming, te binden. De omstandigheid dat de PMV door de decreetgever wordt belast met beleidsuitvoerende taken en onderworpen is aan het decreet van 22 november 2013

zoals verzoeker aanvoert, is geheel irrelevant en doet geen enkele afbreuk aan het feit dat de PMV als privaatrechtelijke rechtspersoon bij afwezigheid van een imperiumbevoegdheid in haar hoofde, niet kwalificeert als een administratieve overheid. Een analoge verplichting tot benoeming van onafhankelijke bestuurders is overigens ook gekend bij een aantal andere private rechtspersonen.

In haar laatste memorie herneemt de verwerende partij, daarin bijgetreden door de tussenkommende partij, haar exceptie en herneemt haar argumentatie waarbij ze nog op omstandige wijze ingaat op de replieken van verzoeker in zijn laatste memorie.

5. Verzoeker repliceert in zijn memorie van wederantwoord dat de verwerende partij “zonder twijfel een bestuursinstantie is”. Zij maakt onderdeel uit van de Vlaamse overheid en dat zij door de Vlaamse overheid is opgericht als naamloze vennootschap doet daaraan geen afbreuk. Verzoeker verwijst ter adstructie van zijn standpunt naar de missie, taken en het maatschappelijk doel van de PMV, zoals vervat in artikel 5 van het decreet van 7 mei 2004 ‘betreffende de investeringsmaatschappijen van de Vlaamse overheid’ (hierna: het decreet van 7 mei 2004). Deze wettelijke doelomschrijving bevestigt duidelijk dat de verwerende partij “een overheidsbedrijf is dat een groot aantal bevoegdheidsdomeinen van de Vlaamse regering uitvoert”. De verwerende partij die functioneert op basis van overheidskapitaal zegt eigenlijk, aldus verzoeker, dat zij geen verantwoording moet afleggen zoals andere overheidsbedrijven daartoe verplicht zijn. Het feit dat de werking van de verwerende partij als naamloze vennootschap “residuaire worden geregeld door het wetboek vennootschappen impliceert uiteraard niet dat [de verwerende partij] zich volledig zou kunnen onttrekken aan de verplichtingen die haar worden opgelegd door publiekrechtelijke bepalingen”, zoals door het decreet van 22 november 2013 inzake de aanstelling van onafhankelijke bestuurders. Als het standpunt van de verwerende partij correct zou zijn, *quod non*, dan zou dit impliceren dat zij toepassing kan maken van het laatstgenoemde decreet zonder dat er enige rechtsinstantie is die de correcte toepassing van dit decreet zou kunnen

waarborgen. De Raad van State is uiteraard bevoegd omdat dit rechtsorgaan uitspraak doet “indien het geschil niet door de wet aan een andere rechtscollege wordt toegekend”. Zoals blijkt uit de stukken die de verwerende partij zelf heeft verstrekt, “heeft de dienst openbaarheid van bestuur bevestigd dat [de verwerende partij] onderworpen is aan het decreet van 26 maart 2004 inzake openbaarheid van bestuur”. De houding van de verwerende partij leidt ertoe dat zij onderworpen is aan dit decreet maar zich van dit decreet niks zou hoeven aan te trekken omdat er niemand is die de toepassing van dit decreet voor de Raad van State kan nastreven. De cassatierechtspraak waarnaar de verwerende partij verwijst, is niet ter zake dienend: de verwerende partij is immers niet zomaar een naamloze vennootschap die een taak uitvoert van de overheid en daartoe gecontroleerd wordt. Zij is ook niet zomaar een private rechtspersoon die gelden ontvangt van de overheid. De verwerende partij daarentegen (i) is een onderdeel van het beleid van het Vlaamse Gewest, (ii) besteedt fondsen van het Vlaamse Gewest in het kader van haar economisch beleid, (iii) neemt in dat kader beslissingen die het Vlaamse Gewest binden, (iv) besteedt met andere woorden belastinggelden van de Vlaamse burger. De beslissingen die de verwerende partij neemt “verbinden de burger”. De verwerende partij is zodus geen separate rechtspersoon los van de overheid. Zij heeft dus wel degelijk imperiumbevoegdheid mede ook omdat zij onderdeel uitmaakt van de Vlaamse overheid en in haar plaats bindende beslissingen uitvoert in het kader van het beleid dat zij moet uitvoeren op basis van de bevoegdheden die aan haar zijn gedelegeerd. De verwerende partij valt helemaal niet te vergelijken met een vrije universiteit “die uiteraard geen imperiumbevoegdheid heeft”. De rechtspraak van de Raad van State waarnaar de verwerende partij verwijst en waaruit zou blijken dat deze oordeelde dat hij geen kennis kan nemen van een beslissing uitgaande van de verwerende partij bestaat niet eens. Verzoeker is dan ook van oordeel dat de verwerende partij zonder meer kwalificeert als een bestuursinstantie. Als dat niet het geval zou zijn, dan nog dient de Raad van State zich bevoegd te verklaren krachtens haar residuaire bevoegdheid om te oordelen wanneer het geschil niet door de wet aan een ander rechtscollege wordt toegekend hetgeen te dezen, aldus verzoeker, het geval is.

In zijn laatste memorie herhaalt verzoeker hetgeen hij eerder in zijn memorie van wederantwoord heeft uiteengezet. Hij beklemtoont dat de verwerende partij intrinsiek deel uitmaakt van de Vlaamse overheid en wijst op de “inmiddels tussengekomen bestuursrechtelijke wijzigingen” waarbij het Vlaamse Gewest zelf is overgegaan tot een definiëring van hetgeen voor de toepassing van haar eigen Vlaamse decretale bepalingen moet worden gezien als een bestuursinstantie die deel uitmaakt van de Vlaamse overheid. De verwerende partij is immers een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap zoals bedoeld in artikel III.14 tot en met III.16 van het Bestuursdecreet van 7 december 2018. Artikel III. 15 van dat decreet voorziet erin dat dergelijk extern agentschap het beleid van de Vlaamse overheid uitvoert en zelfs personeel, middelen en infrastructuur daartoe ter beschikking worden gesteld. De in die bepaling bedoelde decretale machtiging stelt de beleidsuitvoerende taken vast met het oog waarop de oprichting van of deelname in het agentschap kan plaatsvinden. Die machtiging werd verstrekt middels het decreet van 7 mei 2004 en meer in het bijzonder artikel 5 dat de missie, taken en maatschappelijk doel van de verwerende partij omvat. Dit decreet van 7 mei 2004 bevestigt dat PMV vorm geeft aan de verwezenlijking van het overheidsbeleid en daartoe ook duidelijk bindende beslissingen kan nemen. De PMV geeft als extern agentschap uitvoering aan een delegatie van bevoegdheden van de Vlaamse overheid, wat nogmaals wordt onderstreept door de samenwerkingsovereenkomst tussen de Vlaamse regering en de PMV in haar rol als bestuursinstantie. Vermits het voorwerp van het voorliggende beroep zich volledig situeert binnen het Vlaamse Gewest kan de invulling van het begrip “bestuursinstantie” waarvan sprake in artikel 14, § 1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State dan ook niet anders ingevuld worden dan binnen de “bestuursrechtelijke logica van het Vlaamse Gewest en mede zoals dit decretaal is bepaald door het Vlaamse Gewest. De notie van bestuursinstantie dient in het Vlaamse Gewest nader te worden ingevuld op basis als de decretale bepalingen van de Vlaamse overheid die geen enkele twijfel laten dat de PMV onderdeel is van de Vlaamse administratie en overheid.” De Raad van State heeft zijn rechtsmacht ten aanzien van de verwerende partij reeds bevestigd waar er sprake is van een samenwerkingsakkoord in een geval waarin deze optrad

als gemandateerde van de Vlaamse overheid in toepassing van een samenwerkingsakkoord. Volgens verzoeker is de rechtspraak in verband met de theorie van de *imperium*bevoegdheid te dezen niet relevant vermits dit telkens rechtspersonen betrof die geen onderdeel uitmaakten van de Vlaamse overheid. De investeringsmaatschappijen zijn inmiddels verhuist van het federale naar het gewestelijke niveau in het kader van de overheveling van het economisch beleid. Zij zijn thans onderdeel van de Vlaamse gewestelijke structuur en geven krachtens een bevoegdheidsdelegatie mee uitvoering aan het beleid van dat Vlaamse Gewest. Het standpunt dat bij gebrek aan een wettelijke definitie de rechtspraak invulling zou moeten geven aan het begrip “bestuursinstantie” is dan ook in het voorliggende geval “volledig foutief”. Het decreet van 22 november 2013 is voorts van toepassing op de extern verzelfstandige agentschappen hetgeen bevestigt dat de verwerende partij kwalificeert als bestuursinstantie binnen die overheid. Een behoorlijk bestuur vereist dat een burger een schending van deze decreten jurisprudentieel moet kunnen aankaarten bij de Raad van State. Dergelijk standpunt, zo stelt verzoeker in zijn laatste memorie, schendt ook het grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel omdat burgers die geconfronteerd worden door een publiekrechtelijke rechtshandeling van de Vlaamse overheid beroep kunnen doen op de Raad van State terwijl burgers die geconfronteerd worden met een rechtshandeling van een extern verzelfstandigd agentschap, dat onderdeel is van diezelfde Vlaamse overheid, daartoe geen enkel middel zouden hebben.

Beoordeling

Vooraf

6. Artikel 14, §1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State luidt:

“Indien het geschil niet door de wet aan een ander rechtscollege wordt toegekend, doet de afdeling [Bestuursrechtspraak] uitspraak, bij wijze van arresten, over de beroepen tot nietigverklaring wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van

macht, ingesteld tegen de akten en reglementen :

1° van de onderscheiden administratieve overheden;

2° van de wetgevende vergaderingen of van hun organen, daarbij inbegrepen de ombudsmannen ingesteld bij deze assemblees, van het Rekenhof en van het Grondwettelijk Hof, van de Raad van State en de administratieve rechtscolleges evenals van organen van de rechterlijke macht en van de Hoge Raad voor de Justitie, met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van hun personeel, evenals de aanwerving, de aanwijzing, de benoeming in een openbaar ambt of de maatregelen die een tuchtkarakter vertonen.

De in het eerste lid bedoelde onregelmatigheden geven slechts aanleiding tot een nietigverklaring als ze, in dit geval, een invloed konden uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing, de betrokkenen een waarborg hebben ontnomen of als gevolg hebben de bevoegdheid van de steller van de handeling te beïnvloeden.

Artikel 159 van de Grondwet is eveneens van toepassing op de in het eerste lid, 2°, bedoelde akten en reglementen.”

Hieruit volgt dat indien het geschil niet door de wet aan een ander rechtscollege wordt toegekend, de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State enkel vermag kennis te nemen van beroepen tot nietigverklaring ingesteld tegen de akten en reglementen van de onderscheiden administratieve overheden, alsook tegen de akten en reglementen van de wetgevende vergaderingen of van hun organen, daarbij inbegrepen de ombudsmannen ingesteld bij deze assemblees, van het Rekenhof en van het Grondwettelijk Hof, van de Raad van State en de administratieve rechtscolleges evenals van organen van de rechterlijke macht en van de Hoge Raad voor de Justitie met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van hun personeel, evenals de aanwerving, de aanwijzing, de benoeming in een openbaar ambt of de maatregelen die een tuchtkarakter vertonen.

7. Voorafgaand merkt de Raad van State op dat in de mate verzoeker aanvoert dat de verwerende partij een “bestuursinstantie” is die onderworpen is aan de decretale regelgeving inzake de openbaarheid van bestuur en dat hieruit volgt dat, *om die reden*, de Raad van State alsnog over rechtsmacht beschikt ten aanzien van de eenzijdige rechtshandelingen van de verwerende partij, hij uitgaat van een verkeerde rechtsopvatting. In de mate verzoeker namelijk meent dat het begrip “bestuursinstantie” in de zin van die openbaarheidsregelgeving en het begrip “administratieve overheid” in de zin van artikel 14, §1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State gelijk dienen te worden

geïnterpreteerd of, nog, dat een *de jure* analoge interpretatie door de decreetgever gewild zou zijn, faalt zijn verweer. Dergelijk verweer faalt aangezien het gaat om twee van elkaar te onderscheiden begrippen, met een verschillende draagwijdte en finaliteit en waaraan door de ter zake respectievelijk bevoegde regelgevers onderscheiden rechtsgevolgen zijn gekoppeld.

Voor het bepalen van de rechtsmacht van de Raad van State is enkel het begrip “administratieve overheid” in de zin van artikel 14, §1 van de eerdergenoemde gecoördineerde wetten van belang.

Bovendien, en anders dan verzoeker dat ziet, zijn de arresten waarin de rechtsmacht van de Raad van State wordt onderzocht om de handelingen van rechtspersonen van privaatrechtelijke aard zoals verenigingen, vennootschappen en andere privaatrechtelijk vormgegeven entiteiten te beoordelen en waarbij de vraag centraal staat of dergelijke instellingen een “administratieve overheid” zijn in de zin van artikel 14, §1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State dan wel als zodanig optreden, cruciaal voor het beoordelen van de door de verwerende partij aangevoerde exceptie.

Uit de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie, die ter zake optreedt als rechter van het attributieconflict als bedoeld in artikel 158 van de Grondwet, volgt dat instellingen opgericht of erkend door de federale overheid, de overheid van de gemeenschappen en gewesten, de provincies of gemeenten, die belast zijn met een openbare dienst en niet behoren tot de rechterlijke of wetgevende macht, in beginsel administratieve overheden zijn, in zoverre hun werking door de overheid wordt bepaald en gecontroleerd en zij beslissingen kunnen nemen die derden binden.

Wanneer daarentegen door de overheid een taak van algemeen belang wordt toevertrouwd aan een (privaatrechtelijke) naamloze vennootschap, ook al is die vennootschap (mede) opgericht door een administratieve overheid en ook al is zij onderworpen aan een verregaande controle van de overheid, doet dit

haar privaatrechtelijk karakter niet verliezen ingeval deze vennootschap geen beslissingen kan nemen die derden kunnen binden. Het vermogen om beslissingen te kunnen nemen die derden binden, houdt in dat de betrokken instelling - te dezen de privaatrechtelijke naamloze vennootschap -, beslissingen neemt door de eigen verplichtingen tegenover anderen eenzijdig te bepalen of door verplichtingen van die anderen eenzijdig vast te stellen. Een handeling van die rechtspersoon is slechts vatbaar voor een beroep tot nietigverklaring ervan door de Raad van State, voor zover die handeling onder het *imperium* van die rechtspersoon ressorteert, wat inhoudt dat zelfs indien de rechtspersoon van privaatrechtelijke aard een *imperiumbevoegdheid* werd toegekend, de betrokken (en voor de Raad van State bestreden) beslissing alsnog zelf moet kaderen binnen die *imperiumbevoegdheid* om bindende beslissingen ten aanzien van derden te nemen of, anders geformuleerd, het is vereist dat die beslissingsmacht van de privaatrechtelijk vormgegeven entiteit ook kan worden betrokken op de bestreden beslissing. Het Hof van Cassatie verduidelijkte nog dat uit het gegeven dat een beslissing gevolgen teweegbrengt ten aanzien van derden, niet kan worden afgeleid dat ze jegens hen bindend zou zijn.

Relevant regelgevend kader wat de rechtsaard van de verwerende partij betreft

8. De verwerende partij is, zo blijkt uit artikel 2 van het decreet van 7 mei 2004, een Vlaamse investeringsmaatschappij. Zij is een naamloze vennootschap opgericht bij notariële akte van 31 juli 1995, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 25 augustus 1995. Zij is luidens artikel 3, § 3, van datzelfde decreet tevens een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap als bedoeld in het (destijds toepasselijke) Kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003 (in het bijzonder de artikelen 29 tot 31 ervan) (thans: de artikelen III.14 tot III.16 van het Bestuursdecreet van 7 december 2018).

Artikel 5, §1 van het decreet van 7 mei 2004 bepaalt dat de missie en de taken van de verwerende partij “als privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap” zijn begrepen “in de vermeldingen van

paragraaf 2 [van die bepaling] die in het maatschappelijk doel van PMV zullen worden weergegeven”. Paragraaf 2 van artikel 5 omschrijft vervolgens het maatschappelijk doel van de verwerende partij als volgt:

“1° (...) het zelf of samen met anderen oprichten en deelnemen aan, alsmede het houden en verwerven van een participatie in vennootschappen, verenigingen, samenwerkingsverbanden en andere juridische entiteiten, al dan niet bekleed met rechtspersoonlijkheid, zulks met het oog op de verwezenlijking van het economisch overheidsinitiatief en de tenuitvoerlegging van de economische politiek van het Vlaamse Gewest;

2° als realisator van het Vlaamse economisch overheidsinitiatief, het initiëren, opstarten of uitbouwen van initiatieven en projecten ter stimulering van een duurzaam economisch klimaat in Vlaanderen;

3° het initiëren, opstarten of uitbouwen van initiatieven en projecten met het oog op de realisatie van publiek-private samenwerking en zulks in alle bevoegdheidsdomeinen;

4° het uitvoeren van de bijzondere opdrachten van de Vlaamse regering waarvan de uitvoeringsmodaliteiten, de verantwoordelijkheden, de kostendekking en de vergoeding geregeld worden in afzonderlijke overeenkomsten met het Vlaamse Gewest.

In de vennootschapsstatuten van PMV zal tevens worden bepaald dat de vennootschap alle activiteiten kan verrichten die, rechtstreeks of onrechtstreeks, bijdragen tot de verwezenlijking van haar maatschappelijk doel.”

Luidens artikel 3, § 1, van het decreet van 7 mei 2004 wordt het Vlaamse Gewest gemachtigd om onder de in het decreet bepaalde voorwaarden deel te nemen in elk van de investeringsmaatschappijen waaronder de verwerende partij, waarbij geldt dat het Vlaamse Gewest over elk van deze investeringsmaatschappijen te allen tijde de rechtstreekse vennootschapsrechtelijke controle blijft voeren. Volgens artikel 7^{ter} van datzelfde decreet tot slot kan bij de verwerende partij een regeringsafgevaardigde worden aangesteld die van overheidswege het in artikel 7^{ter} omschreven toezicht houdt op de overeenstemming van de verrichtingen en de werking van de investeringsmaatschappij met het recht, de statuten van de investeringsmaatschappij, de samenwerkingsovereenkomst en de beginselen inzake financiële orthodoxie en inzake *corporate governance*. Uit die regelgeving blijkt dat de Vlaamse overheid controle uitoefent op de PMV en dat deze laatste werd opgericht met onder meer als doel het economische beleid van de Vlaamse overheid mee uit te bouwen en vorm te geven. Echter, anders dan verzoeker voorhoudt, doet de omstandigheid dat de verwerende partij onderworpen is aan een

controle van overheidswege, een taak van algemeen belang (of beleidstaken) uitvoert en hierbij ingedeeld wordt binnen het beleidsdomein Economie, Wetenschap en Innovatie van de Vlaamse overheid de privaatrechtelijke aard van de verwerende partij niet teniet.

Tot slot is nog te vermelden dat uit de artikelen 29 tot 31 van het (destijds toepasselijke) Kaderdecreet bestuurlijk beleid (thans: de artikelen III.14 tot III.16 van het Bestuursdecreet) volgt dat een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap de in artikel 11 van datzelfde decreet bedoelde rechtspersonen zijn, waarvan de rechtsvorm volledig in overeenstemming is met de dwingende bepalingen van het private vennootschaps- of verenigingsrecht, dat de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap kunnen oprichten of erin deelnemen, op grond van een uitdrukkelijk hiertoe door de decreetgever verstrekte machtiging die de beleidsuitvoerende taken vaststelt met het oog waarop die oprichting of deelname kan plaatsvinden, alsook de personeelsleden, infrastructuur en middelen die hiertoe aan de privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen ter beschikking kunnen worden gesteld en, tot slot, dat tussen een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap en de Vlaamse regering, die optreedt voor de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest, na onderhandeling een samenwerkingsovereenkomst wordt gesloten betreffende de samenwerking tussen de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest, enerzijds, en het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschap, anderzijds, en, in voorkomend geval, betreffende de aanwending van de aan het agentschap ter beschikking gestelde personeelsleden, middelen en infrastructuur.

Toepassing

9. Ook al beschikt de Raad van State weliswaar over een algemene residuaire bevoegdheid, dan nog beperkt zijn vernietigingsbevoegdheid zich tot overheidshandelingen in de zin van het hoger aangehaalde artikel 14, §1, van de

gecoördineerde wetten. Zulks brengt mee dat opdat een private rechtspersoon zoals de verwerende partij alsnog wordt gekwalificeerd als een administratieve overheid in de zin van artikel 14, §1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State is vereist dat wordt aangetoond (i) niet alleen dat deze privaatrechtelijk vormgegeven entiteit beschikt over *imperium*bevoegdheid, wat inhoudt dat de rechtspersoon beslissingen kan nemen die derden kunnen binden, meer bepaald door de eigen verplichtingen tegenover anderen eenzijdig te bepalen of door verplichtingen van die anderen eenzijdig vast te stellen maar, (ii) bovendien, dat die beslissingsmacht – prerogatief van de overheid –, ook kan worden betrokken op de bestreden beslissingen. Aan deze cumulatieve eisen is te dezen niet voldaan.

In de mate verzoeker meent dat de verwerende partij *imperium*bevoegdheid bezit omdat zij onderdeel uitmaakt van de Vlaamse overheid en in haar plaats bindende beslissingen uitvoert in het kader van het beleid dat de verwerende partij moet uitvoeren op basis van de bevoegdheden die aan haar zijn gedelegeerd, kan hij niet worden bijgevalen. Dat de verwerende partij door de decreetgever werd belast met de opdracht om het economische beleid van de Vlaamse overheid mee uit te bouwen en vorm te geven, is voor de interpretatie van het begrip *imperium*bevoegdheid niet dienstig, daargelaten nog de vraag of de verwerende partij binnen deze decretale taakopdracht noodzakelijkerwijze zou moeten beschikken over *imperium*bevoegdheden.

10. De te dezen bestreden beslissingen die uitgaan van de verwerende partij houden immers alle verband met de aanwerving van nieuwe onafhankelijke leden voor de raad van bestuur van de verwerende partij.

Krachtens artikel 5, *iuncto* artikel 2, §1, 4° van het decreet van 22 november 2013 (thans : artikel III.41, *iuncto* artikel III.36, §1, 2° van het Bestuursdecreet) is het de raad van bestuur van het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap die (i) de vereisten vaststelt waaraan kandidaten voor het mandaat van onafhankelijk bestuurder moeten voldoen op het vlak van bekwaamheden, kennis en ervaring, (ii) een open oproep doet tot kandidaatstelling

voor een mandaat van onafhankelijk bestuurder. Deze oproep bevat een weergave van de vereisten waaraan kandidaten moeten voldoen en regelt de wijze van kandidaatstelling, waarbij minstens een *curriculum vitae* wordt voorgelegd. Het is ook de raad van bestuur van het agentschap dat (iii) de respectieve verdiensten van de kandidaten vergelijkt en, tot slot, (iv) wanneer de betrokken entiteit – zoals te dezen – een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap betreft dat onder wettelijke bepalingen valt die de algemene vergadering bevoegd maken voor de aanstelling van de bestuurders, worden de onafhankelijke bestuurders aangesteld door de algemene vergadering, op voordracht van de raad van bestuur.

De bestreden beslissingen die alle verband houden met de aanwerving van nieuwe onafhankelijke leden voor de raad van bestuur van de verwerende partij behoren tot de interne organisatie van de privaatrechtelijke rechtspersoon, te dezen de privaatrechtelijke naamloze vennootschap. Ze kunnen niet worden ingepast in een *imperium*bevoegdheid die het opleggen van eenzijdig bindende beslissingen aan derden inhoudt, in die zin dat hierdoor de eigen verplichtingen tegenover anderen eenzijdig worden bepaald of verplichtingen van die anderen eenzijdig worden vastgesteld. Het gegeven dat artikel 4 van het decreet van 22 november 2013 (thans artikel III.40 e.v. van het Bestuursdecreet) bepaalde vereisten stelt aan de samenstelling van de raad van bestuur, wat het aantal en de vereisten van de onafhankelijke leden betreft, is in dat opzicht niet relevant. Evenmin is de in punt 3.4 vermelde “beslissing” een voor vernietiging door de Raad van State vatbare administratieve rechtshandeling. Deze akte mag dan al uitgaan van de Vlaamse regering; er kan in het licht van artikel 5 *iuncto* artikel 2, §1, 4° van het decreet van 22 november 2013 niet meer in worden gezien dan een voorbereidende handeling die kadert in het interne besluitvormingsproces waarbij het Vlaamse Gewest handelt als aandeelhouder van de verwerende partij.

De beslissing tot niet-benoeming van een kandidaat tot onafhankelijk bestuurder is geen handeling waarbij de verwerende partij de eigen verplichtingen tegenover derden eenzijdig kan bepalen of de verplichtingen van

derden eenzijdig kan vaststellen. Een (wettelijke of decretale) verplichting tot benoeming van onafhankelijke bestuurders is overigens gekend bij een aantal andere private rechtspersonen zoals het geval is voor de raad van bestuur van beursgenoteerde vennootschappen (*cfr.* artikel 526*bis* van het Wetboek van Vennootschappen en thans artikel 7:87 van het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen). De (organen van de) verwerende partij treden in het kader van de benoemingsprocedure van de onafhankelijke bestuurders niet op “namens de Vlaamse overheid”. Verzoeker wijst evenmin een concreet mandaat aan op basis waarvan de verwerende partij zou hebben opgetreden “namens de Vlaamse overheid” bij het benoemen van de onafhankelijke bestuurders. In zoverre verzoeker zou beargumenteren dat de omschrijving van de decretale taken van de verwerende partij in het decreet van 7 mei 2004 zou kwalificeren als een mandaat van de Vlaamse overheid, verliest hij uit het oog dat de afbakening van het decretale takenpakket van een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap – en die dat agentschap op basis van zijn autonomie in eigen naam en voor eigen rekening uitoefent –, niet duidt op het bestaan van een mandaat, zoals dat begrip wordt verstaan in het kader van de zogenaamde “verlengstuktheorie” zoals die in ’s Raads jurisprudentie tot uiting komt. De decretale verplichting om onafhankelijk bestuurders te benoemen doet daaraan niet af. Het betreft immers een decretale verplichting die de verwerende partij in eigen naam en voor eigen rekening moet ten uitvoer leggen.

Verzoekers verwijzing naar een arrest van de Raad van State ten aanzien van beslissingen van de verwerende partij waarin deze optrad als verwerende partij in het kader van het overheidsopdrachtencontentieux, overtuigt evenmin. In die zaak werd weliswaar geoordeeld dat de Raad van State over de vereiste rechtsmacht beschikte doch verzoeker gaat eraan voorbij dat de erkenning van rechtsmacht in die zaak werd gesteund op een specifieke rechtsgrond. In die *casus* trad de verwerende partij in de gunningsprocedure wat de in die zaak voorliggende overheidsopdracht betrof immers op als gemandateerde van de Vlaamse overheid, namens *casu quo* in opdracht van de Vlaamse overheid, wat bovendien ook was vastgelegd in een (bijzondere) samenwerkingsovereenkomst

tussen de Vlaamse overheid en de verwerende partij en een *addendum* daarbij. In die overeenkomst werd de verwerende partij zo blijkt uit dat arrest gemandateerd om op te treden als gemandateerde van de Vlaamse overheid, hetzij van het Vlaamse Gewest, hetzij van de Vlaamse Gemeenschap zodat voor de in die zaak in het geding zijnde opdracht de hoedanigheid van de verwerende partij als een privaatrechtelijke entiteit leek te moeten wijken voor de kwalificatie van de opdrachtgever, stelling die door de verwerende partijen in die zaak (de PMV en de Vlaamse Gemeenschap) zelf werd verdedigd.

11. In de mate verzoeker in zijn laatste memorie nog stelt dat een behoorlijk bestuur vereist dat een burger een schending van decretale bepalingen inzake deugdelijk bestuur of inzake openbaarheid van bestuur moet kunnen aankaarten bij de Raad van State omdat bij gebrek daaraan het grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel wordt geschonden “omdat burgers die geconfronteerd worden door een publiekrechtelijke rechtshandeling van de Vlaamse overheid beroep kunnen doen op de Raad van State terwijl burgers die geconfronteerd worden met een rechtshandeling van een extern verzelfstandigd agentschap, dat onderdeel is van diezelfde Vlaamse overheid, daartoe geen enkel middel zouden hebben”, wordt hij evenmin bijgevalen.

Daargelaten nog dat verzoeker niet aantoont dat hij dit argument niet eerder in zijn memorie van wederantwoord had kunnen ontwikkelen, mist dit argument feitelijke grondslag. Immers, bij betwistingen inzake (gehele of gedeeltelijke) weigeringsbeslissingen wat de openbaarheid van bestuur betreft, is door de decreetgever voorzien in een verplicht uit te oefenen (georganiseerd) administratief beroep, ongeacht of de initiële weigeringsbeslissing uitgaat van (een departement van) de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest, een publiekrechtelijk dan wel een privaatrechtelijk vormgegeven extern agentschap in de mate zulk agentschap – waaronder een investeringsmaatschappij zoals de verwerende partij – door de decreetgever erin is gedefinieerd als een “bestuursinstantie” wat de toepasselijkheid van bepalingen inzake de openbaarheid van bestuur betreft. In al die gevallen wordt na uitoefening van het administratief

beroep, een eindbeslissing genomen door de Vlaamse Beroepsinstantie voor Openbaarheid van Bestuur en die eindbeslissing kan wel degelijk bij de Raad van State worden bestreden met een vernietigingsberoep. In al die gevallen treedt evenwel de Vlaamse Gemeenschap op als verwerende partij voor de Raad van State aangezien de eindbeslissing uitgaat van de genoemde beroepsinstantie, die geen onderscheiden rechtspersoonlijkheid heeft.

12. Voorts, in de mate verzoeker tot slot nog voorhoudt dat geen enkele andere rechter kennis had kunnen nemen van het voorliggend geschil wegens niet-naleving van de bepalingen inzake deugdelijk bestuur naar aanleiding van de benoeming van onafhankelijke bestuurders door de verwerende partij treft zijn (grondwettigheids)kritiek artikel 14, §1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State daar het deze bepaling is waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen eensdeels de handelingen van entiteiten die kwalificeren als administratieve overheid en anderdeels de entiteiten die niet kwalificeren als administratieve overheid.

Daargelaten nog dat verzoeker ook hier niet aantoonde dat hij dit argument niet eerder in zijn memorie van wederantwoord had kunnen ontwikkelen, blijkt evenmin dat hij de justitiële rechter om de door hem beoogde rechtsbescherming heeft verzocht en loopt hij aldus vooruit op het oordeel van deze rechterlijke instanties.

13. De exceptie is gegrond. De Raad van State ontbeert rechtsmacht om van het voorliggende geschil kennis te nemen.

V. Geldboete wegens kennelijk onrechtmatig beroep

14. De verwerende partij vraagt aandacht voor het gegeven dat verzoeker herhaaldelijk werd gewezen op het feit dat de verwerende partij zich niet kwalificeert als een administratieve overheid en hij niettemin het beroep tot nietigverklaring heeft ingesteld “wetende dat [de Raad van State] geen rechtsmacht

heeft om van het beroep kennis te nemen”. Dat gegeven moet volgens de verwerende partij maken dat het beroep tot nietigverklaring kennelijk onrechtmatig is in de zin van artikel 37 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, wat de verwerende partij ertoe brengt de Raad van State te verzoeken om verzoeker “te veroordelen tot een geldboete overeenkomstig artikel 37 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State”.

15. De geldboete wegens kennelijk onrechtmatig beroep kan enkel aan een verzoekende partij worden opgelegd wanneer de Raad van State vaststelt dat het beroep te kwader trouw wordt ingesteld of met een oogmerk om te schaden of te misleiden of voortvloeit uit laakbare praktijken, die rechtstreeks aan de verzoekende partij zelf zijn toe te schrijven of dat het beroep niet wordt ingesteld om het doel te verkrijgen dat de wet toestaat dat het verschaft (GwH 12 juli 2012, nr. 88/2012, punt B.22.3). Om reden van het feit dat een geldboete wegens kennelijk onrechtmatig beroep een beperking van het fundamentele recht op toegang tot een rechter kan vormen, dient dat begrip aldus restrictief te worden geïnterpreteerd.

De enkele reden dat volgens de verwerende partij het beroep dat verzoeker heeft ingesteld, maar erg weinig kansen had om tot een gunstige beslissing te leiden en dat zij verzoeker daarvan informeerde, volstaat te dezen op zich geenszins om het voorliggende beroep als kennelijk onrechtmatig te beoordelen.

16. Er is derhalve geen reden tot toepassing van artikel 37, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. Verzoeker wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

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

Geert Debersaques,

kamervoorzitter,

Carlo Adams,

kamervoorzitter,

Kaat Leus,

staatsraad,

bijgestaan door

Joris Casneuf,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Geert Debersaques