RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 75.690 van 8 september 1998
in de zaak A. 78.080/XII-1226.

In zake : de c.v.b.a. INTERELECTRA,
gevestigd te HASSELT,
Trichterheideweg 8

tegen :

de gemeente MOL.

tussenkomende partij :

de Intercommunale Vereniging voor de Energiedistributie in de KEMPEN en het ANTWERPSE (IVEKA),
die woonplaats kiest bij
Advocaten J. GHYSELS, P. FLAMEY en E. EMPEREUR,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Aarlenstraat 25.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de c.v.b.a. INTERELECTRA op 30 maart 1998 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 13 oktober 1997 van de gemeenteraad van Mol "gewijzigd bij beslissing van de gemeenteraad van 19 januari 1998" waarbij de toetreding tot de intercommunales INTERELECTRA en VEM wordt verworpen en de samenwerking met de intercommunale IVEKA voor de distributie van elektriciteit, gas en kabel voor een nieuwe periode van 18 jaar wordt goedgekeurd;

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partij de vernietiging vordert van dezelfde beslissing;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door Auditeur J. LUST;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 8 juni 1998 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 23 juni 1998;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter J. BORRET;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat C. COEN, die verschijnt voor de verzoekende partij, van Advocaat R. VAN ROMPAEY, die verschijnt voor de verwerende partij, en van Advocaat E. EMPEREUR, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur J. LUST;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Gelet op het bij artikel 90, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State vereiste advies van de auditeur-generaal;

Overwegende dat de Intercommunale Vereniging voor de Energiedistributie in de Kempen en het Antwerpse (IVEKA) met een verzoekschrift van 14 mei 1998 heeft gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen;

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

1.1. De gemeente Mol, verwerende partij, is vennoot in de intercommunale vereniging IVEKA, bij wie zij is aangesloten voor de distributie van electrische energie, gas, informatie- en communicatiesignalen.

Op 30 april 1996 beslist de algemene vergadering van IVEKA de termijn waarvoor de vereniging is opgericht met ingang van 1 september 1999 met 18 jaar te verlengen.

1.2. De verwerende partij krijgt voorstellen vanwege IVEKA om voort vennoot te blijven, en vanwege INTERELECTRA en VEM om vennoot te worden.

1.3. Op 3 juni 1996 stelt het college van burgemeester en schepenen een college van deskundigen aan "voor het opmaken van een vergelijkende studie over de energiedossiers".

1.4. In zijn eindrapport van april 1997 concludeert het college van deskundigen :

> "De optie INTERELECTRA (elektriciteit en kabeldistributie) tezamen met VEM/IVEG (aardgas) is dus financieel interessanter voor de gemeente dan het voorstel waarbij IVEKA de drie activiteiten verderzet".

1.5. Op 21 april 1997 verwerpt de gemeenteraad het voorstel tot verlenging van de overeenkomst met IVEKA.

1.6. Op 26 mei 1997 dan weer besluit de gemeenteraad de samenwerking met de intercommunale IVEKA tot 31 december 2016 te verlengen. Dit besluit blijkt door de provinciegouverneur op 4 augustus 1997 te zijn geschorst.

1.7. De gemeenteraad besluit op 13 oktober 1997, enerzijds, om de gemeenteraadsbeslissing van 21 april 1997 te herroepen en die van 26 mei 1997 in te trekken en, anderzijds, om "niet niet" in te gaan op de voorstellen van INTERELECTRA en VEM, maar de samenwerking met IVEKA te verlengen tot en met 31 december 2016.

1.8. Tegen het besluit dient onder andere verzoekster, met een brief van 20 november 1997 bezwaar in bij de gouverneur van de provincie Antwerpen.

In zijn antwoord van 15 december 1997 deelt de gouverneur mee niet tegen het gemeenteraadsbesluit te zullen optreden. Wel is gebleken, zo schrijft hij, dat bij de notulering een spijtige materiële vergissing werd begaan", die "noodzakelijk" moet worden rechtgezet. Hij blijkt te doelen op de onder 1.7. vermelde "niet niet".

Dat gebeurt ter zitting van de gemeenteraad van 19 januari 1998. Daar wordt verduidelijkt dat de toetreding tot INTERELECTRA en VEM is verworpen.

2. Overwegende dat krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

3. Overwegende dat er geen twijfel over bestaat dat de beslissing van 19 januari 1998 de beslissing van 13 oktober 1997 niet wijzigt, zoals verzoekster stelt, doch alleen met betrekking tot de beslissing van 13 oktober 1997 een zogenaamde materiële vergissing in de notulen van de vergadering van 13 oktober 1997 rechtzet; dat de vordering dus geen zin heeft in zoverre

ze tegen de beslissing van 19 januari 1998 is gericht en dus in die mate moet worden verworpen;

4.1. Overwegende dat in haar eerste annulatiemiddel verzoekster twee artikelen van de richtlijn 93/38/EEG van 14 juni 1993 geschonden noemt : artikel 31, doordat de motieven van de voorkeur voor IVEKA niet overeenkomen met de criteria die de aangestelde deskundigen hebben gehanteerd bij de beoordeling van offertes; artikel 21 doordat de vereiste oproep tot mededinging niet heeft plaatsgehad;

4.1.2. Overwegende dat de Raad de vraag in het midden laat of de ingeroepen richtlijn te dezen wel toepasselijk is; dat, immers, noch het beroep op artikel 31 van de richtlijn, noch dat op artikel 21 de vereiste ernst vertonen;

4.1.3. Overwegende dat artikel 31 het heeft over de selectie van "de gegadigden" die zullen mogen deelnemen aan een niet-openbare aanbestedingsprocedure of een procedure van gunning via onderhandelingen; dat het dus geen betrekking lijkt te hebben op de uiteindelijke beslissing tot "gunning"; dat ter terechtzitting verzoekster betoogt dat in het verzoekschrift door een verschrijving werd verwezen naar artikel 31, terwijl, zoals uit de tekst van het middel blijkt, artikel 34 werd bedoeld; dat artikel 34 over de gunningscriteria handelt en dus wel te dezen toepasselijk zou kunnen zijn; dat het aannemen van de idee van de verschrijving echter voor de beoordeling van het middel weinig verschil maakt; dat, immers, ook dan de opwerping van de tussenkomende partij overeind blijft; dat die opwerping is dat de draagwijdte van het middel onduidelijk is, dat verzoekster toch niet kan bedoelen dat de verwerende partij klakkeloos de besluiten van de deskundigen had moeten volgen; dat de tussenkomende partij terecht stelt dat zeker in een schorsingsprocedure het gebrek aan

duidelijkheid de rechten van verdediging in het gedrang brengt; dat in zoverre het betrekking heeft op artikel 31 of artikel 34 van de richtlijn het middel niet ernstig is;

4.1.4. Overwegende dat artikel 21 van de richtlijn eisen stelt over de aankondiging van een oproep tot mededinging; dat verzoekster, die heeft kunnen mededingen, niet aantoont hoe ze nog beter had kunnen mededingen was artikel 21 nageleefd; dat ze niet eens preciseert op welke wijze dat artikel niet is nageleefd; dat ook in zoverre het betrekking heeft op artikel 21 van de richtlijn, het middel niet ernstig is;

4.1.5. Overwegende dat uit het bovenstaande volgt dat het eerste middel in zijn geheel niet ernstig is;

4.2. Overwegende dat als tweede annulatiemiddel verzoekster machtsafwending, schending van de beginselen van behoorlijk bestuur en schending van het in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet neergelegde gelijkheidsbeginsel aanvoert; dat zij dat middel staaft als volgt : de bestreden beslissing wijkt van het uitvoerig gemotiveerd advies van de experten af zonder op een duidelijke en objectieve wijze aan te geven waarom het voorstel van IVEKA voordeliger is; de opsomming van de bezwaren tegen dat advies en van de zogenaamde voordelen van de offerte van de tussenkomende partij kan niet worden gelijkgesteld met een afweging van de voor- en nadelen van de offertes; het motief om een openbare gemeentelijke verankering te geven aan een privé-rechtspersoon, de n.v. ELECTRABEL, mag niet in aanmerking worden genomen, want de gemeenten zijn niet bevoegd ten aanzien van het beleid met betrekking tot de elektriciteitssector, de economie en de werkgelegenheid; er is geen rekening gehouden met de argumenten van raadsleden CELEN en GEYZEN; men kan zich niet van de indruk ontdoen dat de meerderheid in de gemeenteraad haar macht heeft

afgewend om een kolencentrale in Mol te behouden, om ELECTRABEL een openbare verankering te geven, om andere gemeenten toe te laten een strategische rol te spelen, om te vermijden dat Mol een eilandpositie bezet in een Electrabellandschap;

4.2.1. Overwegende dat in de aanhef van de bestreden beslissing elf punten van met motieven onderbouwde kritiek op het verslag van de deskundigen voorkomen; dat op basis van die opmerkingen wordt geconcludeerd dat het bod van de tussenkomende partij de andere biedingen in gunstige zin overtreft, voor 530,7 miljoen frank voor de drie nutsvoorzieningen samen; dat vervolgens het voordeel van verdere samenwerking met IVEKA "in het vooruitzicht van de nakende liberalisering van de Europese markt" wordt omschreven; dat voorts nog argumenten ten voordele van IVEKA worden aangevoerd in verband met de financiering van het risico-kapitaal, in verband met de formule van de gemengde intercommunale, in verband met de waarborgen op het vlak van de lokale tewerkstelling, in verband met de tevredenheid over de voorheen geleverde dienstverlening van IVEKA; dat ook gewezen wordt op de mogelijkheid een rol te spelen in de electriciteitsproduktie, in hoofdzaak beheerd door ELECTRABEL, op de opportuniteit ELECTRABEL een "openbare gemeentelijke verankering te geven ten einde bij te dragen tot de stabiliteit van de elektriciteitssector en zijn goede werking in de zin van het algemeen belang, tot de economische activiteit in België en tot de werkgelegenheid", op het feit dat in dat kader de gemeenten de mogelijkheid krijgen voor 5 % te participeren in het kapitaal van ELECTRABEL, met het daaraan verbonden bijkomend financieel voordeel op het vlak van de dividenden; dat tenslotte wordt uiteengezet hoe, wat de gasdistributie betreft, het op het vlak van service en veiligheid beter is bij IVEKA te blijven;

Overwegende dat, getoetst aan het hierboven weergegeven overzicht van de motivering van het bestreden besluit, verzoeksters vaag verwijt dat de verwerende partij het in haar ogen voordeliger zijn van de offerte van de tussenkomende partij niet duidelijk en objectief heeft aangetoond, hoegenaamd niet de ernst vertoont die een schorsing zou kunnen wettigen; dat wanneer zij schrijft dat de verwerende partij het advies van de deskundigen "negeert", veeleer bedacht moet worden dat zij in de uiteenzetting van haar middel de argumenten van de verwerende partij tegen dat advies "negeert"; dat die argumenten best niet overtuigend kunnen zijn, maar dat verzoekster daar zelfs geen begin van bewijs van levert;

Overwegende dat de evengemaakte bedenking ook geldt ten aanzien van de aantijging van machts-afwending; dat trouwens artikel 180, eerste lid, van de wet van 21 december 1994 de gemeenten met zoveel woorden toestaat te participeren in bedrijven voor productie, vervoer en distributie van energie;

Overwegende dat het tweede middel niet ernstig is;

4.3. Overwegende dat als derde annulatiemiddel verzoekster de schending aanvoert van de richtlijn 96/92 van het Europees Parlement van 19 december 1996 met betrekking tot de interne markt voor elektriciteit; dat zij meer bepaald zekere motieven van het bestreden besluit met die richtlijn strijdig acht;

4.3.1. Overwegende dat het middel alleen al hierom niet ernstig is omdat de richtlijn nog niet in Belgisch recht is omgezet en overeenkomstig artikel 27 ervan de lidstaten de nodige omzettingsbepalingen in werking moeten doen treden om er uiterlijk 19 februari 1999 aan

te voldoen en België zelfs gebruik kan maken van een aanvullend uitstel van één jaar;

4.4. Overwegende dat in ondergeschikte orde verzoekster "schending van het legaliteitsbeginsel" aanvoert doordat op de gemeenteraadszitting van 19 januari 1998 de notulen van 13 oktober 1997 niet met instemming van alle gemeenteraadsleden werden verbeterd;

4.4.1. Overwegende dat de rechtzetting van een verschrijving juridisch nuttig kan zijn, maar niet noodzakelijk is; dat die vaststelling volstaat om aan het middel de vereiste ernst te ontzeggen;

5. Overwegende dat bij gebrek aan ernstige annulatiemiddelen de vordering moet worden verworpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de Intercommunale Vereniging voor de Energiedistributie in de Kempen en het Antwerpse (IVEKA) in de vordering tot schorsing wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

<u>Artikel 3</u>.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure, bepaald op vijfduizend frank, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op acht september 1900 achtennegentig, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	J. BORRET,	kamervoorzitter,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
	J. BAERT,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **J. BORRET.**