

Koerswijziging Raad van State: gedelegeerd bestuurder als dagelijks bestuurder kan offertes voor overheidsopdrachten ondertekenen

De Raad van State oordeelde doorgaans dat een gedelegeerd bestuurder als dagelijks bestuurder van een vennootschap offertes voor overheidsopdrachten niet geldig kan ondertekenen.

Koerswijziging Raad van State: gedelegeerd bestuurder als dagelijks bestuurder kan offertes voor overheidsopdrachten ondertekenen

De Raad van State oordeelde doorgaans dat een gedelegeerd bestuurder als dagelijks bestuurder van een vennootschap offertes voor overheidsopdrachten niet geldig kan ondertekenen. Deze rechtspraak was zo consequent dat aanbestedende overheden zelfs vaak in de opdrachtdocumenten al waarschuwden dat zij de ondertekening door een gedelegeerd bestuurder als dagelijks bestuurder niet zouden aanvaarden. Recent rees de vraag of deze rechtspraak (en houding van aanbestedende overheden) moest veranderen / evolueren naar aanleiding van de definitie van “dagelijks bestuur” in artikel 7:121 van het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen (“WVV”) en de bijhorende memorie van toelichting die stelt dat de beslissing tot “intekening” op een overheidsopdracht onder het dagelijks bestuur kan vallen.

Deze belangrijke vraag lijkt nu voor het eerst een (begin van) antwoord te hebben gekregen in het arrest nr. 249.726 van 5 februari 2021 van de Raad van State: de ondertekening van de offerte door een gedelegeerd bestuurder als dagelijks bestuurder lijkt niet meer automatisch tot gevolg te hebben dat de inschrijving substantieel onregelmatig is.

- I. Het arrest van de Raad van state van 5 februari 2021

De zaak had betrekking op de gunning door NV De Vlaamse Waterweg van een overheidsopdracht

voor werken met als voorwerp “Kanaal Gent – Terneuzen te Gent. Herbouw Meulestedebrug en omgevingsaanleg”. NV A diende tegen deze gunningsbeslissing een vordering tot schorsing bij UDN (“uiterst dringende noodzakelijkheid”) in bij de Raad van State. Eén van haar middelen was gesteund op het argument dat de offerte van de gekozen inschrijver TM (‘tijdelijke maatschap’) BCD (bestaande uit NV B, NV C en NV D) niet geldig was ondertekend en aldus substantieel onregelmatig verklaard had moeten worden.

TM BCD had ervoor geopteerd om haar offerte door één persoon te laten indienen en ondertekenen. Deze indiening was gebaseerd op (verschillende niveaus van) onderlastgeving in hoofde van elk individueel lid van TM BCD. Dergelijke werkwijze is op zich wettig, op voorwaarde dat niet alleen de volmacht van de ondertekenaar zelf rechtsgeldig is, maar ook de voorafgaande volmachten van de lastgevers juridisch in orde zijn (en dit telkens voor ieder lid van de TM). De ondertekenaar in kwestie had met betrekking tot NV C (als lid van de TM) een volmacht verkregen van persoon X, aan wie eerder op zijn beurt een volmacht was verleend door persoon Y, nl. de gedelegeerd bestuurder van NV C.

In deze laatste onderlastgeving verleend door de gedelegeerd bestuurder knelde het schoentje, aldus de verzoekende partij NV A. Volgens de statuten van NV C was de gedelegeerd bestuurder immers bevoegd om handelingen van dagelijks bestuur te stellen. Er was geen één- of meerhandtekeningsclausule in de statuten of bijzondere volmacht die hem ruimere bevoegdheden toekende, zoals het ondertekenen van offertes voor overheidsopdrachten. NV A argumenteerde aldus dat de ondertekening ongeldig was en verwees hiervoor naar “vaste rechtspraak” van de Raad van State waaruit zou volgen dat een gedelegeerd bestuurder als dagelijks bestuurder geen offertes voor overheidsopdrachten kan ondertekenen.

In zijn beoordeling wees de Raad van State erop dat de “vaste rechtspraak”, waarnaar NV A verwees, dateert van vóór de inwerkingtreding van het nieuwe WVV. De Raad benadrukte dat het WVV thans een definitie bevat van wat onder het begrip “dagelijks bestuur” moet worden begrepen, die – zoals blijkt uit de memorie van toelichting – “op het eerste gezicht niet volledig lijkt overeen te stemmen met de voorheen hieraan gegeven jurisprudentiële invulling van dat begrip”.

De definitie van dagelijks bestuur in het WVV luidt als volgt:

“Alle handelingen en de beslissingen die niet verder reiken dan de behoeften van het dagelijks leven van de vennootschap, evenals de handelingen en de beslissingen die om reden van het minder belang dat ze vertonen of omwille van hun spoedeisend karakter de tussenkomst van de raad van bestuur, de enige bestuurder of de directieraad niet rechtvaardigen.”

Zonder echter concreet in te gaan op de verschillen tussen de jurisprudentiële definitie en de wettelijke definitie van dagelijks bestuur, stelde de Raad van State dat het middel dat is gesteund op een niet meer volledig accurate, jurisprudentiële invulling van het begrip “dagelijks” bestuur

voor juridische betwisting vatbaar lijkt. Een beoordeling van een dergelijk middel zou dan ook de toetsingsbevoegdheid van de Raad van State in een UDN-procedure te buiten gaan. Desalniettemin oordeelde de Raad van State dat de voorgaande vaststellingen op zich al volstonden – toch minstens in het kader van een spoedeisende procedure – om het middel van NV A af te wijzen.

Blijkbaar heeft NV A ter zitting nog getracht om aan te tonen dat de ondertekening (en voorafgaande lastgeving daartoe) in dit specifieke geval niet voldeed aan wat het nieuwe WVV onder dagelijks bestuur verstaat. De Raad oordeelde evenwel dat dit laattijdig was en hield hiermee dan ook geen rekening. In deze zaak heeft de Raad van State m.a.w. niet in concreto gecontroleerd of de (lastgeving tot) inschrijving voor een overheidsopdracht al dan niet kwalificeert als een handeling van dagelijks bestuur in het licht van de betrokken opdracht en betrokken inschrijver. Het blijft aldus nog afwachten in welke mate de Raad van State in toekomstige zaken zich zal toeleggen op een in concreto beoordeling van het “dagelijks bestuur karakter” van de ondertekening.

Desalniettemin heeft de Raad van State met dit arrest o.i. (terecht) een pagina in haar rechtspraak omgedraaid: de ondertekening door een gedelegeerd bestuurder als dagelijks bestuurder lijkt niet meer automatisch tot gevolg te hebben dat de inschrijving substantieel onregelmatig is.

2. Aanbeveling voor aanbesteders en ondernemingen

Rekening houdend met de nieuwe wettelijke definitie van dagelijks bestuur en bovenvermeld arrest van de Raad van State lijkt thans van de aanbestedende overheid te mogen worden verwacht dat zij geval per geval onderzoekt of de gedelegeerd bestuurder, bevoegd voor dagelijks bestuur, de offerte kan ondertekenen. O.i. verplicht het motiveringsbeginsel haar dan ook van dit onderzoek melding te maken in het gunningsverslag. De Raad van State kan dan desgevallend nog een marginale toets op deze concrete beoordeling doorvoeren.

Eventuele parameters voor deze beoordeling zijn o.i. (onder meer) de vraag of de te verrichten handelingen al dan niet een belangrijk aansprakelijkheidsrisico voor de inschrijver met zich meebrengen. Daarnaast zou ook met de aard, de omvang en het maatschappelijk doel van de onderneming rekening gehouden kunnen worden. In die zin zouden het inschrijven voor recurrente overheidsopdrachten waarop de onderneming nagenoeg dagelijks of wekelijks inschrijft of overheidsopdrachten met een eerder beperkte omvang als een daad van dagelijks bestuur moeten worden beschouwd.

De bewijslast dat het om een handeling van dagelijks bestuur gaat, blijft evenwel (in de eerste plaats) bij de inschrijvers. Wanneer een onderneming ervoor kiest om haar inschrijving te laten ondertekenen door de gedelegeerd bestuurder van de vennootschap (na deze keuze zorgvuldig te hebben overwogen), is het raadzaam dat zij in de inschrijving zelf concretiseert waarom de handtekening voor de desbetreffende overheidsopdracht, voor haar, tot het dagelijks bestuur

behoort en aldus rechtsgeldig is (idealiter aan de hand van stavingsstukken). Zij dient zich hierbij te laten leiden door de hoger vermelde parameters en in ieder geval door de (alternatieve en niet cumulatieve) criteria in de definitie van dagelijks bestuur in artikel 7:121 WvV, nl.:

- ofwel reikt de handeling niet verder dan de behoeften van het dagelijks leven van de vennootschap;
- ofwel rechtvaardigt de handeling niet, om een reden van minder belang, de tussenkomst van de raad van bestuur, de enige bestuurder of de directieraad;
- ofwel rechtvaardigt de handeling niet de tussenkomst van de raad van bestuur, de enige bestuurder of de directieraad, omwille van haar spoedeisend karakter.

Voor meer informatie over dit specifieke onderwerp, kan u Jan De Leyn en Janice Demeester (auteurs) raadplegen.

Mechelsesteenweg 127A, b1 - 2018 Antwerpen

t. +32 3 260 98 60 | +32 2 790 44 44

Regentschapsstraat 58 bus 8 - 1000 Brussel

info@schoups.be

www.schoups.com