

Rechtsbescherming overheidsovereenkomsten: maakte het Hof van Cassatie een einde aan het ‘parcours du combattant’⁽¹⁾?

KRIS WAUTERS

1. Inleiding

Teneinde de rechtsbescherming van een inschrijver, die heeft deelgenomen aan de gunning of plaatsing van een overheidsovereenkomst en ernaast heeft gegrepen, te verbeteren, bevestigde de Belgische Raad van State, in navolging van de Franse Conseil d'État⁽²⁾, reeds in 1949 de toepassing van de leer van de afsplitsbare rechtshandeling, *la théorie de l'acte détachable*⁽³⁾.

De Raad van State gaat er in het raam van deze leer vanuit dat de beslissing, waarmee een overheid een overeenkomst gunt en dus de ‘offerte’ (het aanbod) van een inschrijver aanvaardt, zich afsplitst van de overeenkomst. In tegenstelling tot Nederland zien onze hoogste rechtscolleges een overheidsovereenkomst niet als één geheel, waardoor in het raam van de rechtsmachtsverdeling tussen de Raad van State en de burgerlijke rechter, de Raad van State in België kan oordelen over de ‘gunningsbeslissing’. Daar de ‘gunningsbeslissing’ zich afsplitst van de overeenkomst kan de Raad van State haar ook erkennen als een eenzijdige administratieve rechtshandeling, waardoor zij de vordering tot schorsing of tot nietigverklaring vanwege een benadeelde derde hiertegen ontvankelijk kan verklaren. Dit is de bestuursrechtelijke kwalificatie van een verbintenisrechtelijke rechtshandeling, omdat de beslissing van de overheid eerder haar toestemming inhoudt met het aanbod dat haar is gedaan⁽⁴⁾.

De leer van de afsplitsbare rechtshandeling houdt echter ook in dat een schorsing of nietigverklaring van de eenzijdige administratieve rechtshandeling door de Raad van State geen enkele invloed heeft op de overeenkomst, die intussen tot stand zou zijn gekomen. Zelfs wanneer Raad van State de afsplitsbare rechtshandeling uit het rechtsverkeer

laat verdwijnen, kan de overheid doodleuk de overeenkomst blijven uitvoeren. Een dergelijk systeem geeft een inschrijver geen effectieve rechtsbescherming, in die zin dat de Raad van State hem niet kan waarborgen dat hij zelf nog de overeenkomst in natura kan uitvoeren. We herinneren eraan dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming zowel een Europeesrechtelijk als Belgisch rechtsbeginsel is⁽⁵⁾.

De mogelijke oplossing voor dit probleem in het raam van het sluiten en uitvoeren van een overheidsovereenkomst is te zoeken bij de burgerlijke rechter. Deze laatste is als enige bevoegd inzake de uitvoering, de beëindiging en de uitlegging van overeenkomsten en dus ook overheidsovereenkomsten. De inschrijver, die geweerd is bij een plaatsingsprocedure, zou in beginsel bij de burgerlijke rechter een maatregel kunnen vragen ten aanzien van de overeenkomst gesloten door de overheid. Daarover zegt wijlen professor Flamme in 1969 echter het volgende: “*Les tiers en revanche paraissent délibérément sacrifiés. Leur qualité même les prive de toute action devant le juge du contrat et l’annulation de l’acte détachable demeure à leur égard purement platonique*”⁽⁶⁾.

Ondanks de rechtsbescherming bij de Raad van State bleef de geweerde inschrijver wezenloos achter. Deze vaststelling wijzigde echter stilaan drastisch sinds begin jaren '90 van de vorige eeuw. Vanaf dat moment gaan burgerlijke rechters op grond van uiteenlopende grondslagen meer en meer in op vragen van geweerde inschrijvers om een maatregel te nemen ten aanzien van overeenkomsten, die een overheid op onwettige wijze heeft gesloten. Hierop wordt later in deze noot nog ingegaan. Het geannoteerde arrest van het Hof van Cassatie lijkt in elk geval de wezenloze inschrijver grotere rechtszekerheid te bieden in het raam van

(1) M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, “Le contentieux des commandes publiques ou le parcours du combattant. Quel sort pour les contrats irrégulièrement conclus?”, in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 1007-1024.

(2) C.E.fr. 4 augustus 1905, *Lebon*, 749, concl. ROMIEU.

(3) RvS 24 oktober 1949, nr. 137, *Grisar*.

(4) Vgl. Cass. 5 maart 2012, *JTT* 2012, 243; *MCP-OoO* 2012, 63, concl. J. GENICOT.; *Rev. dr. commun.* 2013, 20, noot G. DELANNAY.

(5) Zie o.a. K. WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 389 p.

(6) M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1969, 455, nr. 310.



een meer effectieve rechtsbescherming. Daarnaast is het zo dat voor overheidsopdrachten en concessies van werken en diensten boven de Europese drempels de wet van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies'⁽⁷⁾ een systeem voorziet, waarbij een overheid een overeenkomst nog niet onmiddellijk kan sluiten. Artikel 11 van voornoemde wet verplicht een aanbestedende instantie om een termijn van 15 dagen (de zogenaamde wachttermijn) in acht te nemen alvorens de overeenkomst te kunnen sluiten. Stelt een benadeelde inschrijver een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid of een kortgedingprocedure⁽⁸⁾ in binnen die termijn, dan kan de aanbestedende instantie gedurende de periode van de procedure de overeenkomst niet sluiten.

We gaan nu verder in op voornoemd arrest van het Hof van Cassatie (2.), teneinde het vervolgens te kaderen binnen de evolutie van de rechtspraak inzake de mogelijkheid voor een derde om een maatregel te vragen ten aanzien van de uitvoering van een overeenkomst onwettig gegund door een overheid (3.). Ten slotte rijst de vraag hoe dit alles zich verhoudt tot het specifieke rechtsbeschermingssysteem voorzien in de rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013 (4.).

2. Hof van Cassatie

Het Hof van Cassatie⁽⁹⁾ had recent de gelegenheid om standpunt in te nemen aangaande de mogelijkheid voor een derde-benadeelde om de nietigverklaring⁽¹⁰⁾ van een overheidsovereenkomst bij de burgerlijke rechter te vragen. In de eerste plaats schetst de bijdrage in het kort de feiten, die aan de grondslag liggen van het arrest, en hoe het Hof van Beroep hierop heeft gereageerd (2.1.). Vervolgens komen de conclusies van de Eerste Advocaat-Generaal en het arrest van het Hof van Cassatie aan bod (2.2.).

2.1. FEITELIJKE ELEMENTEN EN GECASSEERD ARREST

Het Hof van Cassatie diende uitspraak te doen in een zaak, een saga die al heel wat juridische

waters had doorzwoomen en die juist aantoonde dat een onderneming, die deelneemt aan de plaatsingsprocedure van een overheidsovereenkomst en de overeenkomst niet kan uitvoeren, een hele calvarieweg af te leggen heeft alvorens hij eventueel van een effectieve rechtsbescherming kan genieten, namelijk waarbij hij alsnog de kans krijgt om zelf de overeenkomst uit te voeren.

In het raam van huidige noot is het niet noodzakelijk om een volledig overzicht te geven van de feiten, die aan de grondslag liggen van het rechtsgeheel. Een uitgebreid feitenrelaas is reeds terug te vinden in het verzoekschrift tot cassatie dat gehecht is aan het geannoteerde arrest. Aan de oorsprong van het rechtsgeheel ligt een dading gesloten tussen bepaalde partijen, die tot een principeakkoord heeft geleid. Op grond van dit akkoord verleenden intercommunales aan Telenet een erfpacht op hun kabelnetwerken voor een periode van 38 jaren. Telenet verkreeg aldus een exclusief recht om gedurende deze periode de netwerken te gebruiken voor het aanbieden van telefoniediensten, internettoegang en analoge, digitale en interactieve televisiediensten. Daarnaast droegen de intercommunales de televisieactiviteiten en de televisieabonnees aan Telenet over. Uiteindelijk leidde dit principeakkoord tot een definitieve overeenkomst. Dit alles gebeurde zonder enige marktbevraging. Het is deze laatste overeenkomst, die centraal staat in het geschil bij de burgerlijke rechter, geschil dat heeft geleid tot het geannoteerde arrest.

Tegen de beslissingen van de intercommunales, op grond van dewelke de definitieve overeenkomst tot stand kwam, diende Belgacom een vordering tot schorsing en een verzoekschrift tot nietigverklaring in bij de Raad van State. De Raad verwierp de vorderingen tot schorsing wegens het ontbreken van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel⁽¹¹⁾. De Raad van State heeft dan voor een eerste maal in 2012 de zaak ten gronde behandeld⁽¹²⁾. De Raad stelt vast dat via de gunning van de overeenkomsten de intercommunales de uitoefening van een economisch activiteit regelen. Partijen aanvaarden dat de discretionaire bevoegdheid van een overheid om tot dergelijke gunning over te gaan begrensd is door het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende

(7) BS 21 juni 2013, 39949.

(8) De geweerde inschrijver moet de ene of de andere procedure kiezen naargelang de aanbestedende instantie een administratieve overheid is of een privaatrechtelijk rechtspersoon. Immers, ook privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen een aanbestedende dienst zijn onder bepaalde voorwaarden.

(9) Cass. 22 januari 2021, MCP-OoO, 2021/1, 118-121.

(10) Indien de bodemrechter de nietigverklaring van de overeenkomst kan uitspreken, dan kan de kortgedingrechter dezelfde overeenkomst ook schorsen.

(11) RvS 22 mei 2008, nr. 183.265, NV van publiek recht Belgacom; RvS 27 november 2008, nr. 188.272, NV van publiek recht Belgacom.

(12) RvS 2 mei 2012, nr. 219.116, NV van publiek recht Belgacom.



transparantieplichting. De overheden menen echter dat er 'dwingende redenen van algemeen belang' in de zin van het Europees Unierecht waren om toch geen marktbevraging te doen. In dat kader heeft de Raad van State dan een aantal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie gesteld.

In een arrest van 14 november 2013⁽¹³⁾ heeft het Hof van Justitie in de eerste plaats de gesloten overeenkomst als een concessieovereenkomst voor diensten gekwalificeerd. Daarbij bevestigt het Hof vervolgens dat de overheidsinstanties die een dergelijke concessie willen verlenen, de fundamentele regels van het VWEU en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, het beginsel van gelijke behandeling en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting in acht moeten nemen wanneer deze concessie een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft. Het Hof erkent ook dat Lidstaten en dus aanbestedende overheden dwingende redenen van algemeen belang kunnen invoeren, opdat zij in dat geval niet verplicht zijn om voornoemde beginselen na te leven. Het Hof meent echter dat er geen dergelijke redenen in casu aanwezig zijn.

In navolging van deze laatste uitspraak heeft de Raad van State dan op 26 mei 2014 zijn eindarrest gevelde⁽¹⁴⁾. De Raad stelt vast dat er volgens het Hof van Justitie geen dwingende redenen van algemeen belang zijn, die rechtvaardigden dat de overheid zonder mededinging de overeenkomsten heeft gegund. Impliciet bevestigt de Raad van State een schending van de artikelen 49 en 56 VWEU en van het beginsel van de gelijke behandeling en van de daaruit voortvloeiende transparantieplicht. De Raad van State vernietigt de betwiste afsplitsbare rechtshandelingen.

Intussen had Belgacom op 11 februari 2008 een dagvaarding laten betekenen, waarbij zij bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen de nietigverklaring vordert van het voornoemde principeakkoord en van elke overeenkomst houdende de overdracht van rechten op het kabelnetwerk van de kabelmaatschappijen en overdracht van hun abonnees, die op grond van het principeakkoord zou tot stand komen. Voornoemde rechtbank heeft de vordering onontvankelijk verklaard bij vonnis van 6 april 2009.

Tegen dit laatste vonnis tekende Belgacom beroep aan bij het Hof van Beroep te Antwerpen. Het Hof van Beroep te Antwerpen was de mening toegedaan

dat de vordering weliswaar ontvankelijk is, doch dat er geen grond is om het principeakkoord en de eruit voortvloeiende overeenkomsten nietig te verklaren. Volgens het Hof raakt een schending van het gelijkheids-, niet-discriminatie- en transparantiebeginsel niet aan de openbare orde, zodat er geen sprake kan zijn van een absolute nietigheid. Aldus kan een derde de eventuele nietigheid van de overeenkomst niet invoeren. In huidige zaak was Belgacom een dergelijke derde en kon zij bijgevolg niet de nietigheid van de overeenkomst vragen.

2.2. CONCLUSIE EERSTE ADVOCaat-GENERAAL EN ARREST⁽¹⁵⁾

Tegen voornoemd arrest dient Belgacom een voorziening in bij het Hof van Cassatie. Daarbij werpt Belgacom verschillende middelen op. Het tweede middel, dat uiteindelijk zal leiden tot de cassatie van het arrest van het Hof van Beroep, gaat juist over de beoordeling van het Hof van Beroep dat er geen enkele reden was om de prinsipiessaakkoorden van 26 november 2007 en 28 juni 2008 alsook alle verwante overeenkomsten tot overdracht en overname die in uitvoering van deze overeenkomsten zijn tot stand gekomen nietig te verklaren. Voornoemd middel bestond uit negen onderdelen. In de verschillende onderdelen komen de onderscheiden grondslagen aan bod, die eventueel kunnen leiden tot de vernietiging van een overeenkomst: schending van artikel 6 B.W. (nu artikel 2 Oud Burgerlijk Wetboek⁽¹⁶⁾), ongeoorloofd voorwerp en ongeoorloofde oorzaak.

Mevrouw Ria Mortier, eerste advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie, gaat in haar conclusie hoofdzakelijk in op het vijfde onderdeel van het tweede middel. In dit onderdeel argumenteert Belgacom dat wanneer een overheid een concessie van diensten sluit zonder marktbevraging en met miskenning van het gelijkheids- en transparantiebeginsel zij een toestand schept of in stand houdt in strijd met de openbare orde. Hierdoor is het voorwerp van de overeenkomst ongeoorloofd. Wegens de ongeoorloofdheid van het voorwerp is deze overeenkomst volstrekt nietig.

In de eerste plaats onderzoekt eerste advocaat-generaal Mortier in welke mate de geschonden rechtsregels en beginselen de openbare orde raken. Volgens eerste advocaat-generaal Mortier erkent men unaniem dat de wetgeving inzake de plaatsing van overheidsopdrachten van openbare

(13) HvJ 14 november 2013, C-221/12, *NV Belgacom*, ECLI:EU:C:2013:736.

(14) RvS 26 mei 2014, nr. 227.535, *NV Belgacom*.

(15) <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2021:CONC.20210122.1N.38/NL?HiLi=eNpLtDKwqq4FAAZPAf4=>.

(16) Er bevindt zich geen vergelijkbare bepaling in Boek 1 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek.



orde is in de mate dat ze de overheid verplicht om voor de gunning beroep te doen op de mededinging en om de potentieel geïnteresseerde marktdeelnemers op een gelijke manier te behandelen. De regels inzake "openbare aanbesteding" (*sic*) die de eerbiediging van de vrije mededinging en de gelijkheid van de marktdeelnemers betreffen, raken de openbare orde. Het gelijkheidsbeginsel, zoals verrat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, betreft de openbare orde. Dit geldt ook voor de Unierechtelijke beginselen inzake de gelijke behandeling en de eerbiediging van de vrije mededinging zoals onder meer verrat in de artikelen 49 en 56 VWEU. Zij betreffen de economische grondslagen van onze democratische samenleving, aldus de eerste advocaat-generaal.

Uit de eerdere rechtspraak van het Hof van Cassatie volgt dat een overeenkomst een ongeoorloofd voorwerp heeft wanneer zij ertoe strekt een toestand te doen ontstaan of in stand te houden die in strijd is met de openbare orde of met dwingende wetbepalingen of indien zij verplicht tot een prestatie die door een wet van openbare orde is verboden of in strijd is met de goede zeden. Een dergelijke overeenkomst is nietig en kan geen gevolg hebben⁽¹⁷⁾. Echter, uit die zelfde rechtspraak vloeit voort dat men daarbij minder focust op de schending van de openbare orde norm op zich dan op de rechtsgevolgen die de overeenkomst creëert. De sanctie van de nietigheid is slechts nodig als dit dient om de concrete doelstelling van de geschonden norm te realiseren⁽¹⁸⁾. Wanneer er slechts één potentiële inschrijver zou zijn, dan heeft het geen zin om de overeenkomst nietig te verklaren. De rechter moet de nietigheidssanctie beoordelen in het licht van het doel en de geest van de wet. Het algemeen belang kan het ook onwenselijk maken dat een overeenkomst wordt vernietigd. In huidige zaak heeft, volgens eerste advocaat-generaal Mortier, de overheid fundamentele verplichtingen miskend bij de gunning van de overeenkomst, waardoor het voorwerp van de overeenkomst ongeoorloofd is. Dergelijke overeenkomst is absoluut nietig.

In haar arrest van 22 januari 2021 gaat het Hof van Cassatie dan in op voornoemd vijfde onderdeel van het tweede middel. Volgens het Hof heeft een overeenkomst een ongeoorloofd voorwerp wanneer zij ertoe strekt een toestand te doen ontstaan of in stand te houden die in strijd is met de openbare orde of met dwingende wetbepalingen. Krachtens de artikelen 6 en 1108 Burgerlijk Wetboek is een

dergelijke overeenkomst nietig en kan zij geen gevolg hebben.

Het Hof bevestigt ook dat de verplichting om het gelijkheids- en transparantiebeginsel verrat in de artikelen 49 en 56 VWEU te eerbiedigen, ter vrijwaring van de eerlijke mededinging, een juridische grondslag van de economische en morele orde van onze samenleving is, die zich aan de "aangebestede dienst" (*sic*) opdringt. Het Hof besluit als volgt: "dat een overeenkomst waarin een aanbestedende dienst van een lidstaat rechtstreeks en dus met miskenning van voornoemd gelijkheids- en transparantiebeginsel aan een marktdeelnemer uit dezelfde lidstaat een dienstenconcessie gunt met een duidelijk grensoverschrijdend belang, een toestand doet ontstaan die in strijd is met de openbare orde en bijgevolg volstrekt nietig is bij gebrek aan geoorloofd voorwerp". Het Hof brengt echter twee nuanceringen aan: "Wanneer evenwel wordt vastgesteld dat er geen enkele potentieel geïnteresseerde marktpeler was, is de nietigheidssanctie kennelijk ongeschikt gelet op het doel van de geschonden regel en is de overeenkomst niet nietig. Bovendien kan de rechter beslissen om de overeenkomst niet te vernietigen wanneer dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de opdracht of de concessie voortgang vindt".

3. Commentaar

In de eerste plaats volgt een korte historische evolutie van de rechtspraak en rechtsleer inzake de mogelijkheid van een derde om de schorsing of nietigverklaring van een overheidsovereenkomst te bekomen als de afsplitsbare rechtshandeling onwettig is (3.1.) Vervolgens gaan we nader in op een aantal specifieke elementen uit het geannoteerde arrest (3.2.).

3.1. HISTORISCHE EVOLUTIE

Huidig onderdeel heeft als doel om het belang aan te tonen van het geannoteerde arrest aan de hand van een historische schets van de belangrijkste rechtsleer en rechtspraak aanwezig rond het thema van de vordering tot nietigverklaring of tot schorsing van een overheidsovereenkomst door een derde als gevolg van een onwettige afsplitsbare rechtshandeling. De bril, waarmee de problematiek wordt bekeken, is een publiekrechtelijke bril. Daarbij komen wel een aantal privaatrechtelijke elementen aan

(17) Cass. 8 maart 2018, *Arr.Cass.* 2018, nr. 163.

(18) Cass. 30 januari 2015, *Arr.Cass.* 2015, nr. 76.



bod, zonder dat de auteur echter beweert daarover gezaghebbende uitspraken te kunnen doen.

Krachtens de leer van de afsplitsbare rechtshandeling heeft het sanctioneren van de beslissing tot gunning van een overheidsovereenkomst geen rechtstreekse gevolgen voor de overeenkomst zelf. Men zou kunnen zeggen dat publiekrecht en privaatrecht strikt van elkaar gescheiden zijn. Deze strikte scheiding trok zich echter nog verder door. De eerste auteurs, die zich bogen over de vraag wat de mogelijke gevolgen zouden kunnen zijn van een nietigverklaringsarrest van de Raad van State, legden zelfs geen link met de privaatrechtelijke mogelijkheden om een overeenkomst nietig te laten verklaren⁽¹⁹⁾. Stilaan ging men echter beseffen dat publiek en privaatrecht op dit vlak konden in elkaar vloeien.

Een eerste indicatie betreffende de mogelijkheid tot nietigverklaring van een overheidsovereenkomst wegens een voorafgaande schending van het beginsel van de gelijke behandeling vindt men volgens sommigen terug bij Van Gerven⁽²⁰⁾. Het is echter in de zaak *Egta Contractors* dat een rechtscollege, het Hof van Beroep te Brussel, voor de eerste maal oordeelt dat verbintenissen, die worden aangewend om de wetgeving overheidsopdrachten, die van openbare orde is, buiten spel te zetten, een ongeoorloofde oorzaak hebben⁽²¹⁾. In het voorafgaande arrest van de Raad van State gevelde in deze zaak liet de Raad zich reeds ontvallen dat een schorsing van een afsplitsbare rechtshandeling er de verzoevende partij kon toe aanzetten om bij de burgerlijke rechter de schorsing of de nietigverklaring van de overeenkomst te vorderen juist omdat de begane onwettigheid de openbare orde raakt⁽²²⁾. Deze

rechtspraak ging echter in tegen de zogenaamde dominante rechtsleer en rechtspraak, die het onmogelijk achtte dat een derde benadeelde de nietigheid van een overeenkomst zou kunnen invoeren⁽²³⁾.

Meer en meer gingen er ook in de rechtsleer stemmen op om op één of andere manier aan de derde benadeelde de mogelijkheid te geven om de nietigheid van de overheidsovereenkomst in te roepen als er een onwettigheid kleefte aan de afsplitsbare rechtshandeling⁽²⁴⁾. De rechtspraak volgde stilaan deze tendens. De grondslag, waarop men zich steunt om uiteindelijk te beslissen tot de nietigheid van de overeenkomst, is niet altijd dezelfde. In de eerste plaats moet men ter zake een onderscheid maken tussen de nietigverklaring gevorderd door één van de contractspartijen en deze gevorderd door een derde. Wat betreft de eerste hypothese heeft het Hof van Cassatie erkend dat een contractspartij de nietigverklaring van de overeenkomst kan vorderen als de afsplitsbare rechtshandeling werd vernietigd⁽²⁵⁾. In dat geval gaat het Hof van Cassatie ervan uit dat de toestemming van één van de contractspartijen afwezig is, wat leidt tot een relatieve nietigheid⁽²⁶⁾. Probleem is dat enkel de contractspartijen in dat geval de nietigheid van de overeenkomst kunnen invoeren.

Wat betreft de mogelijkheid van een derde om de overheidsovereenkomst nietig te horen verklaren, hypothese die ons hier het meest interesseert, onderscheidt men een civilistische⁽²⁷⁾ en meer publiekrechtelijke benadering⁽²⁸⁾. Volgens sommige rechtsleer kan een overeenkomst die strijdig is met de openbare orde, geen gevolgen hebben tussen partijen en ten aanzien van derden of is dergelijke overeenkomst zelfs nietig⁽²⁹⁾. Dergelijk

(19) Zie F.-M. REMION, "Le Conseil d'État et les marchés de l'administration", *Ann.Fac.Dr.Liège*, 1960, 470-474; M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1969, 455, nr. 310.

(20) W. VAN GERVEN, "Beleidsvereenkomsten", *Academiae Analecta*, 1984, 63, nr. 5.

(21) Brussel 25 maart 1993, *T.Aann.* 1993, 233.

(22) RvS 13 oktober 1992, nr. 40.734, *EGTA Contractors*.

(23) J. STEVENS, "De doorwerking van het Europees Gemeenschapsrecht in de sector van de overheidsopdrachten", *RW* 1995-1996, 1122.

(24) J. STEVENS, "De doorwerking van het Europees Gemeenschapsrecht in de sector van de overheidsopdrachten", *RW* 1995-1996, 1117-1127; P. THIEL, "Les recours des tiers dans les marchés publics : éléments de jurisprudence", *JT* 1997, 329-338; P. GOFFAUX en M. LUCAS, "Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'État de la décision d'attribuer un marché public", *APT* 1998, 56-70.

(25) Cass. 5 maart 2012, *JTT* 2012, 243; *MCP-OoO* 2012, 63, concl. J. GENICOT; *Rev. dr. commun.* 2013, 20, noot G. DELANNAY.

(26) Voor een kritiek zie J.-F. GERMAIN en M. VANDERSTRAETEN, "Les régimes de nullité des marchés publics", in J. VAN MEERBEECK, P.-O. DE BROUX, Th. LÉONARD en B. LOMBAERT (coord.), *La distinction entre droit public et droit privé*, Limal, Anthemis, 2019, 363-406.

(27) K. RONSE en H. BOULARBAH, "Pleidooi voor een civilistische aanpak van overeenkomsten gesloten in het kader van overheidsopdrachten", *CDPK* 1998, 336-346.

(28) C. DE KONINCK, "De absolute nietigheid van met miskenning van de mededinging gesloten overheidsopdrachtensovereenkomsten", noot onder Rb. Brussel, 20 april 2020, *T.Aann.* 2020, 278 e.v.

(29) L. CORNELIS, "Onbekend is onbemind (het weinig benijdenswaardige lot van het gebiedende en verbiedende recht)", *Financieel Forum/Bank- en financieel recht* 2015/4, 264 e.v.; K. RONSE en H. BOULARBAH, "Pleidooi voor een civilistische aanpak van overeenkomsten gesloten in het kader van overheidsopdrachten", *CDPK* 1998, 341. Zie ook M. SALMON, "Suspension et



standpunt vindt men ook terug in de rechtspraak over overheidsovereenkomsten⁽³⁰⁾. Men gaat er in die rechtspraak van uit dat de wetgeving inzake overheidsopdrachten of het beginsel van de gelijke behandeling van openbare orde is en dat bijgevolg een schending van deze wetgeving automatisch leidt tot de nietigheid van de overeenkomst. Dit is wat ik hier noem de 'publiekrechtelijke' benadering.

De traditionele (civilistische) rechtsleer en ook het Hof van Cassatie beoordelen de nietigheid van een overeenkomst echter steeds via (de omweg van) de wilsleer en de vraag of een wil aanwezig en geldig is⁽³¹⁾. Recent schreef ik nog dat dit ons de meest plausibele weg leek gezien de rechtspraak van het Hof van Cassatie⁽³²⁾. Ter zake steunden een aantal Hoven van Beroep zich op de leer van de ongeoorloofde oorzaak.

Volgens het Hof te Gent heeft een overeenkomst gesloten met miskenning van de principes van mededinging een ongeoorloofde oorzaak en dient men deze nietig te verklaren⁽³³⁾. Het Hof te Antwerpen is van oordeel dat het feit dat een overheid een overeenkomst gunt zonder dit bekend te maken, een determinerende beweegreden is geweest om de overeenkomst tot stand te brengen. In die zin is er sprake van een ongeoorloofde oorzaak en is de overeenkomst nietig⁽³⁴⁾. In ons doctoraat van 2009 gaf ik echter aan dat het niet evident is dat dergelijke rechtspraak conform is met de visie van het Hof van Cassatie inzake de leer van de geoorloofde oorzaak. We schreven toen wat volgt: "De opvatting moet echter worden gedeeld dat van een ongeoorloofde oorzaak pas sprake kan zijn als de overheid bij het aangaan van de overeenkomst effectief een ongeoorloofde beweegreden (bvb. doelbewuste ongelijke behandeling van een kandidaat) had. In geval van een loutere onwettigheid van een gunningsbeslissing is geen dergelijke ongeoorloofde beweegreden aanwezig. Bijgevolg zullen derden eerder

zelden kunnen gebruik maken van deze leer om de schorsing van de overeenkomst te vorderen. Het zal immers moeilijk zijn om aan te tonen dat de overheid een ongeoorloofde beweegreden had"⁽³⁵⁾.

In voornoemd proefschrift was ik wel de mening toegedaan dat een derde op grond van de leer van het ongeoorloofd voorwerp eventueel de schorsing (en dus ook de nietigverklaring) van de overeenkomst kon vragen, maar dat er "tot op heden... dienaangaande echter nog geen enkele uitspraak gepubliceerd"⁽³⁶⁾ is. Wel, die uitspraak is er nu en onmiddellijk vanwege het hoogste rechtscollege van de rechterlijke macht, het Hof van Cassatie. Aldus is er, mijn inziens, ook sprake van een effectieve rechtsbescherming in de zin van artikel 6 en 13 EVRM of artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

3.2. CONCRETE ELEMENTEN

Dit onderdeel gaat in op drie specifieke elementen uit het geannoteerde arrest: 1) het openbaar orde-karakter van bepaalde beginselen of bepalingen, 2) de recentere evoluties inzake het ongeoorloofd voorwerp en 3) het begrip 'dwingende reden van algemeen belang'.

3.2.1. Openbare orde

Traditioneel maakt men in het raam van de nietigheidsleer een onderscheid tussen de absolute en de relatieve nietigheid. Het onderscheid tussen beiden is geworteld in de bescherming van de openbare orde of het algemeen belang (absolute nietigheid) of de bescherming van louter private belangen (relatieve nietigheid): "De nietigheid is absoluut wanneer zij overtredingen sanctioneert van wetten van openbare orde (inclusief goede zeden...); zij is relatief wanneer zij een overtreding sanctioneert van wetten van louter dwingend

nullité des marchés publics et concessions – stop ou encore?", in A. VANDEBURIE (coord.), *Actualités des marchés publics*, Brussel, Larcier, 2018, 148-149.

(30) Brussel 23 november 2011, noot F. VANDENDRIESSCHE, "Kan iedere overeenkomst gesloten in strijd met de wetgeving overheidsopdrachten dan toch nietig worden verklaard", *TBP* 2012, nr. 9, 565-570; Brussel 18 november 2011, *MCP-OoO* 2011/1, 141; Brussel 28 december 2013, *JT* 2014, 96; Gent 14 februari 2014, *NjW* 2016, 170 met noot C. DE KONINCK; Brussel 13 november 2015, *MCP-OoO* 2017/2, 290; Antwerpen 6 december 2017, *NjW* 2018, 259.

(31) Zie recent nog J.-F. GERMAIN en M. VANDERSTRAETEN, "Les régimes de nullité des marchés publics", in J. VAN MEERBEECK, P.-O. DE BROUX, Th. LÉONARD en B. LOMBAERT (coord.), *La distinction entre droit public et droit privé*, Limal, Anthemis, 2019, 384-385 met verwijzing naar Cass. 30 januari 2015, *Financieel Forum/Bank- en financieel recht* 2015/4, 260, met noot L. CORNELIS.

(32) K. WAUTERS, "Nietigheid van de overeenkomst", *MCP-OoO* 2020, 260.

(33) Gent 6 februari 2015, *T.Aann.* 2016, 403 met noot I. COOREMAN.

(34) Antwerpen 25 februari 2019, *NjW* 2019, 614 met noot C. DE KONINCK.

(35) K. WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 317-318.

(36) *Ibidem*, 316, nr. 513. Zie ook S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER en K.-J. VANDORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaatrecht en publiekrecht", *TPR* 2016, 549, nr. 80.



recht, dit zijn wetten die bepaalde groepen van rechtsgenoten en dus particuliere belangen beogen te beschermen⁽³⁷⁾.

Uitgangspunt van het geannoteerde arrest is dat een overeenkomst een ongeoorloofd voorwerp heeft wanneer zij ertoe strekt een toestand te doen ontstaan of in stand te houden die in strijd is met de openbare orde. Dit laatste begrip staat bijgevolg centraal teneinde een derde de mogelijkheid te geven de nietigverklaring van de overheidsovereenkomst te vorderen⁽³⁸⁾. Zowel het Grondwettelijk Hof⁽³⁹⁾ als het Hof van Cassatie⁽⁴⁰⁾ bevestigen dat een schending van het gelijkheidsbeginsel de openbare orde raakt⁽⁴¹⁾. Menig auteur heeft deze stelling onderschreven⁽⁴²⁾. Het Hof van Cassatie bevestigt dit voor de goede orde in het geannoteerde arrest.

Het lijkt ons vrij logisch dat het beginsel, die een overheid ertoe verplicht om ondernemingen op een gelijke wijze te handelen, raakt aan één van de essentiële plichten van een overheid. De gelijke behandeling van burgers/ondernemingen is mijn inziens een abstracte maatstaf, die uitdrukking geeft aan een fundamentele waarde⁽⁴³⁾. Het is inherent aan een rechtstaat dat burgers in een gelijke positie staan ten aanzien van het overheidshandelen. Trouwens, men vindt dit idee van de gelijke behandeling terug in de Belgische Grondwet en het Hof van Justitie heeft dit beginsel afgeleid uit de bepalingen inzake vrij verkeer, bepalingen die de belangrijkste doelstelling van de Europese Unie trachten de bewerkstelligen, namelijk het realiseren van een interne markt.

Reeds eerder verdedigden we de stelling dat ook om die redenen een groot aantal bepalingen, die men terugvindt in de wetgeving overheidsopdrachten en nu ook inzake concessies, van openbare orde zijn in de mate dat zij de gelijke behandeling van de inschrijvers beogen te verzekeren⁽⁴⁴⁾.

3.2.2. Ongeoorloofd voorwerp

In tegenstelling tot de bestaande rechtspraak en de overgrote meerderheid van de rechtsleer schuift het Hof van Cassatie de leer van het ongeoorloofd voorwerp naar voren als kapstok voor een derde om eventueel de schorsing of nietigverklaring van een onwettig gegunde overheidsovereenkomst te bekomen.

Volgens het Hof heeft een overeenkomst een ongeoorloofd voorwerp wanneer zij ertoe strekt een toestand te doen ontstaan of in stand te houden die in strijd is met de openbare orde of de dwingende wetsbepalingen. Hiermee bouwt het Hof van Cassatie voort op eerdere arresten⁽⁴⁵⁾. Men vindt dit nu ook terug in artikel 5.51 van boek 5 'Verbintenissen' in het nieuw Burgerlijk Wetboek. Met geoorloofdheid van het voorwerp van de overeenkomst bedoelt men eigenlijk geoorloofdheid van het voorwerp van de respectieve verbintenissen van partijen⁽⁴⁶⁾. Dit geoorloofd karakter moet aanwezig zijn bij de totstandkoming van de overeenkomst.

Een overeenkomst, die door een overheid is gegund met miskenning van het gelijkheids- en transparantiebeginsel, doet een toestand ontstaan die in strijd is met de openbare orde, aldus het Hof van Cassatie. De miskenning van een beginsel, dat de openbare raakt, besmet als het ware de concrete prestaties waartoe de contractspartijen zich hebben geëngageerd. Ze maakt deze ongeoorloofd.

Hoewel het Hof van Cassatie blijft kiezen voor een civilistische benadering (zie *supra*), lijkt het Hof toch een publiekrechtelijke inkleuring te geven aan deze benadering rekening houdend met het feit dat één van de contractspartijen een overheid is. Immers, naar onze mening geeft het Hof van Cassatie aan de leer van het ongeoorloofd voorwerp een toch wel soepele uitlegging, waarbij zij juist lijkt rekening te houden met de eigen aard van de overheid. Een

(37) W. VAN GERVEN, m.m.v. S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 147.

(38) Zie K. WAUTERS en T. CAMBIER, "L'annulation des concessions domaniales", *Jurimpratique* 2015/3, 206-207.

(39) Arbitragehof nr. 14/2005, 19 januari 2005, *BS* 31 januari 2005.

(40) Cass. 18 februari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 207; Cass. 29 juni 2012, C.11.0738.F.

(41) W. PAS, "Het gelijkheidsbeginsel op te dienen als hapklaar meeneem-middel", noot onder RvS Telmoudi, nr. 52.227, 15 maart 1997, *Jaarboek mensenrechten 1995-1996*, Antwerpen, Maklu, 1996, 453; J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds), *Beginnelsen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 233, nr. 304.

(42) F. DUMON, concl. bij Cass. 19 november 1970, *T.Aann.* 1971, 149-150; G. CRAENEN, "Rechtspraak over mensenrechten 1996, Raad van State", in *Jaarboek Mensenrechten 1996-1997*, Antwerpen, Maklu, 1997, 389; A. WIRTGEN, *Raad van State. Afdeling administratie. Middelen en het ambtshalve aanvoeren van middelen in het bijzonder*, Brugge, die Keure, 342-347.

(43) Vgl. F. PEERAER, "De openbare orde als ruggengraat van de juridische methode", *TPR* 2019, 688, nr. 28.

(44) K. WAUTERS en T. CAMBIER, "L'annulation des concessions domaniales", *Jurimpratique* 2015, 206-207, nrs 7-8.

(45) Cass. 8 april 1999, *Arr.Cass.* 1999, 474; Cass. 14 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1365; Cass. 19 mei 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1068; Cass. 4 oktober 2021, *Res.J.I.* 2013, 235; Cass. 8 maart 2018, C.17.0390.N.

(46) Zie F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 193, nr. 221.



recent arrest van het Hof van Beroep te Brussel d.d. 18 oktober 2021⁽⁴⁷⁾ lijkt trouwens moeite te hebben om de civilistische en publiekrechtelijke benadering uit elkaar te halen. Immers, enerzijds overweegt het Hof dat de miskennen van de fundamente van het overheidsopdrachtenrecht leidt tot de absolute nietigheid van de overeenkomst (publiekrechtelijk), doch anderzijds verwijst het Hof naar het ontbreken van een geoorloofde oorzaak (civilistisch). Daarbij is dan nog merkwaardig dat het Hof, hoewel het uitdrukkelijk verwijst naar het geannoteerde arrest van het Hof van Cassatie, lijkt vast te houden aan de leer van de geoorloofde oorzaak.

We kunnen de creatieve interpretatie door het Hof van Cassatie enkel maar toejuichen, ook omdat zij tegemoet komt aan een andere bekommernis, namelijk het waarborgen van een effectieve rechtsbescherming⁽⁴⁸⁾.

3.2.3. *Dwingende reden van algemeen belang*

In haar conclusie stelt eerste advocaat-generaal Mortier dat de drastische sanctie van een vernietiging van de overeenkomst zich slechts opdringt wanneer een overeenkomst daadwerkelijk een toestand doet ontstaan of in stand houdt die strijdig is met het algemeen belang. Volgens haar moet de schending van een norm slechts gevolgen hebben voor de geldigheid van een rechtshandeling als de concrete doelstelling van de geschonden norm dit vereist. Zij maakt dan verder de brug naar de artikelen 17 e.v. van de voornoemde wet van 17 juni 2013, die een rechtbank de bevoegdheid geeft om onder bepaalde voorwaarden een overheidsopdracht of een concessie onverbindend te verklaren (nietig te verklaren). Daarbij wijst zij erop dat artikel 20 van dezelfde wet van 17 juni 2013 de rechter de mogelijkheid geeft dat als er dwingende redenen van algemeen belang zijn de overeenkomst verbindend te laten. Het Hof van Cassatie maakt hiervan in het geannoteerde arrest het volgende: "Bovendien kan de rechter beslissen om de overeenkomst niet te vernietigen wanneer dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de opdracht of de concessie voortgang vindt".

In zijn opus magnum over het begrip 'openbare orde' heeft professor Cornelis het uitgebreid over

het verband van dit begrip met het begrip 'algemeen belang'.⁽⁴⁹⁾ Men vindt dit begrip ook terug in de conclusie van de eerste advocaat-generaal en het Hof van Cassatie, doch zij hanteren dit begrip om een uitzondering te creëren op de mogelijkheid om de nietigverklaring van een overeenkomst te bekomen omwille van een miskennen van een norm van openbare orde.

In huidig geval staan we voor een 'virtuele nietigheid', wat inhoudt dat de nietigheid van de overeenkomst niet voortvloeit uit een tekst maar uit de draagwijdte van een rechtsregel. In dat kader is de nietigheid een maatregel die ten dienste staat van de overtreden rechtsregel en de schending van deze laatste regel zal slechts tot de nietigheid leiden als dit een "proportionele reactie" is⁽⁵⁰⁾. De nietigheid moet aangepast zijn aan de feitelijke omstandigheden van de zaak waarop ze inwerkt⁽⁵¹⁾. Men gebruikt in huidige zaak het begrip 'dwingende redenen van algemeen belang' als een soort van instrument om de toets van de evenredigheid te concretiseren.

'Dwingende reden van algemeen belang' is niet hetzelfde als 'algemeen belang'. Vraag rijst dan wat men moet verstaan onder het begrip 'dwingende redenen van algemeen belang'. In de eerste plaats is het vermeldenswaard dat men een begrip uit een specifieke wetgeving gaat gebruiken op een situatie, die niet viel onder het toepassingsgebied van deze wetgeving. Immers, op het ogenblik dat de overheden in huidige zaak de litigieuze overeenkomst sloten, was de wet van 17 juni 2013 nog niet toepasselijk op dienstenconcessies. Aldus lijkt het Hof aan voornoemd begrip een ruimere toepassing te geven en zou men deze uitzondering kunnen inroepen bij een vraag tot vernietiging van allerlei soorten overheidsovereenkomsten.

In de mate dat het Hof zich voor het begrip 'dwingende redenen van algemeen belang' heeft gebaseerd op de conclusies van Advocaat-generaal Mortier, handelt het om een van oorsprong Europeesrechtelijk begrip. De Europese regelgever heeft zelf geen betekenis gegeven aan dit begrip en het Hof van Justitie gaf hieraan tot op heden geen verdere invulling. Arrowsmith meent dat de Lidstaten een vrije ruime bevoegdheid hebben om aan dit begrip zelf een invulling te geven⁽⁵²⁾. In de voorbereidende werken bij de wet van 17 juni 2013

(47) Brussel 18 oktober 2021, 2014/AR/2691, onuitgeg.

(48) Zie hierover K. WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 318-319, nr. 528.

(49) L. CORNELIS, *Openbare orde. Liber amicis*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 252-258.

(50) T. VANSWEEVELT & B. WEYTS (eds), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 492-493.

(51) S. STIJNS en F. PEERAER, "De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?", *TBBR* 2017, 377.

(52) S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Vol. 2, London, Sweet & Maxwell, 2018, 1025, nr. 22-177.



geeft men volgende omschrijving van het begrip: "redenen die als dusdanig zijn erkend door de rechtspraak van het Hof van Justitie en ten minste de volgende gronden omvatten: openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid, handhaving van de maatschappelijke orde, doelstellingen van het sociaal beleid, bescherming van afnemers van diensten, consumentenbescherming, bescherming van werknemers, met inbegrip van de sociale bescherming van werknemers, dierenwelzijn, handhaving van het financieel evenwicht van het sociale zekerheidsstelsel, voorkoming van fraude, voorkoming van oneerlijke concurrentie, bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, met inbegrip van stedelijke en rurale ruimtelijke ordening, bescherming van schuldeisers, waarborging van een deugdelijke rechtsbedeling, verkeersveiligheid; bescherming van intellectuele eigendom, culturele beleidsdoelen, met inbegrip van het waarborgen van de vrijheid van meningsuiting, in het bijzonder ten aanzien van de sociale, culturele, religieuze en filosofische waarden van de maatschappij; de noodzaak om een hoog niveau van onderwijs te waarborgen, behoud van de diversiteit van de pers en bevordering van de nationale taal; behoud van het nationaal historisch en artistiek erfgoed, veterinair beleid"⁽⁵³⁾. Hiermee maakt de wetgever eigenlijk toepassing van de Cassis de Dijon rechtspraak, waarbij dwingende redenen van algemeen belang het een Lidstaat mogelijk maken om een afwijking te voorzien op de beginselen inzake vrij verkeer. Het lijkt zo te zijn dat een burgerlijke rechter zich ook op dergelijke redenen kan beroepen om geen nietigheidssanctie op te leggen zelfs bij de schending van rechtsregel van openbare orde.

Trouwens, in de geannoteerde zaak hebben het Hof van Justitie en de Raad van State beschouwingen gewijd aan dit begrip maar dan in het raam van de toepassing van het Unierecht en meer concreet het beginsel van de gelijke behandeling⁽⁵⁴⁾. Op grond van een onderzoek van de concrete omstandigheden kwamen beide rechtscolleges tot de vaststelling dat er geen dergelijke redenen waren, zodat de burgerlijke rechter op dat vlak nog weinig bewegingsruimte heeft. Dit is enkel anders indien er intussen een andere reden zou zijn om alsnog de overeenkomst te blijven uitvoeren.

De vraag rijst dat als de burgerlijke rechter vaststelt dat een dwingende reden van algemeen

belang aanwezig is om een overeenkomst niet te vernietigen, hij dan niet impliciet oordeelt dat de overheid, die de overeenkomst heeft geplaatst, eigenlijk het beginsel van de gelijke behandeling niet had moeten toepassen. Anders gezegd, moet het begrip 'dwingende reden van algemeen belang' geen andere invulling krijgen dan degene gehanteerd in de Cassis de Dijon-rechtspraak? Dit kan bijna niet anders. Immers, in het andere geval zou de burgerlijke rechter eigenlijk impliciet ontkennen dat er een regel, die raakt aan de openbare orde, is geschonden.

Het Hof van Cassatie lijkt bij de toepassing van het privaatrecht rekening te houden met de aard van één van de contractspartijen. Eén van die partijen is een overheid, waarop, wanneer zij een economisch recht toekent, bijzondere regels van toepassing zijn die eerder van publiekrechtelijke aard zijn. De overheid heeft geen contractsvrijheid zoals een privé-partner, doch dient bij het verlenen van een recht of voordeel het beginsel van de gelijke behandeling eerbiedigen. Dit afwijkend karakter vindt men ook terug bij het toepassing van de nietigheidssanctie. 'Publiekrechtelijke' redenen kunnen verhinderen dat de rechter effectief deze sanctie toepast. De kwalificatie van één contractspartij als overheid maakt dat de toepassing van het privaatrecht een andere inkleuring krijgt.

4. Quid overheidsopdrachten en concessies?

De artikelen 21 (buiten de gevallen vermeld in de artikelen 13 en 17 tot 20) en 30, § 2 van de wet van 17 juni 2013 sluiten voor overheidsopdrachten en concessies de onverbindendverklaring of de schorsing van een overeenkomst uit eens die gesloten is. Artikel 21 is toepasselijk op Europese overeenkomsten, terwijl artikel 30, § 2 van toepassing is op Belgische overeenkomsten. De vraag rijst of deze bepalingen uitsluiten dat een derde nog de nietigverklaring van voornoemde overeenkomsten kan vorderen.

In de rechtsleer vindt men tegenovergestelde antwoorden op deze vraag⁽⁵⁵⁾. Een deel auteurs vindt dat een vordering tot nietigverklaring van de overeenkomst is uitgesloten op grond van voornoemde bepalingen, terwijl een ander deel vindt dat wel nog

(53) *Parl.St.*, Kamer, zitting 52-2276/001, 36-37.

(54) HvJ 14 november 2013, C-221/12, *NV Belgacom*, ECLI:EU:C:2013:736; RvS 26 mei 2014, nr. 227.535, *NV Belgacom*.

(55) Zie over deze tegenstellingen S. VERHOEVEN en A. VERSCHAVE, "De gevolgen van een onrechtmatige wijziging van een overheidsopdracht. Is alleen de aanbesteder de klos?", in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL en E. HACKÉ, *Jaarboek overheidsopdrachten 2020-2021*, Brussel, EBP, 2021, 459-463.



moet kunnen. Deze discussie heeft hoofdzakelijk plaats in het raam van artikel 21.

Het begrip 'onverbindendverklaring' is een begrip dat voortvloeit uit het Europees Unierecht. Deze benaming heeft tot doel de verschillende rechtsstelsels van de Lidstaten met elkaar te verzoenen. Men kan echter stellen dat de 'onverbindendverklaring' gelijkenis vertoont met het begrip nietigverklaring in het Belgische recht. Het zou uiteraard de voorkeur hebben verdiend indien de wetgever dit in de wijzigingswet van 16 februari 2017 duidelijk had gemaakt.

Indien men er van uitgaat dat onverbindverklaring gelijk staat met nietigverklaring, dan kan een onderneming, die ten onrechte een overheidsopdracht of een concessie niet gegund kreeg, de nietigverklaring of de schorsing van de overeenkomst niet meer vragen eens deze gesloten is. Voor Belgische overeenkomsten is het wel vreemd dat de wetgever in artikel 30, § 2 het begrip 'onverbindendverklaring' hanteert, terwijl deze vordering enkel geldt voor Europese overeenkomsten.

Voorname onmogelijkheid om nog de schorsing of de nietigverklaring van de overeenkomst te vorderen is volgens mij echter problematisch in het licht van de artikelen 6 en 13 EVRM en/of de artikelen 10, 11 en 33 van de Grondwet.

Artikel 6 van het EVRM bepaalt dat een staat die het EVRM heeft ondertekend de "rechtbanken" voldoende bevoegdheden moet geven om de burgerlijke rechtspraak in al haar aspecten te waarborgen⁽⁵⁶⁾. Met andere woorden, een staat (met inbegrip van de wetgever) kan een "rechter" niet bepaalde bevoegdheden ontnemen met als gevolg dat een "burgerrecht" in de specifieke zin van dit artikel niet in al zijn aspecten kan worden gewaarborgd. Dit zou het geval zijn indien de wetgever niet langer zou toestaan dat de "rechter" kennis neemt van een verzoek tot schorsing of nietigverklaring van een overeenkomst⁽⁵⁷⁾.

Bovendien heeft eenieder krachtens artikel 13 van het EVRM recht op een doeltreffende voorziening in rechte bij een nationale instantie wanneer

de rechten en vrijheden die in het EVRM zijn neergelegd, zijn geschonden⁽⁵⁸⁾.

De Raad van State heeft zich reeds kunnen uitspreken over de verhouding van artikel 30, § 2, van de wet van 17 juni 2013 tot de artikelen 6 en 13 van het EVRM: "*En matière de marchés publics, refuser l'accès à une procédure en référé à des administrés sous prétexte que la décision attaquée aurait déjà été mise en œuvre, en l'occurrence par le marché passé, poserait un problème d'effectivité du recours pour cette catégorie d'administrés, et partant d'égalité entre les justiciables*"⁽⁵⁹⁾. Dezelfde overwegingen kunnen mutatis mutandis worden toegepast op contractuele geschillen. Indien de wetgever een verzoekende partij een beroepsmogelijkheid ontnemt, in casu de schorsing of nietigverklaring van de overeenkomst, ontnemt hij hem de door de artikelen 6 en 13 EVRM gewaarborgde rechten.

Volgens het Grondwettelijk Hof is het recht op toegang tot de rechter, dat een wezenlijk aspect vormt van het recht op een eerlijk proces, van fundamenteel belang in een rechtsstaat⁽⁶⁰⁾. Het is een beginsel van constitutionele aard dat voor iedereen moet worden gewaarborgd. Personen die zich in dezelfde situatie bevinden, hebben in beginsel het recht volgens dezelfde regels inzake rechtspraak en procedure te worden berecht⁽⁶¹⁾.

De wet van 17 juni 2013 heeft tot gevolg dat, wanneer een overheidsopdracht of een concessieovereenkomst voor werken of diensten wordt gegund, de inschrijvers niet de mogelijkheid hebben om de schorsing of de nietigverklaring van de overeenkomst te vragen zodra deze is gesloten. Anderzijds hebben ondernemingen deze mogelijkheid altijd voor overeenkomsten die niet onder het toepassingsgebied van deze wet vallen⁽⁶²⁾. In die zin is het noch logisch noch gerechtvaardigd dat de wetgever inschrijvers deze mogelijkheid onttrekt voor overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten.

Met deze bepaling ontnemt de wetgever de afgewezen inschrijvers of deelnemers een rechtsmiddel voor de rechter, een rechtsmiddel dat de meerderheid van de rechterlijke instanties vóór de

(56) B. DE SMET, J. LATHOUWERS en K. RIMANQUE, "Artikel 6", in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds), *Handboek EVRM*, deel 1, Antwerpen, Intersentia, 2004, 483-484, nr. 186.

(57) *Ibidem*, p. 490, nr. 197.

(58) M. CROMHECKE en V. STAELENS, "Artikel 13", in J. VANDE LANOTTE et Y. HAECK (eds), *Handboek EVRM*, deel 2, Antwerpen, Intersentia, 2004, 78, nr. 3.

(59) RvS 2 juli 2014, nr. 227.974, *SA Iuris Link*.

(60) GwH nr. 88/2012, 12 juli 2012, B.4.1.

(61) GwH nr. 77/2012, 14 juni 2012, B.3.1; GwH nr. 88/2012, 12 juli 2012, B.10.1.

(62) Burgerlijk recht: F. VERMANDER, "De schorsingsbevoegdheid van de (kortgeding)rechter in contractuele aangelegenheden", in A. DE BOECK, S. STIJNS et R. VAN RANSBEECK (eds), *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2010, 179-217; X. DIEUX, "La formation, l'exécution et la dissolution des contrats devant le juge des référés", noot onder Réf. Liège 2 februari 1984, RC/B 1987, pp. 250-270. Publiek recht: E. THIBAUT, "La protection juridictionnelle dans le contentieux des marchés publics", in A. L. DURVIAUX et N. THIRION (dir.), *La réforme du droit des marchés publics*, Brussel, Bruylant, 2014, 270.



hervorming van 2009 had erkend en nog steeds erkent voor alle overeenkomsten die niet onder de wet 17 juni 2013 vallen, zelfs voor overeenkomsten van gering belang.

De wet van 17 juni 2013 creëert een onge-rechtvaardigde ongelijkheid tussen categorieën van personen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden. Een onderneming die bijvoorbeeld met een overheidsinstantie een domeinconcessie sluit, is vergelijkbaar met een onderneming die met dezelfde overheidsinstantie een overheidsopdracht sluit of een concessieovereenkomst voor werken of diensten sluit. In beide gevallen geeft de overheid aan een derde de mogelijkheid om een economische activiteit uit te oefenen en moet de overheid het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplicht eerbiedigen.

De ratio legis om geen nietigverklaring van de overeenkomst meer mogelijk te maken, lijkt te zijn dat als de geweerde onderneming geen schorsings-procedure ten aanzien van de gunningsbeslissing heeft opgestart, hij zijn recht verbeurt om nog een nietigverklaring van de overeenkomst te vorderen. De onderneming zou zich niet hebben gedragen als een 'behoorlijk' burger. Vraag rijst echter in welke mate zulk gedrag een invloed kan hebben op de mate waarin een burger toegang heeft tot de rechter⁽⁶³⁾.

S. Lierman en M. Meulebrouck verwijzen in een bijdrage naar een arrest van het Grondwettelijk Hof van 14 maart 2019⁽⁶⁴⁾ dat ook in het raam van huidige bijdrage relevant kan zijn. Het Hof diende in die zaak te oordelen over een Vlaams decreet waarbij men burgers, die geen bezwaar hebben ingediend tijdens het openbaar onderzoek, het recht ontzegt om een administratief of jurisdictio-neel beroep in te stellen. Het Hof meent dat een dergelijk decreet afbreuk doet aan het fundamenteel recht van elke burger om een effectieve toegang te hebben tot een rechter. Ter nuancering moet er wel bij worden gezegd dat het Hof tot deze conclusie komt omdat in de voorliggende situatie de burger tijdens een openbaar onderzoek nog geen volledige kennis heeft van het dossier en bijgevolg noodzake-lijkerwijze zich nog niet met volledige kennis van zaken kan verdedigen. Men zou kunnen zeggen dat het eventueel gebrek nog niet 'zichtbaar' is.

Daarnaast wijzen we er nogmaals op dat het recht om zich in rechte te verdedigen een grond-recht is. Dit grondrecht belangt de openbare orde

aan, waardoor een rechtsonderhorige zijn recht zelfs niet kan uitsluiten via een overeenkomst⁽⁶⁵⁾. Aangezien dit recht van openbare orde is, kan, vol-gens ons, een partij in een procedure hiervan ook geen 'afstand' doen enkel en alleen op grond van een bepaald gedrag. Enkel eventueel een bedrieglijk of uiterst lichtzinnig gedrag van een inschrijver zou misschien de toets kunnen doorstaan. Natuurlijk kan ook de wetgever eventueel bepaalde perken stellen, echter wel rekening houdend met de recht-spraak van het Grondwettelijk Hof.

Het beginsel van de gelijke behandeling en de transparantieplicht zijn regels van openbare orde. Zij beschermen het algemeen belang. Dit alles heeft ook een grondwettelijke waarde. Een wetgever kan de burger niet het recht ontzeggen om elke moge-lijke rechtsbescherming te bekomen als deze regels geschonden zijn.

Ik meen dan ook dat de niet-gekozen inschrijver steeds de mogelijkheid moet hebben om de schor-sing of de nietigverklaring van de overeenkomst te vragen. Echter, op grond van het hoger vernoemde proportionnaliteitsbeginsel kan de burgerlijke rech-ter wel een afweging maken of hij de nietigver-klaring zal toekennen als de gekozen inschrijver effectief onzorgvuldig is geweest. De burgerlijke rechter zal dan *in concreto*, rekening houdend met alle omstandigheden, dienen na te gaan of er sprake is van een onzorgvuldigheid.

5. Besluit

Gezien vanuit het oogpunt van de rechtsbescher-ming van een onderneming, die deelnam aan de gunning van een overheidsovereenkomst, heeft het Hof van Cassatie met geannoteerd arrest een zeer belangrijke uitspraak gedaan. Voor de eerste maal is er nu een duidelijk arrest dat standpunt inneemt over de mogelijkheden, die dergelijke onderneming heeft teneinde de nietigverklaring te vragen van een overeenkomst, die een overheid op onwettige wijze gegund heeft.

Daar waar er in de rechtspraak niet altijd eens-gezindheid was of een dergelijke onderneming de mogelijkheid had om de nietigverklaring te vragen en wanneer zij die mogelijkheid wel heeft, op welke grondslag dan, zou er op grond van het geanno-teerde arrest wat meer eenheid kunnen komen in voornoemde rechtspraak. Bovendien bevestigt het

(63) Zie hierover recent S. LIERMAN en M. MEULEBROUCK, "Krijtlijnen voor de versterking van behoorlijk burgerschap", in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS en W. VERRIJDT (eds), *Semper perseverans. Liber amicorum André Alen*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (465) 465-480.

(64) GwH 14 maart 2019, nr. 46/2019.

(65) J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 48, nr. 71.

Hof van Cassatie dat het Belgisch recht wel degelijk een oplossing herbergt voor dergelijke situatie, waarbij de gedupeerde onderneming van een effectieve rechtsbescherming kan genieten.

Een onderneming, onrechtmatig geweerd bij de gunning van een overheidsovereenkomst, kan de nietigverklaring vragen van deze overeenkomst. Dit kan hij wanneer er een miskenning is bij de

gunning van een regel van openbare orde. Een dergelijke miskenning houdt in dat de overeenkomst een ongeoorloofd voorwerp heeft. Echter, deze vaststelling houdt nog niet in dat de rechter de overeenkomst nietig moet verklaren. Onder meer algemene redenen van algemeen belang, aan te tonen door de overheid, kunnen een rechter overtuigen om de nietigheidssanctie niet toe te passen.

