

Nietigheid van de overeenkomst

De nietigheid kan men definiëren als een sanctie die een rechtshandeling, *in casu* een overeenkomst, treft bij haar totstandkoming wanneer die niet aan alle geldigheidsvereisten voldoet en die tot gevolg heeft dat zij niet alle beoogde rechtsgevolgen teweegbrengt⁽¹⁾. De nietigheid heeft tot gevolg dat men een burgerlijke rechter kan vragen om voornoemde overeenkomst nietig te verklaren. Indien de rechter dit doet, verdwijnt de overeenkomst *ex tunc* uit het rechtsverkeer.

De overeenkomst, waarvan hier sprake is, is de overeenkomst gesloten door een administratieve overheid of een aanbestedende instantie, in geval van een overheidsopdracht of een Europese concessie (hierna “overheidsovereenkomst”). Echter, naar Belgisch recht, is zelfs voor dergelijke overeenkomst de burgerlijke rechter bevoegd om de nietigverklaring van de overeenkomst uit te spreken. De leer van de afsplitsbare rechtshandeling maakt dat de nietigverklaring van de bestuurshandeling, die de overeenkomst mee doet ontstaan, niet *ipso facto* de nietigverklaring van de overeenkomst tot gevolg heeft. De tussenkomst van de burgerlijke rechter is in dat geval noodzakelijk.

De nietigverklaring van de overheidsovereenkomst was in het verleden het laatste puzzle-stuk in de calvarietocht⁽²⁾ van de niet begunstigde om zelf nog de overeenkomst in natura te kunnen uitoefenen. Soms poogde een partij zelf te ontkomen aan de uitvoering van de overeenkomst door de nietigheid in te roepen. De uniformiteit van deze rechtssituatie werd doorbroken als gevolg van een roep naar betere rechtsbescherming vanuit Europa. Als gevolg van het *Alcatel-arrest*⁽³⁾ en de latere richtlijn 2007/2007/66⁽⁴⁾ werd de Belgische wetgever verplicht om inzake Europese overheidsopdrachten een betere rechtsbescherming te bieden. In 2017 heeft de wetgever dit systeem uitgebreid voor de Europese concessies⁽⁵⁾. Kort gezegd heeft dit tot gevolg gehad dat voor deze overeenkomsten de sanctie van de nietigheid niet meer nuttig was of gewoon weg werd uitgesloten.

Indien men zich strikt houdt aan de letter van de Rechtsbeschermingswet, dan is het begrip “nietigheid van de rechtshandeling” enkel nog relevant voor die overeenkomsten, die niet vallen onder het toepassingsgebied van deze wet. Te noteren valt dat artikel 30, § 2, van de Rechtsbeschermingswet de nietigverklaring van de overeenkomst voor niet Europese overheidsopdrachten en concessies onmogelijk maakt. De vraag rijst echter of deze bepaling niet strijdig is met de artikelen 10, 11 en 13 van de Grondwet en de artikelen 6 en 13 EVRM⁽⁶⁾.

Inzake de overeenkomsten, waarvoor de theorie van de nietigheid nog relevant is, kan men een onderscheid maken tussen twee situaties: ofwel roept één van de contractspartijen de nietigheid in en ofwel roept een derde de nietigheid in. Wat betreft de eerste hypothese heeft het Hof van Cassatie erkent dat een contractspartij de nietigverklaring van de overeenkomst kan vorderen als de afsplitsbare rechtshandeling werd vernietigd⁽⁷⁾. 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⁽⁸⁾.

De situatie is iets minder vaststaand voor derden bij een overeenkomst. Echter, de Hoven van Beroep in ons land lijken nu te aanvaarden dat een derde inderdaad de nietigheid van een overeenkomst kan inroepen. Echter, het uitgangspunt is niet altijd gelijklopend.

(1) F. PEERAER, “Nietigheid” in Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 493, nr. 677 met verwijzing naar de klassiek Nederlandstalige en Franstalige rechtsleer.

(2) M.-A. FLAMME, “Le contentieux des commandes publiques ou le parcours du combattant. Le sort des contrats irrégulièrement conclus – Comment assurer l’efficacité des recours juridictionnels ? – Les modalités du futur standstill”, *Entr. et dr.*, 2002, 120 et s.

(3) H.v.J., 28 oktober 1999, *Alcatel Austria e.a.*, C-81/98.

(4) Richtlijn 2007/66/EG van het Europese Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, *Pb*, 20 december 2007, L335/31.

(5) Wet van 16 februari 2017 tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, *B.S.*, 17 maart 2017, 37488.

(6) Zie hierover uitgebreider R. ANDERSEN en K. WAUTERS, “L’acte détachable en matière contractuelle et le Conseil d’État », te verschijnen in *Liber Amicorum P. A. Foriers*.

(7) Cass., 5 maart 2012, S.09.0096.F/1, *J.T.T.*, 2012, 243 ; *M.C.P.-O.o.O.*, 2012, 63, concl. J. Genicot; *Rev. dr. commun.*, 2013, 20, noot G. DELANNAY.

(8) 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.



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⁽⁹⁾. Dergelijk standpunt vindt men ook terug in de rechtspraak over overheidsovereenkomsten⁽¹⁰⁾. Men gaat ervan uit dat de wetgeving inzake overheidsopdrachten van openbare orde is. Dit laatste moet enigszins worden genuanceerd. Voornoemde wetgeving is vooral van openbare orde, wanneer het een bepaling betreft die het beginsel van de gelijke behandeling of het transparantiebeginsel concretiseert⁽¹¹⁾.

De traditionele rechtsleer en ook schijnbaar het Hof van Cassatie beoordeelt de nietigheid van een overeenkomst echter steeds via (de omweg van) de wilsleer en de vraag of een wil aanwezig en geldig is⁽¹²⁾. Deze klassiekere benadering lijkt ons de meest plausibele (zie hierna). Het wilsgebrek dat het meest wordt naar voren geschoven om de nietigverklaring te bekomen van een overheidsopdracht, gegund met miskenning van de wetgeving overheidsopdrachten, is de ongeoorloofde oorzaak.

Buiten het Hof van Beroep te Brussel aanvaarden nu ook de Hoven van Beroep te Gent en Antwerpen dat men zich kan beroepen op de leer van de ongeoorloofde oorzaak teneinde een overheidsovereenkomst te horen nietig verklaren. 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⁽¹³⁾. 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⁽¹⁴⁾. Er is op dit ogenblik wel een cassatievoorziening hangende tegen dit laatste arrest⁽¹⁵⁾.

Via de nietigverklaring van de overeenkomst beoogt een persoon, geïnteresseerd in het sluiten van een overeenkomst met een economische waarde met een overheid doch hiertoe niet gekozen door de overheid, alsnog een effectieve rechtsbescherming te bekomen. Naar ons inziens is een effectieve rechtsbescherming zelf de overeenkomst te kunnen uitvoeren. In sommige omstandigheden kan enkel de nietigverklaring dat bewerkstelligen.

In die zin lijkt het ons zo te zijn dat los van een eventueel met het Belgische recht conforme uitleg, de Belgische rechter in het licht van de artikelen 6 en 13 EVRM en het Europeesrechtelijk beginsel inzake effectieve rechtsbescherming inderdaad de mogelijkheid moet hebben om de nietigverklaring van de overeenkomst uit te spreken bij miskenning van regels van openbare orde. In de omstandigheden dat een wetgever hem dit zou ontzeggen, is er, naar ons inziens, een rol weggelegd voor het Grondwettelijk Hof om dit te veroordelen.

K. WAUTERS, HOOFDREDACTEUR

(9) L. CORNELIS, "Onbekend is onbeminnd (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", *C.D.P.K.*, 1998, 341. Zie ook M. SALMON, "Suspension et nullité des marchés publics et concessions – stop ou encore ?" in A. VANDEBURIE (coord.), *Actualités des marchés publics*, Brussel, Larcier, 2018, 148-149.

(10) Brussel, 23 november 2011, noot F. VANDENDRIESSCHE, "Kan iedere overeenkomst gesloten in strijd met de wetgeving overheidsopdrachten dan toch nietig worden verklaard", *T.B.P.*, 2012, nr. 9, 565-570; Brussel, 18 november 2011, *M.C.P.-O.o.O.*, 2011/1, 141; Brussel, 28 december 2013, *J.T.*, 2014, 96; Gent, 14 februari 2014, *N.j.W.*, 2016, 170 met noot C. DE KONINCK; Brussel, 13 november 2015, *M.C.P.-O.o.O.*, 2017/2, 290; Antwerpen, 6 december 2017, *N.j.W.*, 2018, 259.

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

(12) 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, op. cit.*, 384-385 met verwijzing naar Cass., 30 januari 2015, *Financieel Forum/Bank- en financieel recht*, 2015/4, 260, met noot L. CORNELIS.

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

(14) Antwerpen, 25 februari 2019, *N.j.W.*, 2019, 614 met noot C. DE KONINCK.

(15) C. DE KONINCK, noot onder Antwerpen, 25 februari 2019, *N.j.W.*, 2019.

