

WILSAUTONOMIE EN OVERHEIDSOVEREENKOMSTEN

Kris WAUTERS

Docent UCL

Gastprofessor ULg

Advocaat

m.m.v. Ann-Sophie VANWINSEN

I. AANLOOP

Vrij recent organiseerde de onderzoeksgroep *Business & Contracts* van de Vrije Universiteit Brussel een academische zitting over de plaats van de wilsautonomie bij ondernemingscontracten.¹ In het referatenboek gepubliceerd naar aanleiding van deze academische zitting verscheen eveneens een bijdrage over overeenkomsten die overheden in Frankrijk en Engeland sluiten.² De auteur ging in deze bijdrage na welke de plaats is van de wilsautonomie wanneer een overheid een overeenkomst sluit en uitvoert in Frankrijk³ en in Engeland. Dit deed de vraag rijzen naar het bestaansrecht van de leer van de wilsautonomie wanneer in België een overheid een overeenkomst sluit. Huidige bijdrage gaat op zoek naar dit bestaansrecht, zonder daarbij echter de intentie te hebben om het onderwerp extensief uit te benen.

¹ R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 457 p.

² Y. MARIQUE, "Les contrats publics anglais et français entre technicité et loyauté" in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 285-334.

³ In Frankrijk verschenen reeds een aantal bijdragen over de wilsautonomie in het bestuursrecht: S. NICINSKI, "Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs" in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Vol. I, Montpellier, CREAM, 2006, 45-61; S. SAUNIER, "L'autonomie de la volonté en droit administratif français: une mise au point", *RFDA* 2007, 609-626.

Het begrip ‘overheid’ wordt in huidige bijdrage gebruikt in de betekenis van ‘administratieve overheid’⁴ en ‘aanbestedende overheid’.⁵ Deze overheid uit haar wil. Immers, de administratieve rechtshandeling wordt juist gekwalificeerd als een eenzijdige uitdrukking van de wil van een administratieve overheid.⁶ De rechtshandeling is een handeling die wordt gesteld met een bepaald bewustzijn en met een bepaalde bedoeling. De bedoeling is het creëren van rechtsgevolgen. De wil van de overheid is echter niet geheel vergelijkbaar met de wil van een particulier in de verhouding met een (andere) particulier. Immers, de overheid uit haar wil om het algemeen belang te dienen.⁷ Teneinde deze wil te karakteriseren worden er verschillende kwalificaties gehanteerd. Eén soort kwalificatie maakt een onderscheid tussen de discretionaire en de gebonden bevoegdheid, waarbij de toegewezen bevoegdheid bepaalt in welke mate de overheid een vrije keuze heeft of niet. Het predicaat ‘autonoom’ wordt niet gehanteerd in dat kader.

De vraag in huidige bijdrage is gefocust op de situatie waarbij een overheid een overeenkomst sluit. De overeenkomst is, ook wanneer een overheid haar aan gaat, gebaseerd op een wilsovereenstemming, die aan de basis ligt van de creatie van rechtsgevolgen. Partijen gaan wederzijdse engagementen aan.⁸ Reeds eerder is aangetoond dat als een overheid een overeenkomst sluit, hierop in beginsel het burgerlijk recht, het verbintenissenrecht van toepassing is.⁹ De vraag of de leer van de wilsautonomie toch geen bestaansrecht heeft wanneer de overheid een overeenkomst sluit, lijkt dan ook pertinent.

Ten aanzien van deze vraag moet men er rekening mee houden dat de Raad van State en ook het Hof van Cassatie de leer van de afsplitsbare rechtshandeling hebben aanvaard. Volgens de Raad van State heeft deze leer “betrekking op de eenzijdige rechtshandelingen die aan een overeenkomst voorafgaan of daarop volgen en die van de overeenkomst kunnen worden afgesplitst”.¹⁰ De Raad meent echter wel dat het niet om volwaardige eenzijdige rechtshandelingen gaat. In elk geval aanvaardt de Raad dat elke handeling die een rechtshandeling is en

⁴ Zie recent C. BAEKELAND, “De VZW als ‘Administratieve overheid’ in de zin van art. 14, § 1, 1° RvS-Wet: De weg van de verwekking tot de geboorte”, *CDPK* 2010, 437-474; C. BAEKELAND, “De rol van het Cassatiearrest van 25 mei 2009: een constructieve of destructieve bijdrage ter invulling van het begrip ‘administratieve overheid’ (artikel 14, § 1 RvS-wet)?”, *TBP* 2011, 133-142.

⁵ Art. 2, 1° wet 15 juni 2006 betreffende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, *BS* 15 februari 2007.

⁶ B. LOMBAERT, “L’acte administratif, source du droit?” in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, F. OST en M. VAN DE KERCHOVE (eds.), *Les sources du droit revisitées. Volume 2 Normes internes infraconstitutionnelles*, Bruxelles, Anthemis, 2012, 598; P. PY, *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, Paris, LGDJ, 1976, 9.

⁷ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 6-7, nr. 7.

⁸ RvS 19 maart 2007, nr. 169.066, *SCRL SPI+*.

⁹ K. WAUTERS, “Zin of onzin van een leer van het administratief contract in België?” in D. D’HOOGHE, K. DEKETELAERE en A.M. DRAYE (eds.), *Liber Amicorum Marc Boes*, Brugge, die Keure, 2001, 590-591.

¹⁰ RvS 7 november 2013, nr. 225.385, *NV K.M.*, *RW* 2012-13, 1505.

voorafgaat aan het sluiten door de overheid van een overeenkomst, op ontvanke-lijke wijze kan worden betwist bij de Raad van State.¹¹ Zij zijn dus administratieve rechtshandelingen, fictie of niet. De rechters van de rechterlijke macht toetsen deze rechtshandelingen ook op grond van artikel 159 Gw.. In die zin lijken de begrippen ‘toestemming’, ‘wil’ of ‘aanvaarding’ uit het verbintenissenrecht niet echt adequaat.

Anderzijds verwijst de bijdrage ook naar een vrij recent arrest van het Hof van Cassatie.¹² Uit dit arrest blijkt dat de rechtshandeling waarmee een overheid een overeenkomst sluit, niet enkel een afsplitsbare rechtshandeling is, maar ook als de aanvaarding van een aanbod vanwege de overheid als de toestemming vanwege de overheid tot de overeenkomst moet worden beschouwd in de civielrechtelijke betekenis. Immers, in dit arrest oordeelde het Hof dat de vernietiging door de toezichthoudende overheid van een overheidsbeslissing tot het sluiten van een overeenkomst, tot gevolg heeft dat er geen toestemming is vanwege diezelfde overheid. Die vaststelling heeft, volgens het Hof, tot gevolg dat de overeenkomst nietig is. De beslissing van de overheid tot het sluiten (het gunnen) van een overeenkomst en de toestemming van de overheid als element van de wilsovereenstemming zijn aldus één. Het toont nogmaals de innige verbondenheid aan tussen de overeenkomsten gesloten door de overheid en het privaatrechtelijk verbintenissenrecht.

Teneinde het voorwerp van het te voeren onderzoek scherp te hebben, moet de bijdrage nog verduidelijken wat zij verstaat onder de leer van de wilsautonomie. Hiervoor gaat zij evidentierwijze¹³ te rade bij het verbintenissenrecht. Auteurs hebben het begrip ‘wilsautonomie’ recent nog als volgt gedefinieerd: “dat elk individu de bevoegdheid heeft om zijn eigen rechtspositie te bepalen, onder meer door vrij overeenkomsten aan te gaan”.¹⁴ Dezelfde auteurs leiden hieruit drie facetten af in het raam van het verbintenissenrecht: 1) de contractvrijheid, 2) de verbindende kracht en 3) het consensualisme.¹⁵

Huidige bijdrage gaat enkel verder in op de contractsvrijheid als aspect van de wilsautonomie. De bijdrage onderzoekt kort vier elementen: 1) in welke mate kan de overheid kiezen voor een overeenkomst, 2) kiest een overheid vrij haar contractpartner, 3) bepaalt de overheid vrij de inhoud van de overeenkomst en

¹¹ RvS 24 oktober 1949, nr. 137, *Grisson*.

¹² Cass. 5 maart 2012, *JT* 2012, 243, *OoO* 2012, 63, concl. J. GENICOT, *Rev.dr.commun.* 2013, 20, noot G. DELANNAY.

¹³ De oorsprong van het begrip ‘wilsautonomie’ zou wel in het internationaal publiekrecht liggen: V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, 17.

¹⁴ S. STIJNS en E. SWAENPOEL, “De evolutie van de basisbeginselen in het contractenrecht, geïllustreerd aan de hand van het contractueel evenwicht” in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 2, nr. 3.

¹⁵ Zie ook P. WÉRY, *Droit des obligations*, Vol. 1, Brussel, Bruylant, 2011, 121, nr. 97.

4) in welke mate is de vrijheid van partijen beperkt tijdens de uitvoering van de overeenkomst. Niet al deze elementen vloeien rechtstreeks voort uit een mogelijke contractvrijheid vanwege de overheid, maar zijn er wel mee verbonden.

II. VRIJHEID OM TE KIEZEN VOOR EEN OVEREENKOMST

In de eerste plaats gaat de bijdrage na of een overheid überhaupt kan kiezen voor de overeenkomst. In de tweede plaats rijst de vraag of een overheid, wanneer zij voor de overeenkomst kiest, vrij de soort overeenkomst kan kiezen.

A. EENZIJDIGE RECHTSHANDELING OF OVEREENKOMST: VRIJE KEUZE?

Recente Nederlandstalige rechtsleer heeft de vraag of een overheid kan kiezen om het algemeen belang te dienen via een overeenkomst, ruim onderzocht.¹⁶ Deze rechtsleer gaat ervan uit dat een wettelijke machtiging of habilitatie noodzakelijk is opdat een administratieve overheid een overeenkomst zou kunnen sluiten. Nochtans stelt de Franstalige rechtsleer met dezelfde evidentie vast dat het in bezit zijn van de rechtspersoonlijkheid een voldoende basis is om overeenkomsten te kunnen sluiten.¹⁷ Huidige bijdrage verdedigt eveneens de stelling dat geen afzonderlijke wettelijke grondslag noodzakelijk is opdat een overheid een overeenkomst zou kunnen sluiten.

De auteurs die een wettelijke grondslag nodig achten, verwijzen naar artikel 105 Gw.¹⁸ Artikel 105 Gw. kadert binnen de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling tussen de wetgevende en de uitvoerende macht. Uit deze bepaling vloeit voort dat de Koning, de uitvoerende macht, een toegewezen bevoegdheid heeft en dat hij bijgevolg enkel deze bevoegdheden mag uitoefenen, hem toegewezen door de wetgever.¹⁹ Het begrip 'bevoegdheid' lijkt centraal te staan in het raam van artikel 105 Gw. De bevoegdheid *ratione materiae* betreft de macht van een auteur om

¹⁶ K. LEUS, "Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene', de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer" in *Bijzondere overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, 2008, 408-415.

¹⁷ B. LOMBAERT, "L'acte administratif, source du droit?" in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, PH. GÉRARD, F. OST en M. VAN DE KERCHOVE (eds.), *Les sources du droit revisitées. Volume 2. Normes internes infraconstitutionnelles*, Bruxelles, Anthemis, 2012, 604.

¹⁸ Zie ook D. D'HOOGHE en F. VANDEN DRIESSE, *Publieke private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 21.

¹⁹ A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 664, nr. 411.

een beslissing te nemen over een bepaalde situatie.²⁰ Wanneer een overheid de bevoegdheid heeft gekregen om een bepaalde situatie te regelen, heeft zij ook het vermogen tot handelen.²¹

De aan de uitvoerende macht toegewezen bevoegdheid is ofwel discretionair ofwel gebonden. Het handelen van de overheid binnen de bevoegdheid die zij kreeg toegewezen, kan echter zowel eenzijdig als contractueel zijn.²² De overeenkomst is aldus eerder een instrument om een bepaalde bevoegdheid uit te oefenen²³, dan een bevoegdheid die de overheid moet ontvangen van de wetgever. Eenzijdig handelen en het sluiten van een overeenkomst staan naast elkaar als middelen voor een overheid om te handelen. Het eenzijdig handelen is enkel een bijzondere mogelijkheid voor de overheid om te handelen, juist omdat zij als doel heeft het dienen van het algemeen belang. In die zin is volgens huidige bijdrage de verwijzing naar artikel 105 Gw. niet relevant, om te verdedigen dat een wettelijke grondslag noodzakelijk is opdat overheden een overeenkomst zouden kunnen sluiten.

Administratieve overheden hebben rechtspersoonlijkheid. De rechtsbekwaamheid van een rechtspersoon is gelijk aan die van een natuurlijk persoon.²⁴ Dit houdt in dat een rechtspersoon volheid van rechten heeft. Een rechtspersoon, en bijgevolg ook een publiekrechtelijk rechtspersoon, mag dan ook overeenkomsten sluiten.²⁵ In die zin lijkt het bezitten van de rechtspersoonlijkheid wel degelijk een afdoende basis om een overeenkomst te kunnen sluiten. De principiële mogelijkheid voor een overheid om een overeenkomst te kunnen sluiten is wel onderworpen aan een aantal beperkingen.²⁶

Men kan de ‘vrije’ keuze voor de overeenkomst ook verklaren vanuit een ander beginsel. Men gaat ervan uit dat een administratieve overheid de vrije keuze heeft om haar openbare dienst te beheren. Ofwel richt de overheid zelf een publiekrechtelijke rechtspersoon op, die de openbare dienst beheert (organieke openbare dienst) ofwel vertrouwt zij het beheer toe aan een privaat persoon (functionele

²⁰ M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Anthemis, 2011, 377.

²¹ Vgl. A. WIRTGEN, *Middelen en het ambtshalve aanvoeren van middelen in het bijzonder*, Brugge, die Keure, 2004, 69, nr. 72.

²² C. CAMBIER, *Droit administratif*, Brussel, Larcier, 1968, 231 e.v.

²³ Vgl. met onteigening of het oprichten van vennootschappen, die ook als instrumenten worden beschouwd in het raam van een toegewezen bevoegdheid: A. ALÉN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 461, nr. 411.

²⁴ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 118, nr. 44.

²⁵ Art. 1123 BW.

²⁶ D. D'HOOGHE, “Overeenkomsten met de overheid” in M. STORME, J. HERBOTS en Y. MERCHERS (eds.), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 135-136.

openbare dienst).²⁷ Het voorbeeld bij uitstek van deze laatste vorm van beheer is de concessie van (openbare) dienst, die over het algemeen wordt beschouwd als een overeenkomst. In de vrije keuze voor de beheerwijze van de openbare dienst lijkt aldus ook de keuze voor de overeenkomst als instrument van beheer besloten te liggen.

De keuze voor een bepaald instrument om te handelen gaat vooraf aan het instappen in een contractueel kader. In die zin kan die vrije keuze (tweewegenleer) niet behoren tot de leer van de wilsautonomie.

B. VRIJE KEUZE VOOR DE SOORT OVEREENKOMST?

Een overheid maakt gebruik van overeenkomsten. Daarbij staan haar de overeenkomsten ter beschikking, die ook particulieren kunnen sluiten. Daarnaast zijn er ook nog een aantal bijzondere overeenkomsten die juist de aanwezigheid van een overheid als één van de contractpartijen vereisen.²⁸ De aanwezigheid van een overheid is voor die gevallen een constitutief element van de overeenkomst. De meest bekende overeenkomsten ter zake zijn de overheidsopdracht, de domeinconcessie en de concessie van (openbare) dienst.²⁹ Vraag rijst of een overheid tussen deze ‘privaatrechtelijke’ en ‘publiekrechtelijke’ overeenkomsten een vrije keuze kan maken.

In beginsel is de keuze voor de overheid om de ene of de andere overeenkomst te kiezen vrij. Deze vrije keuze heeft een advocaat-generaal bij het Hof van Justitie in het raam van de toepassing van het Europees Unierecht vrij recent erkend.³⁰

²⁷ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 105, nr. 66.

²⁸ In een recent verleden werd in dit kader een onderscheid gemaakt, geïnspireerd door het Franse administratief recht, tussen ‘administratieve contracten’ en ‘contracten met de overheid’. Eerstgenoemde genus van overeenkomsten hield deze overeenkomsten in, gesloten ter behartiging van een openbare dienst, en die derhalve een aantal van het gemeen recht afwijkende regels bevatten. Het tweede soort overeenkomsten betrof alle overeenkomsten daarbuiten waarbij de overheid een contractspartij is, en die bijgevolg zijn onderworpen aan de regels van burgerlijk recht (W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Overeenkomsten met de overheid”, *TPR* 1994-95, 1709).

²⁹ FLAMME heeft eertijds een opsomming gemaakt van de publiekrechtelijke overeenkomsten: overeenkomsten voor werken, leveringen en diensten, overeenkomsten gesloten tussen twee overheden, overeenkomsten gesloten door openbare diensten met een industrieel of economisch karakter, met hun verbruikers (gas, water, elektriciteit, telefoon, openbaar vervoer,...), domaniale concessies, openbare leningen en de economische expansieovereenkomsten. M.A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Brussel, Bruylant, I, 1969, 130 e.v.

³⁰ Concl. Adv. Gen. N. WAHL onder C-213/13, *Impresa Pizzarotti & C. SpA t. Comune di Bari*, punt 64.

Deze vrije keuze wordt echter ‘ingeperkt’ door een aantal elementen, die zich situeren zowel op het Europese als op het Belgische niveau.

Het Hof van Justitie heeft een bepaalde interpretatie gegeven aan het begrip ‘overheidsopdracht’ en aan het begrip ‘concessie van diensten’. Dit heeft ook tot gevolg gehad dat het Hof van Justitie, en daarna ook de Raad van State in haar kielzog, menigmaal privaatrechtelijke overeenkomsten heeft geherkwalificeerd als een overheidsopdracht of een concessie van diensten.³¹ In het licht van het Europees Unierecht hebben deze begrippen een autonome betekenis. Deze betekenis krijgt een functionele inkleuring, namelijk deze begrippen moeten in die zin uitgelegd worden dat de doelstellingen van de Europese Unie (interne markt en vrije mededinging) niet in gevaar komen. De vrije keuze van de overheid staat hier onder de druk van een hoger algemeen belang, namelijk de verwezenlijking van de Europese interne markt.

De vrije keuze van de overheid in het raam van het sluiten van een overeenkomst wordt op het Belgische niveau nog steeds gedictieerd door het voorwerp van de overeenkomst, het bevoegde orgaan, het administratief toezicht en op een eerder praktische noot door het begrotingsrecht.³² Vooral het voorwerp van de overeenkomst kan soms de vrije keuze voor het soort overeenkomst beperken. Dit geldt voor bepaalde goederen van de overheid onderworpen aan een bepaald regime. Te denken valt hierbij aan openbare domeingoederen, die geenszins het voorwerp kunnen uitmaken van een huur- of andere privaatrechtelijke overeenkomst. Op een dergelijk goed kan enkel een domeinconcessie worden toegestaan.

III. DE KEUZE VAN EEN CONTRACTPARTNER

In het privaatrecht heeft een persoon in beginsel de keuze met wie hij of zij een overeenkomst wenst te sluiten. Dit principe geldt ook wanneer een privépersoon een opdracht wil laten uitvoeren door een andere persoon. De keuze voor de ene of de andere persoon is bijna uitsluitend bepaald door eigenbelang.

Wanneer één van de contractpartijen een overheid is, liggen de zaken anders. Zoals reeds eerder aangegeven, handelt een administratieve overheid in het algemeen belang. In de eerste plaats behartigt elke administratieve overheid slechts een onderdeel van dit algemeen belang, onderdeel dat zij kreeg toegewezen van

³¹ Zie hierover K. WAUTERS, “Overheidsovereenkomsten in België onder invloed van het Europees Unierecht” in K. WAUTERS, B. DELVAUX en B. VANHEUSDEN (eds.), *Invloed van het EU-recht op het Belgische bestuursrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 292-301.

³² Deze elementen werden reeds in het verleden geïdentificeerd, maar blijven tot op de dag van vandaag actueel. W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Overeenkomsten met de overheid”, *TPR* 1994-95, 1709.

de wetgever. Op grond van het specialiteitsbeginsel kan een overheid slechts een overeenkomst sluiten binnen de haar toegewezen bevoegdheden. Artikel 33 Gw. kent de volheid van bevoegdheid toe aan de wetgever. Het handelen van de overheid is aldus reeds beperkt door de bevoegdheid waarbinnen zij kan handelen en die haar werd toevertrouwd door de wetgever.³³ Aldus kan de overheid in beginsel niet haar eigen wet bepalen, wat juist één van de wezenskenmerken van de wils-autonomie is zoals die voortvloeit uit artikel 1134 BW.

Bovendien, als uitvoerder van de wil van het volk, moet de overheid ook het algemeen belang op een behoorlijke wijze behartigen. De beginselen van behoorlijk bestuur geven een bijzondere invulling aan de plichten die rusten op een overheid, ook wanneer zij een overeenkomst sluit. De belangrijkste verplichtingen die krachtens de beginselen van behoorlijk bestuur de contractsvrijheid van de overheid in haar keuze van medecontractant beperken, zijn allicht het verbod op machtsafwending³⁴, het gelijkheidsbeginsel³⁵ en het verbod op willekeur.³⁶ Ten slotte verplicht de Grondwetgever de overheid om elke burger op een gelijke en non-discriminatoire wijze te behandelen. Deze elementen maken dat een administratieve overheid, wanneer zij een overeenkomst sluit met een burger, niet geheel vrij is in haar keuze.

Zowel de Raad van State als het Hof van Justitie hebben elk via hun rechtspraak de vrije keuze van een overheid voor een bepaalde contractpartner sterk ingeperkt.³⁷ Het beginsel van de gelijke behandeling en de transparantieplicht verplichten een overheid om het sluiten van een overeenkomst in mededinging te stellen.³⁸ Verschillende geïnteresseerde particulieren en/of ondernemingen moeten de mogelijkheid krijgen om een bepaalde overeenkomst met de overheid af te sluiten. De plichten van een overheid zijn dezelfde, wat ook de aard van de overeenkomst is. Enkel in het raam van een overheidsopdracht voorziet de Belgische wetgever sinds een aantal decennia meer gedetailleerde procedures die een aanbestedende overheid moet volgen om haar contractpartner te kiezen. Dit alles wordt sinds de

³³ Cass. 6 februari 1890, *Pas.* 1891, I, 5; Cass. 6 februari 1891, *R.A.* 1891, 124.

³⁴ Art. 91 Gec.Wetten 12 januari 1973 op de Raad van State, *BS* 21 maart 1973.

³⁵ W. VAN GERVEN, *De overheid in het verbintenissenrecht. Hoe blauw is het bloed van de prins?*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 58.

³⁶ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 54.

³⁷ Zie o.a. K. WAUTERS, "Overheidsovereenkomsten in België onder invloed van het Europees Unierecht" in K. WAUTERS, B. DELVAUX en B. VANHEUSDEN (eds.), *Invloed van het EU-recht op het Belgische bestuursrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 308-312.

³⁸ Overweging (2) bij Richtlijn Europees Parlement en Raad 2004/18/EG, 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Pb.L.* 30 april 2004; P. BOUQUEY, "L'engagement d'agent contractuel par les communes et le respect des principes généraux du droit administratif", *Dr.Comm.* 2003, 20, nr. 3.

jaren 70 van de vorige eeuw sterk beïnvloed door richtlijnen aangenomen door de instellingen van de Europese Unie.

Recent hebben de Europese instellingen ook een richtlijn inzake de gunning van concessies goedgekeurd.³⁹ Dit heeft voor gevolg dat de Belgische wetgever tegen 18 april 2016 een meer gedetailleerde wetgeving inzake de gunning van concessies van diensten tot stand moet brengen. Aldus zullen ook voor deze overheids-overeenkomst gedetailleerdere procedures de keuze van een contractpartner omringen.

Ondanks deze inperkingen lijkt echter de vrije keuze nog steeds het uitgangspunt te zijn. De beslissing om een overeenkomst te sluiten, blijft een administratieve rechtshandeling⁴⁰, die voorwerp kan uitmaken van een beroep bij de Raad van State. Dit houdt in dat de bevoegdheid van de overheid discretionair of vrij is. Immers, in geval van gebonden bevoegdheid heeft de Raad van State geen rechtsmacht.

In Frankrijk heeft de Conseil Constitutionnel een grondwettelijke waarde toegekend aan de '*liberté contractuelle*' en dus ook aan de vrijheid om een contractpartner te kiezen.⁴¹ Deze vrijheid steunde de Conseil Constitutionnel op de vrijheid van elke persoon om te handelen zonder dat iemand anders hierdoor wordt geschaad (art. 4 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789). Artikel 12, eerste lid van de Belgische Grondwet waarborgt in het algemeen ook de vrijheid van de persoon. Eventueel zou het Grondwettelijk Hof zoals de Conseil Constitutionnel in deze bepaling het beginsel van de contractsvrijheid voor administratieve overheden kunnen lezen.⁴² Een dergelijke grondwettelijke erkenning zou voor gevolg hebben dat een wetgever niet zomaar kan raken aan deze vrijheid. Gezien echter de toenemende invloed van het Europees Unierecht en de primauteit van dit recht op de Grondwet zal de contractsvrijheid in elk geval afgezwakt zijn.

De beslissing van de overheid om een overeenkomst te sluiten is niet alleen een administratieve rechtshandeling, maar houdt ook de toestemming van deze

³⁹ Richtlijn Europees Parlement en Raad 2014/23/EU, 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, *Pb.L.* 28 maart 2014.

⁴⁰ Hierbij maakt de bijdrage abstractie van een overheidsopdracht gesloten door een aanbestedende overheid die geen administratieve overheid is.

⁴¹ Ch. MAUGÜÉ en Ph. TERNEYRE, "La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat" in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer*, Paris, LGDJ, 2013, 205-207.

⁴² J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, m.m.v. T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 379. De auteurs stellen overigens uitdrukkelijk dat de contractuele vrijheid, in hoofde van niet-overheden, nooit absoluut is, en wordt beperkt door de contractuele vrijheid en rechten van anderen, in het bijzonder het recht om niet-discriminatoir te worden behandeld. Zie ook GwH 1 september 2008, nr. 130/2008.

overheid met deze overeenkomst in. De leer van de wilsautonomie kan hier bijgevolg spelen. Het uitgangspunt lijkt ook de wilsautonomie te zijn. Vraag rijst echter of dit onder invloed van de rechtspraak van de Raad van State en het Hof van Justitie stilaan geen lege doos aan het worden is.

IV. KEUZE VAN DE CONTRACTINHOUD

Het centrale voorwerp van huidige bijdrage is de overeenkomst gesloten door een overheid. De overeenkomst is van nature een rechtshandeling waarbij de contractpartijen door hun wilsovereenstemming rechtsgevolgen creëren. Dit houdt in dat de partijen bij een overeenkomst in beginsel ook de inhoud van deze overeenkomst bepalen. Het handelt om een wezenskenmerk.

Aangaande de toepasselijkheid van de richtlijnen overheidsopdrachten op bepaalde situaties speelt het begrip ‘overeenkomst’ een belangrijke rol. Het handelt over één van de vier criteria die bepalen of deze richtlijnen toepasselijk zijn op een bepaalde situatie. Het Hof van Justitie heeft in haar rechtspraak geoordeeld dat de aanwezigheid van een overeenkomst vaststaat als partijen de mogelijkheid hebben om te onderhandelen over de inhoud van de rechtsbetrekking.⁴³ Bijgevolg hebben partijen noodzakelijkerwijze een bepaalde vrije keuze om de inhoud van hun overeenkomst te bepalen. In die zin lijkt de vraagstelling naar de vrije keuze van de contractinhoud zinloos.

Echter, een overheid kan in het absolute niet helemaal gelijk gesteld worden met een particulier.⁴⁴ Het handelen van de overheid wordt gedreven door het algemeen belang. In die zin is de wil van een overheid niet helemaal vrij, maar moet de wil steeds zoeken naar die keuzes die het algemeen belang dienen. Een overheid heeft ook niet de mogelijkheid om een bepaald handelen uit te sluiten, als dit handelen de enige keuze is om het algemeen belang te dienen. Het verleent de overheid soms buitengewone ‘bevoegdheden’, ook wanneer zij een overeenkomst sluit. Deze buitengewone ‘bevoegdheden’ worden niet gerechtvaardigd vanuit de imperiumbevoegdheid van een overheid, maar juist vanuit het feit dat soms het algemeen belang, de openbare dienst, hierdoor gediend is.

Dit handelen in het algemeen belang of ter behartiging van de openbare dienst verklaart waarom bijzondere bepalingen toepasselijk moeten zijn op een overeenkomst gesloten door een overheid. Deze bijzondere bepalingen komen bovenop

⁴³ Zie conc. Adv. Gen. MAZAK onder HvJ 8 mei 2013, C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert e.a.*, punt 88 met verwijzing naar HvJ 18 december 2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, C-220/06, *Jur.* I-12175.

⁴⁴ M.-A. FLAMME, *Les marchés de l'administration*, Brussel, Bruylant, 1955, 17, nr. 13.

het privaatrecht.⁴⁵ Zelfs de overheid heeft niet de vrije keuze aangaande de aanwezigheid van deze clausules. In die zin is haar wil niet autonoom. Deze clausules zijn er omdat het algemeen belang dit noodzaakt. De meest doorgedreven vorm van aanwezigheid van dergelijke clausules kan men aantreffen in de regelgeving overheidsopdrachten.

In het raam van de regelgeving overheidsopdrachten voorzien overheden in België reeds sinds het ontstaan van ons land bestekken die van toepassing zijn op de uitvoering van de opdracht. Het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken⁴⁶ bevat de meest recente versie van de algemene aannemingsvoorwaarden die van toepassing zijn op alle overheidsopdrachten waarvan de gunning bekendgemaakt is vanaf 1 juli 2013.

Uit artikel 9 van het KB van 14 januari 2013 blijkt duidelijk dat het in beginsel niet de bedoeling is dat de contractpartijen kunnen afwijken van deze bepalingen. Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 15 mei 2008 over een vergelijkbare bepaling in de Algemene Aannemingsvoorwaarden van 26 september 1996⁴⁷, artikel 3, geoordeeld dat voor een aantal bepalingen niet van de algemene aannemingsvoorwaarden kan worden afgeweken, dan voor zover de bijzondere eisen van de beschouwde opdracht dit noodzakelijk maken en dat voor sommige bepalingen de afwijking bovendien moet worden gemotiveerd. In het andere geval is de afwijking onregelmatig.⁴⁸ In die zin zijn deze bepalingen van dwingend recht.

De aanwezigheid van deze dwingende algemene aannemingsvoorwaarden heeft er echter de rechtsleer niet van weerhouden de overheidsopdracht steeds als een overeenkomst te beschouwen. Men kan deze overeenkomst kwalificeren als een toetredingscontract. Men beschouwt trouwens vele overeenkomsten waarin een overheid het initiatief neemt, als dergelijke toetredingscontracten.⁴⁹ Maar een toetredingscontract is nog steeds een overeenkomst. Bijgevolg is er nog wel degelijk een bepaalde vrije keuze voor de contractinhoud.

⁴⁵ A. DE GRAND RX, *Etude sur les contrats de l'administration. Les marchés de fournitures et de travaux publics*, Brussel, 1952, 3, nr. 2.

⁴⁶ BS 14 februari 2013, 8752.

⁴⁷ Algemene aannemingsvoorwaarden 26 september 1996 voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies voor openbare werken, BS 18 oktober 1996.

⁴⁸ Cass. 15 mei 2008, C.07.0404.N, TBP 2009, nr. 9, 555-556.

⁴⁹ A. VANWELKENHUYZEN, "Les modes non formels d'expression de la volonté juridique, en droit public et administratif belge" in *Travaux de l'association Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1972, 258-259, met verwijzing ook naar A. BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif*, Brussel, Larcier, 1966, 363, nr. 382ter.

V. UITOEFENING VAN DE OVEREENKOMST

De wilsautonomie en het daaruit afgeleide consensualisme houden ook in dat partijen vrij de inhoud van de overeenkomst kunnen wijzigen. Zij zijn samen ‘de meesters’ van hun juridische verhouding. Dit heeft ook voor gevolg dat in beginsel één partij niet de inhoud van de overeenkomst kan wijzigen. Op deze laatste regel maakt sommige rechtsleer uitzondering aangaande administratieve contracten gesloten door de overheid.⁵⁰

De vrijheid van contractpartijen om in het raam van de uitvoering van de overeenkomst hun onderlinge verhoudingen te wijzigen, gold ook wanneer één van de partijen een overheid was.⁵¹ Ook deze vrijheid komt echter meer en meer onder druk te staan als gevolg van de invloed van het Europees Unierecht.

Het Hof van Justitie heeft zowel inzake overheidsopdrachten als inzake concessies van diensten duidelijk gemaakt dat een (aanbestedende) overheid niet zomaar een dergelijke overeenkomst kan wijzigen, ook niet wanneer de andere contractpartner hierin toestemt. Volgens het Hof vormen de wijzigingen van de bepalingen van een overeenkomst tijdens de geldigheidsduur ervan, een nieuwe plaatsing van een overeenkomst wanneer zij kenmerken vertonen die *wezenlijk*⁵² verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst.⁵³

Deze rechtspraak geldt ook wanneer partijen samen de inhoud van de overeenkomst wijzigen. In de nieuwste richtlijnen werd deze rechtspraak van het Hof van Justitie verankerd zowel inzake overheidsopdrachten als inzake concessies van diensten.⁵⁴

De wilsautonomie van de partijen in de uitoefening van de overeenkomst wordt verder ingeperkt door twee beginselen van toepassing op het beheer van de openbare dienst, met name het beginsel van de continuïteit en het beginsel van de

⁵⁰ W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKERS, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, 111.

⁵¹ Zie o.a. A. VANDEBURIE en S. DE RIDDER, “La vie du contrat dans les commandes publiques – Het leven van de overeenkomst in de overheidsopdrachten”, *T.Aann.* 2010, 17, nrs. 14 e.v.; O. COLLON en T. DE NYS, noot onder CE fr. 8 juni 2000, *T.Aann.* 2005, 329-330.

⁵² B. SCHUTYSER, “De gunning van overheidsopdrachten in de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State”, *T.Gem.* 2010, 78, nr. 2.

⁵³ HvJ 19 juni 2008, C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, overw. 34; HvJ 15 oktober 2009, C-196/08, *Acoset SpA*, overw. 62; HvJ 4 juni 2009, C-250/07, *Commissie/Griekenland*, overw. 52; HvJ 13 april 2010, C-91/08, *Wall AG*, overw. 37.

⁵⁴ Art. 32.2.a, 33.2 en 72 Richtlijn Europees Parlement en Raad 2014/24/EU, 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, *Pb.L.* 28 maart 2014.

veranderlijkheid.⁵⁵ Het beheer van de openbare dienst en de voornoemde beginselen vereisen soms dat de wil van de contractpartijen opzij wordt gezet.

Bijgevolg zit de wilsautonomie van partijen ook hier voor een deel gevangen in een bepaald kader.

VI. BESLUIT

De leer van de wilsautonomie heeft in België in theorie, zeker meer dan in Frankrijk, een bestaansreden in de situatie waar een overheid een overeenkomst sluit. Immers, in beginsel bevat het Burgerlijk Wetboek het gemeen recht toepasselijk op dergelijke overeenkomsten. In die zin moeten ook de beginselen voortvloeiend uit dit Wetboek toepasselijk zijn.

De wilsuiking van de overheid is echter niet vergelijkbaar met deze van een particulier. De wil van de overheid vertegenwoordigt het algemeen belang. Deze wil beschikt om die reden over bepaalde prerogatieven en verkrijgt om die reden een eigen kwalificatie. Men bestempelt deze wil als een administratieve rechtshandeling, wanneer zij rechtsgevolgen creëert. Het is een handeling die zich als het ware afsplitst van de overeenkomst. Deze leer wordt ook impliciet bevestigd door het Hof van Justitie, wanneer zij het Europees Unierecht uitlegt in aanwezigheid van een overheidsopdracht of een concessie van diensten. Het handelen van de overheid is in dat kader een maatregel, in de zin van de artikelen 34 (kwantitatieve invoerbependingen)⁵⁶, 45 (vrij verkeer van werknemers)⁵⁷, 49 (vrijheid van vestiging)⁵⁸ en 56 (vrij verkeer van diensten)⁵⁹ VWEU.

Deze eigen karakteristieken van de wil van de overheid maken dat deze wil fel omkaderd is, zoals blijkt uit huidige bijdrage. Men zou zelfs, wanneer men het negatief bekijkt, kunnen stellen dat de overheid in geen enkele hypothese over een autonome wil beschikt. Immers, de overheid is slechts een instrument, die de wil van de wetgever uitvoert en die zelfs buiten enige uitdrukkelijke wil van de wetgever het algemeen belang moet dienen. Elk handelen van de overheid wordt aldus gestuurd en moet ook worden gerechtvaardigd door het algemeen belang.

⁵⁵ W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, 'Overeenkomsten met de overheid', *TPR* 1994-95, 1732.

⁵⁶ HvJ 22 september 1988, 45/87, *Dundalk, Jur.* 1988, 4929; HvJ 20 maart 1990, C-21/88, *Du Pont de Nemours Italia Spa vs Unità Sanitaria Locale n°2 di Carrara (USL)*, *Rec.*, I-889.

⁵⁷ HvJ 22 juni 1993, C-243/89, *Europese Commissie/Denemarken*, *Rec.* I-3353.

⁵⁸ Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, *Pb.C.* 1 augustus 2006.

⁵⁹ HvJ 26 september 2000, C-225/98, *Commissie/Frankrijk*, punt 50; HvJ 10 februari 1982, C-76/81, *S.A. Transportoute et travaux/Ministerie van Openbare Werken*, *Rec.*, 417.

In die zin wordt de overheid ook geen particulier wanneer zij kiest voor de overeenkomst als instrument van beheer van de openbare dienst.

De leer van wilsautonomie heeft theoretisch gezien zijn bestaansrecht wanneer een overheid een overeenkomst sluit, maar moet, nog meer dan heden het geval is in het raam van het verbintenissenrecht, sterk gerelativeerd worden juist omwille van de bijzondere aard van een overheid.