

*Hof van Beroep te Brussel  
(achtste kamer), 18 december 1997*

OVERHEIDSOPDRACHT - SUBJECTIEF RECHT OP HET BEKOMEN ERVAN - KORT GEDING - RECHTSMACHT - NIETIGHEID VAN DE OVEREENKOMST

*De inschrijver op een overheidsopdracht heeft geen subjectief recht op de toewijzing ervan doch hij beschikt over een subjectief recht gelijk behandeld te worden ten aanzien van de wet op de overheidsopdrachten en niet geschaad te worden in zijn belangen en in zijn reputatie.*

*Wanneer een vordering rechtstreeks de bescherming van werkelijk subjectieve rechten tot voorwerp heeft en niet de vaststelling van de schending van het objectief recht op zich, heeft de kort gedingrechter rechtsmacht om over het geschil uitspraak te doen.*

*Indien een toewijzingsbeslissing nietig zou zijn en de daaruit voortvloeiende overeenkomst om die reden door absolute nietigheid zou zijn aangetast wegens ongeoorloofde oorzaak, kan elke belanghebbende derde de nietigheid van deze overeenkomst laten vaststellen, nu er anders over oordelen de vrijbrief zou inhouden aan de laakbare praktijk van de voldongen feiten en tot gevolg zou hebben dat een later tussen te komen annulatie-arrest van de Raad van State dode letter zou blijven, zodat er enkel nog ruimte zou zijn voor een vergoedingseis, hetgeen onverenigbaar zou zijn met de rechtsbescherming gewild in de richtlijn 89/665 van 21 december 1989.*

MARCHÉ PUBLIC - DROIT SUBJECTIF À L'OBTENTION DU MARCHÉ - RÉFÉRÉ - COMPÉTENCE - NULLITÉ DU CONTRAT

*Le soumissionnaire à une adjudication publique n'a pas de droit subjectif à se la voir attribuer mais il possède un droit subjectif à ce que le principe d'égalité imposé par la loi sur les marchés publics soit respecté à son égard et à ne pas être lésé dans ses intérêts et sa réputation.*

*Lorsque une action introduite tend directement à la protection de droits réellement subjectifs et non à la constatation de la violation d'un droit objectif tel quel, le juge des référés a juridiction pour en connaître.*

*Si la décision d'adjudication est nulle et le*

*contrat qui en découle est frappé de nullité absolue pour cause illicite, toute personne intéressée a le droit d'en poursuivre l'annulation, puisqu'en décider autrement laisserait le champ libre à la pratique néfaste du fait accompli et aurait pour conséquence qu'un arrêt d'annulation ultérieur du Conseil d'Etat resterait lettre morte, et seule une compensation financière serait susceptible d'être accordée à la partie préjudiciée, ce qui serait en contradiction avec la Directive européenne 89/665 du 21 décembre 1989.*

Zet.: M. Londers, voorzitter, M.P. Blondeel en M. D. Rutsaert, raadsheren,  
Advocaten: Mrs. P. Mallien, J. Stuyck, D. Lindemans, B. Schutyser loco D. D'Hooghe

(G.D.E. t./ N.V. T.A.B., Vlaamse Landmaatschappij)

**1. Het voorwerp van het hoger beroep**

Overwegende dat appellante op 31 oktober 1996 dagvaarding liet betekenen aan de twee geïntimeerden ten einde voorlopige maatregelen te horen bevelen in afwachting dat de Raad van State uitspraak zou gedaan hebben over een vordering tot schorsing van een besluit van de Raad van Bestuur van de Vlaamse Landmaatschappij d.d. 9 oktober 1996, waarbij aan de NV T.A.D. G. een algemene offerte-aanvraag werd gegund omschreven als 'opdracht voor aanneming van leveringen - digitaal vectorieel wegen- en spoorwegenbestand op middenschaalniveau voor het Vlaams en Brussels Gewest' (bestek OC-96/01);

dat zij met name vorderde dat aan de NV T.A.D. G. verbod zou worden opgelegd om enige levering uit te voeren overeenkomstig de geïncrimineerde gunningsbeslissing en dat mocht reeds enige levering zijn uitgevoerd, de Vlaamse Landmaatschappij zou worden veroordeeld tot teruggave van al de leveringen;

dat zij tevens vorderde dat de naleving van de gevorderde maatregelen zou worden verzekerd door een dwangsom van 15 miljoen frank per vastgestelde overtreding;

Overwegende dat eerste geïntimeerde tegenwierp dat de voorzitter zonder rechtsmacht is en tweede geïntimeerde dat hij onbevoegd was, terwijl ze allebei meenden dat de eis in elk geval

ongegrond was;

Overwegende dat in de bestreden beslissing appellante werd afgewezen van haar vordering en werd veroordeeld tot de kosten;

dat de eerste rechter van oordeel was dat het belang van appellante om zich te verzetten tegen de uitvoering van de overeenkomst die tussen de geïntimeerden werd gesloten, twijfelachtig was;

Overwegende dat appellante voor het Hof haar vordering wijzigt in die zin dat zij ingevolge de evolutie van de feiten enkel vordert dat de teruggave zou worden bevolen van de reeds geleverde bestanden onder verbeurte van een dwangsom van 15 miljoen frank per vastgestelde overtreding;

Overwegende dat de geïntimeerde partijen daarentegen hun standpunt handhaven, een aantal excepties opwerpen en besluiten tot de afwijzing van het hoger beroep;

## 2. De belangrijkste feiten

Overwegende dat de feiten die tot het geding aanleiding hebben gegeven als volgt kunnen worden weergegeven;

Appellante heeft op 1 juli 1996 ingeschreven voor de gunning van een overheidsopdracht waarvoor tweede geïntimeerde een algemene offerte-aanvraag heeft uitgeschreven en die de levering betrof van een digitaal geografisch wegen- en spoorwegenbestand (bestek OC-96/01).

Benevens de basisopdracht, zoals omschreven in artikel 1.1.1 van het bestek waar ook de karakteristieken van het bestand werden omschreven (o.m. direct bruikbaar zijn als thematisch GIS-bestand en als onderdeel van het skelet-bestand van het GIS-Vlaanderen), werden drie opties geformuleerd ('bijkomende attributinformatie', 'geactualiseerd bestand' en 'gebieden buiten het Vlaams Gewest').

De duur van de overeenkomst beliep twee kalenderjaren met voor de opdrachtgever de mogelijkheid tot opzegging ten minste twee maanden op voorhand.

Naast appellante en eerste geïntimeerde dienden nog twee andere kandidaten een inschrijving in: het Nationaal Geografisch Instituut en de firma Master Geo-informatics.

De inschrijvingsprijzen, zoals ze door de opdrachtgever werden gerangschikt, B.T.W. inclusief - met uitzondering voor het NGI - en voor het geheel van de basisopdracht en de opties, varieerden tussen 33.252.010 frank (voor Master Geo-informatica) en 42.350.000 frank (voor T.A.), terwijl

appellante 38.932.702 frank bood, prijs die verminderbaar was tot 37.979.827 frank indien samen met de basisopdracht ook optie 1 werd besteld.

Appellante vermeldde in haar inschrijvingsbiljet dat zij voor de uitvoering van de opdracht ook beroep zou doen op een Indiase onderaannemer, die in de beoefening van de vereiste gespecialiseerde techniek internationale autoriteit zou bezitten en die bevestigde dat meteen het nodige personeel beschikbaar werd gehouden om zijn deel van de opdracht meteen uit te voeren.

Op 1 oktober 1996 informeerde appellante naar de stand van zaken betreffende de toewijzing van de opdracht, maar daarop werd haar op 15 oktober 1996 namens het kabinet van de Vlaamse Minister van tewerkstelling en leefmilieu geantwoord dat zij geen inzage kon krijgen van de stukken zolang de wettelijke procedure nog lopende was.

Per 22 oktober 1996 deelde de administrateur-generaal van 'GIS Vlaanderen' - een logistiek en coördinerend samenwerkingsverband tussen de Vlaamse Overheden, dat geografische informatie verschaft en blijkbaar een afdeling vormt van de Vlaamse Landmaatschappij aan appellante mee dat de raad van bestuur van tweede geïntimeerde in zitting van 9 oktober 1996 had beslist om het 'Streetnet' bestand van eerste geïntimeerde aan te kopen.

Er werd aan toegevoegd dat de motieven van de toewijzingsbeslissing, die steunde op een evaluatie door GIS-Vlaanderen, desgewenst kon worden meegedeeld.

Eveneens op 22 oktober 1996 betekende GIS-Vlaanderen aan NV T.A.D. G. dat was beslist om het 'Streetnet' bestand aan te kopen, zoals voorgesteld in suggestie 1 van haar inschrijving, - suggestie die ook een onderhoudsovereenkomst gedurende vijf jaar inhield - en dat in afwijking op het bestek een leveringstermijn van vijf weken werd bedongen. Een week later, op 30 oktober 1995, heeft appellante de Raad van State geadieerd met een verzoekschrift tot schorsing van de gunningsbeslissing en met verzoekschrift d.d. 9 december 1996 heeft zij bij genoemd rechtscollege ook een beroep tot nietigverklaring van dit besluit ingesteld.

De Raad van State heeft met arrest van 18 februari 1997 het schorsingsverzoek verworpen en daarbij overwogen dat er ontstentenis was van 'een moeilijk te herstellen nadeel dat de Raad in aanmerking vermag te nemen', omdat de overeen-

komst, die afgesloten werd op grond van de gunningsbeslissing reeds was uitgevoerd.

Amper enkele weken na de toewijzing van de opdracht werden de informatiebestanden 'Street-net' effectief door eerste geïntimeerde geleverd.

### 3. De ontvankelijkheid van het hoger beroep

Overwegende dat eerste geïntimeerde de ontvankelijkheid van het hoger beroep betwist en daartoe aanvoert dat hetgeen werd gevorderd in eerste aanleg - een voorlopige maatregel totdat de Raad van State zou hebben geoordeeld over een schorsingsverzoek - hoe dan ook niet meer kan worden toegerekend nu de Raad van State dit verzoek inmiddels heeft verworpen, waaruit zij afleidt dat het hoger beroep zonder voorwerp is;

Overwegende evenwel dat appellante, die van haar vordering werd afgewezen, belang heeft om de betwiste beslissing aan te vechten;

dat zelfs indien haar oorspronkelijke vordering geen voorwerp meer zou hebben, zij belang heeft om desgevallend te laten vaststellen dat zij eerder onterecht werd afgewezen waaruit kan volgen dat de kosten van het proces haar niet ten laste kunnen worden gelegd;

Overwegende dat het hoger beroep ontvankelijk is;

### 4. De rechtsmacht van de gewone rechter

Overwegende dat tweede geïntimeerde voorhoudt dat het Hof geen rechtsmacht heeft omdat, enerzijds er geen urgentie voorhanden is en, anderzijds de eis niet rechtstreeks betrekking heeft op de schending door de overheid van een werkelijk bestaand subjectief recht;

Overwegende dat de hoven en rechtbanken rechtsmacht bezitten om een bij hen aangebracht geschil te beoordelen wanneer het de vaststelling of het doen eerbiedigen van een subjectief recht betreft;

dat daarentegen de Raad van State uitsluitend rechtsmacht bezit om binnen het bestek van een objectief beroep, de schorsing te bevelen van de tenuitvoerlegging van een administratieve akte;

Overwegende dat de vraag naar de rechtsmacht dient te worden beantwoord naar het voorwerp van de eis zoals deze in de inleidende dagvaarding

werd geformuleerd;

Overwegende dat appellante in haar dagvaarding deed gelden dat de toewijzingsbeslissing, waarvan zij voor de Raad van State de schorsing en nietigverklaring vorderde, kennelijk onwettig was en dat het er haar om te doen was dat opnieuw tot gunning zou worden overgegaan omdat zij geen schadevergoeding wenste maar wel de toewijzing van de opdracht gezien zij als nieuwkomer in de sector van de geografische basisbestanden en de 'geomarketing' haar reputatie wenste uit te bouwen en de gunning van de opdracht daartoe essentieel was;

dat zij onder verwijzing naar haar verzoekschrift voor de Raad van State haar ernstig en moeilijk te herstellen nadeel nog nader toelichtte;

dat zij verder verwees naar haar geschonden subjectief recht om de werken gegund te krijgen en zij verder betoogde dat bij hoogdringendheid diende te worden beslist omdat zij vernomen had dat, met de snelle uitvoering van de overeenkomst, een voldongen feit zou worden gecreëerd;

dat zij in conclusies als argument toevoegt dat zij ten opzichte van eerste geïntimeerde ongelijk werd behandeld tijdens het onderzoek van de offerte-aanvraag;

Overwegende dat appellante aldus de schorsing van een administratieve handeling, die zij voor de Raad van State vroeg, niet eens aan de orde stelde;

dat zij integendeel hoofdzakelijk betoogde dat de overeenkomst tussen de geïntimeerden berustte op een door tweede geïntimeerde, als overheidsinstelling, gepleegde schending van de wetgeving op de overheidsopdrachten, die van openbare orde is, en zij de opschorting vorderde van de uitvoering van die overeenkomst die haar een nauwelijks te herstellen schade zou berokkenen;

Overwegende dat appellante, die weliswaar geen subjectief recht op toewijzing van de litigieuze overheidsopdracht kan doen gelden, zich nochtans kan beroepen op een subjectief recht om gelijk te worden behandeld ten aanzien van de wet op de overheidsopdrachten enerzijds, om niet in haar belangen en reputatie als nieuw bedrijf te worden geschaad anderzijds;

Overwegende dat het aldus door appellante aangebracht geschil rechtstreeks de bescherming van werkelijke, subjectieve rechten tot voorwerp heeft en niet de vaststelling van de schending van het objectief recht op zich;

dat het Hof te dezen rechtsmacht heeft om over het geschil uitspraak te doen;

Overwegende dat verder de beweerde afwezig-

heid van urgentie niet de rechtsmacht van de gewone rechter, noch de bevoegdheid van de kortgedingrechter, maar wel de gegrondheid van de vordering betreft,

### 6. De urgentie

Overwegende dat de urgentie, vereist opdat de kortgedingrechter een maatregel zou kunnen bevelen voorhanden is telkens, afgezien van de gegrondheid van de aangevoerde grieven, de voorgehouden ernstige ongemakken of schade van een bepaalde omvang niet kunnen worden vermeden indien de gevorderde maatregel niet onmiddellijk zou worden bevolen;

dat die urgentie ook dient te bestaan op het ogenblik dat de appèlrechter uitspraak doet;

Overwegende dat geïntimeerden opwerpen dat appellante zelf de urgentie om de burgerlijke rechter te adiëren heeft gecreëerd door na te laten om bij de Raad van State te ageren "bij uiterst dringende noodzakelijkheid", hetgeen haar de mogelijkheid zou hebben geboden om met haar schorsingsverzoek te ontsnappen aan een procedurele wachttijd die er zou opgelopen zijn van 6 tot 9 maanden;

dat die grief evenwel onterecht is;

Overwegende inderdaad dat zelfs indien appellante de uiterst dringende noodzakelijkheid zou hebben ingeroepen en de Raad van State de schorsing van de toewijzing zou hebben beslist, zulks de geïntimeerden niet zou hebben belet om de van die - bij hypothese geschorste administratieve akte afgescheiden civiele overeenkomst, die al op 23 oktober 1996 was tot stand gekomen uit te voeren;

dat ook in die veronderstelling appellante daarboven de burgerlijke rechter diende te adiëren om schorsing van de uitvoering van de overeenkomst te bekomen;

Overwegende dat appellante in eerste aanleg vorderde dat de uitvoering van een overeenkomst zou worden opgeschort om te vermijden dat een onomkeerbare toestand zou ontstaan en daarbij de duur van de maatregel beperkt zag tot op het ogenblik waarop de Raad van State haar schorsingsverzoek zou hebben ingewilligd;

dat het geen twijfel lijdt dat die vordering hoogdringend was in het licht van de voorgehouden schade die diende te worden vermeden;

Overwegende dat de Raad van State het schorsingsverzoek heeft verworpen omdat er geen

moeilijk te herstellen ernstig nadeel zou voorhanden geweest zijn en die thesis afgeleid werd uit het feit dat de overeenkomst reeds werd uitgevoerd op het ogenblik dat de Raad had te beslissen, zodat een schorsingsbeslissing niet meer zinvol zou zijn;

dat de Raad van State - die niettegenstaande het feit dat de administratieve akte als afgescheiden van de civiele overeenkomst wordt beschouwd, toch de uitvoering van die overeenkomst in aanmerking neemt, ongeacht de wettigheid hiervan, om te oordelen of de administratieve akte een moeilijk te herstellen ernstig nadeel veroorzaakt - aldus het administratieve kort geding heeft afgewezen omdat de burgerlijke rechter de beweerde onwettige uitvoering van de overeenkomst niet heeft belet, terwijl een administratieve schorsing voor de burgerlijke rechter dan weer precies een aanwijzing kon verschaffen omtrent de gegrondheid van de middelen;

dat de beslissing van de eerste rechter en van de Raad van State dus de facto op elkaar een incidentie hebben;

Overwegende dat uit het feit dat de overeenkomst inmiddels werd uitgevoerd niet valt af te leiden dat er geen urgentie meer zou bestaan, nu appellante haar vordering op toelaatbare wijze heeft gewijzigd en dat verdere toename van de door haar voorgehouden ernstige schade alsnog zou kunnen worden vermeden indien op haar gewijzigde vordering zou worden ingegaan; dat indien ten gronde immers zou worden beslist dat de geleverde prestaties dienen te worden teruggegeven, de uitvoering zou worden ongedaan gemaakt en na eventuele vernietiging van de gunningsbeslissing appellante opnieuw kans zou maken op gunning van de opdracht;

Overwegende dat de urgentie zodoende nog steeds voorhanden is;

### 7. De grond van de vordering

Overwegende dat appellante vier gronden aanvoert ten betoge van haar stelling dat de gunningsbeslissing op manifest onwettige wijze werd getroffen;

dat zij met name stelt :

- dat het bestuur heeft nagelaten om het gekozen product 'Streetnet', dat door eerste geïntimeerde werd aangeboden als een suggestie naast haar basisproduct 'Vlagisnet', als basisproduct te vergelijken met de andere vier basisproducten;

- dat de andere inschrijvers de mogelijkheid werd ontzegd om zelf hun offerte aan te vullen met gelijkaardige modaliteiten voor onderhoud en voor meer beperkte rechten op gebruik;
- dat de offerte voor 'Vlagisnet' inbreuk maakte op een aantal substantieve bepalingen van het bestek en dus onregelmatig was;
- dat haar offerte de meest voordelige was;

Overwegende dat appellante gesteld dat haar grieven inzake schending van wetgeving van openbare orde zouden gegrond zijn, zich wel degelijk kan verzetten tegen de uitvoering van een overeenkomst die op zulke beweerd onwettige toewijzingsbeslissing is gesteund indien zij daartoe een belang kan inroepen;

dat indien de toewijzingsbeslissing nietig zou zijn en de daaruit voortvloeiende overeenkomst om die reden door absolute nietigheid zou zijn aangetaast wegens ongeoorloofde oorzaak, elke belanghebbende derde later de nietigheid van die overeenkomst kan laten vaststellen (cf. Brussel, 23 maart 1993, *Tijdschrift voor Aannemingsrecht*, 1993, p. 233);

dat er anders over oordelen een vrijbrief zou inhouden voor de laakbare praktijk der voldongen feiten en zou betekenen dat, wanneer de prestaties niet voor teruggave vatbaar zijn -hetgeen te dezen overigens niet het geval lijkt -, een later eventueel vernietigingsbesluit van de Raad van State de facto dode letter zou blijven zodat er enkel nog ruimte zou zijn voor een vergoedingseis, hetgeen onverenigbaar zou zijn met de rechtsbescherming gewild in de richtlijn 89/665/EEG van 21 december 1989;

Overwegende dat appellante na de wijziging van haar vordering, - het logisch gevolg van de evolutie van de feiten - enkel nog vordert dat tweede geïntimeerde zou worden bevolen om de door eerste geïntimeerde gedane leveringen terug te geven;

dat zij voor de door haar gewenste toestand geen geldingsduur voorstelt in functie van de uitkomst van een andere bodemprocedure;

Overwegende dat zulks niet verder reikt dan hetgeen een bodemrechter zou kunnen beslissen nadat hij, op verzet van een belanghebbende partij tegen de uitvoering van een overeenkomst, bij hypothese de absolute nietigheid hiervan zou hebben vastgesteld en hij dienvolgens ter beëindiging van de feitelijkheden het rechtstreeks herstel van de voorafgaande toestand zou bevelen;

Overwegende dat appellante ook niet euvel kan worden geduid dat zij nog geen bodemrechter heeft geadieerd, nu het objectief verhaal bij de Raad van State nog aanhangig is en de uitvoerbare administratieve akte inmiddels een vermoeden van wettigheid geniet;

Overwegende evenwel dat geïntimeerden in conclusies uiteenzetten dat na de levering van de bestanden deze reeds worden benut in het geografisch programma dat door tweede geïntimeerde wordt uitgebouwd - het Streetnet-bestand omvatte ook een doorgroeiscenario - en dat dit door appellante niet wordt betwist;

dat krachtens de door eerste geïntimeerde gedane en door tweede geïntimeerde gekozen suggestie, niet enkel laatstgenoemde maar ook acht 'juridische entiteiten' (lees: overheidsinstellingen) gebruiksrecht hebben verkregen met betrekking tot die bestanden;

dat eerste geïntimeerde preciseert dat de Streetnet-databank inmiddels werd geleverd aan dertien andere gebruikers (waaronder ook provincies die het project op hun beurt doorleveren aan gemeenten);

Overwegende dat daaruit moet worden afgeleid dat na de uitvoering van de overeenkomst de aanwending van de bestanden al tot een gevorderd stadium van verwerking heeft geleid, zodat een teruggave van het geleverde niet alleen maar tot een status quo ante zou leiden;

dat ook de toestand van derde rechtverkrijgenden erdoor zou worden beroerd;

Overwegende dat in die omstandigheden met de gevraagde maatregel duidelijk niet alleen maar een tussentijdse wachttoestand wordt geschapen maar de toestand van de betrokken partijen ingrijpend - en mogelijk zelfs op een onomkeerbare wijze - wordt gewijzigd zodat de rechten van partijen ten gronde worden geraakt en nadeel aan de zaak zelf wordt gebracht;

Overwegende dat de gevorderde maatregel zodoende geen voorlopige strekking heeft

maar enkel door de bodemrechter kan worden beslist;

dat zelfs indien de grieven van appellante prima facie gegrond zouden voorkomen de gewijzigde eis dus niet zou kunnen worden toegekend;

Overwegende dat het hoger beroep aldus dient te worden afgewezen;

## Noot: Pleidooi voor een civilistische aanpak van overeenkomsten gesloten in het kader van overheidsopdrachten

### 1. Inleiding

1. Bovenstaand arrest is een illustratie van de problemen die zich in ons land stellen m.b.t. de houding van de rechterlijke macht (in de brede zin van het woord) ten opzichte van overheidsopdrachten.

Het is een klassiek item geworden dat, hoewel België slechts één Raad van State kent, er in de praktijk van de overheidsopdrachten twee bestaan, nl. een Nederlandstalige en een Franstalige. De verschillende interpretaties van het 'moeilijk te herstellen ernstig nadeel' en van de bevoegdheid van de Raad om de administratieve beslissing te schorsen wanneer de overeenkomst reeds tot stand gekomen is, zijn bekend<sup>1</sup>.

Ook in het kader van de geschillen m.b.t. overeenkomsten gesloten in het kader van overheidsopdrachten moet men vaststellen dat er een duidelijke grens loopt tussen het noorden en het zuiden van het land. Ter zake kan men verwijzen naar de arresten van het Hof van Beroep te Luik en de Franstalige kamers van het Hof van Beroep te Brussel enerzijds en deze van de Nederlandstalige kamers van het Hof van Beroep te Brussel<sup>2</sup>, waaronder bovenstaand arrest.

In de rechtsleer moet men vaststellen dat in deze aangelegenheid de grens tussen Nederlands- en Franstaligen nagenoeg gelijkloopt<sup>3 4</sup>.

2. Het besproken arrest bevestigt een eerste vonnis waarbij de vordering strekkende tot voorlopige maatregelen - in afwachting van de uitspraak van de Raad van State, over een vordering tot schorsing van een gunningsbeslissing van de Vlaamse Landmaatschappij waarbij aan de N.V. T.A.D. (na een algemene offerte-aanvraag) een leveringsopdracht van informatica werd gegund - werd afgewezen. Aan de eerste rechter werd gevraagd dat aan de gegadigde verbod zou worden opgelegd om enige levering te doen en, mocht enige levering reeds zijn gebeurd, de Vlaamse Landmaatschappij zou worden veroordeeld tot teruggave ervan.

Het Hof van Beroep te Brussel bevestigt de eerste, afwijzende beslissing op grond van de overweging dat de overheidsopdracht reeds werd uitgevoerd en de aanwending van de bestanden al tot een gevorderd stadium van verwerking had geleid zodat een teruggave van het geleverde niet alleen tot een status quo ante zou leiden maar ook de toestand van derde rechtverkrijgenden zou aantasten.

Terecht overweegt het arrest dat in die omstandigheden met de gevraagde maatregel duidelijk niet alleen een tussentijdse wachttoestand zou worden geschapen maar de toestand van de betrokken partijen ingrijpend - en mogelijk zelfs op onomkeerbare wijze - zou worden gewijzigd zodat aan de rechten van partijen ten gronde zou worden geraakt en nadeel aan de zaak zelf zou worden

<sup>1</sup> STEVENS, J., "De doorwerking van het Europees Gemeenschapsrecht, in de sector van de overheidsopdrachten", *R.W.* 1995-96, (1117) 1118, nr. 3.2.; - FLAMME, Ph., "Les directives "recours" et la récente évolution du contentieux des commandes publiques", *TAann.*, 1995 (8), 9.

<sup>2</sup> Brussel (Fr.), 28 oktober 1985, *J.T.*, 1987, 271; - Luik, 7 april 1992, *TAann.*, 1992, 337; - Brussel (NL.), 25 maart 1993, *T. Aann.* 1993, 232. - Brussel (Fr.), 26 juni 1992, *TAann.*, 1993, 203; - Brussel (Fr.), 26 september 1995, *TAann.*, 1996, 340; - Kort geding Brussel (NL.), 5 augustus 1997, *C.D.P.K.*, 1997, 639; - Luik, 7 oktober 1997, *J.L.M.B.*, 1997, 4; *T.B.P.* 1997, 122 met noot Stevens.

<sup>3</sup> STEVENS, *De doorwerking ...*, loc. cit.; - Flamey, P., "Hebben de beroepsprocedures inzake overheidsopdrachten nog zin?", *T.B.P.* 1995, 231-241; Kort gedingen inzake overheidsopdrachten na de wet van 24 december 1993, *C.D.P.K.*, 1997, 103; - genuanceerder: D'Hooghe, D., *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten en het toezicht door de Raad van State en de gewone rechtbanken*, Die Keure, Brugge, 1993, 681 e.v.; GÉRARD, Ph., *La responsabilité de pouvoir public en matière de travaux publics: de l'état à la région*, recyclage facultés universitaires Saint-Louis, 1989; - HANNEQUART & DELVAUX, "L'attribution d'un marché public et les recours judiciaires autres que l'action en dommages-intérêts", in *Liber Amicorum, Commission Droit et Vie des Affaires*, 40ème Anniversaire, Bruylant, Brussel, 1998 (711), 723, randnr. 16; - LAGASSE D. en VAN NUFFEL E., "Les bus wallons en justice (bis). Ou la sauvegarde en référé des droits du soumissionnaire irrégulièrement évincé d'un marché public", noot onder Voorz. Rb. Namen, 6 maart 1997, *J.L.M.B.* 1997, 964, voetnoot 14;

<sup>4</sup> Is het omdat eerste ondergetekende haar lering heeft gehad bij Philippe Gérard - dus Franstalig - dat zij eerder geneigd is om bij de (Franstalige ?) civilistische strekking aan te leunen? Tenzij het teruggrijpen naar het (algemeen) verbintenissenrecht "familiaal" zou zijn bepaald (vgl. Laga H., "Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van intuitu personae overeenkomsten", in *Liber amicorum Jan Rouse*, 237

aangebracht. Het hoger beroep wordt dan ook afgewezen omdat de gevorderde maatregel geen voorlopige strekking had maar enkel door de bodemrechter kon worden uitgesproken.

3. Het probleem dat o. m. aan bod kwam was de vraag naar de *rechtsmacht* van de Voorzitter in de Rechtbank van Eerste Aanleg.

De rechtsmacht van de kort geding rechter om op te treden tegen een overeenkomst gesloten in het kader van een overheidsopdracht is immers per definitie beperkt door hetgeen de bodemrechter zou kunnen doen<sup>5</sup>. Een uitgewonnen aannemer zou moeten bewijzen dat de onwettigheid die hij inroept van die aard is dat op grond daarvan de nietigheid van het contract door de rechter ten gronde zou kunnen worden uitgesproken.

De nietigverklaring van de bestreden gunningsbeslissing heeft immers geen invloed op de uitvoering van het contract. Dit contract strekt de contracterende partijen tot wet zolang het door de burgerlijke rechter - de Raad van State is daartoe niet bevoegd - niet is vernietigd. De kandidaat contractant die zich met een geldelijke schadevergoeding niet tevreden kan stellen en absoluut zelf het contract in de wacht wil slepen, heeft dan niet voldoende aan de vaststelling van de onwettigheid van de toewijzingsbeslissing maar dient tevens de nietigheid van het contract te bekomen. In de mate waarin de benadeelde kandidaat-contractant de vernietiging van het contract kan bekomen en *enkel in dat geval*, moet worden aangenomen dat hij als voorlopige maatregel ook de schorsing van het contract kan bekomen<sup>6</sup>.

4. Interessant voor de materie overheidsopdrachten is de overweging van het arrest "*dat appellante, gesteld dat haar grieven inzake schending van wetgeving van openbare orde zouden gegrond zijn, zich wel degelijk kan verzetten tegen de uitvoering van een overeenkomst die op zulk bevoegd onwettige toewijzingsbeslissing is gesteund indien zij daartoe een belang kan inroepen; dat indien de toewijzingsbeslissing nietig zou zijn en*

*de daaruit voortvloeiende overeenkomst om die reden door absolute nietigheid zou zijn aangetast wegens ongeoorloofde oorzaak elke belanghebbende derde later de nietigheid van elke overeenkomst kan laten vaststellen (cf. Brussel, 23 maart 1993, Tijdschrift voor aannemingsrecht, 1993, p. 233); dat er anders over oordelen een vrijbrief zou inhouden voor de laakbare praktijk der voldongen feiten en zou betekenen dat wanneer de prestaties niet voor teruggave vatbaar zijn - hetgeen te dezen overigens niet het geval lijkt - een later eventueel vernietigingsbesluit van de Raad van State de facto dode letter zou blijven zodat er enkel nog ruimte zou zijn voor een vergoedingseis hetgeen onverenigbaar zou zijn met de rechtsbescherming gewild in de richtlijn 89/665/EEG van 21 december 1989".*

Deze overwegingen zijn voor ondergetekenden aanleiding om hun standpunt ter zake uiteen te zetten.

## 2. Probleemstelling

5. Uitgangspunt voor de analyse van overheidscontracten, gesloten na een gunningsprocedure, is het onderscheid dat in België wordt gemaakt tussen de administratieve beslissing voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst en het sluiten van de overeenkomst zelf (de zogenaamde theorie van de "acte détachable", of afsplitsbare handeling)<sup>7</sup>.

Tot voor kort was het traditionele standpunt van de Raad van State dat zijn bevoegdheid om op te treden ophield wanneer de overeenkomst tot stand gekomen was. Dit is trouwens nog steeds het geval voor de Franstalige kamers van de Raad van State. De Nederlandstalige kamers schijnen echter een ietwat ruimere interpretatie te geven aan de bevoegdheid van de Raad van State. De eerste dijkbreuk ter zake was het EGTA-arrest van de vierde kamer van de Raad van State<sup>8</sup>.

6. De mogelijkheid om de preventieve tussenkomst van de rechters van het gerechtelijk privaatrecht

<sup>5</sup> Zie ter zake de overwegingen van het besproken arrest.

<sup>6</sup> D'HOOOGHE, *De gunning...*, 1993, 681.

<sup>7</sup> MAST, A., DUJARDIN, J., VANDAMME, M., VANDE LANOTTE, J., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 1996, 749, nr. 820; LEWALLE, P., *Contentieux administratif*, 1997, 423, randnr. 284; VAN GERVEN, W., WYCKAERT, M., "Overeenkomsten met de overheid", *T.P.R.*, 1987, (1709), 1727, 2.4.2.; - FLAMME, M., *Traité I*, 438, nr. 300 e.v.

<sup>8</sup> Arrest nr 40.737 van 13 oktober 1992, *T. Aann.*, 1992, 366 met advies van auditeur Stevens.

recht te vragen anderzijds is evenzeer relatief nieuw.

De rechtbanken waren vroeger quasi uitsluitend geëdieerd met vorderingen tot het bekomen van schadevergoeding van de inschrijver die van mening was onregelmatig geweerd te zijn. Rechtdoende over een vordering tot schorsing die toch werd ingediend door een gegadigde overwoog het Hof van Beroep te Brussel bij arrest van 28 oktober 1985<sup>9</sup>: "*Les demanderesses originaires, actuellement intimées, n'ayant aucun droit à faire valoir quant à l'obtention de l'adjudication dont elles auraient été irrégulièrement écartées mais seulement à la réparation du préjudice éventuellement subi par le biais de dommages et intérêts n'ont aucun intérêt à voir ordonner la suspension des travaux qu'elles postulent*" om tot de conclusie te komen dat "*l'action est à tous égards irrecevable à défaut d'intérêt, la suspension des travaux sollicitée ne pouvant en aucune manière déboucher sur une réparation en nature consistant en l'attribution aux intimées du marché public litigieux*".

Thans menen talrijke teleurgestelde inschrijvers op een overheidsopdracht recht te hebben op zogenaamd herstel 'in natura'. Hun optreden beperkt zich dan ook niet tot het opkomen tegen een (mogelijk) onwettige *administratieve* beslissing, maar ook tegen de tot stand te komen/gekomen overeenkomst.

Dergelijke evolutie lijkt ons enerzijds te verklaren door het feit dat het kort geding in het algemeen aan belang heeft gewonnen, anderzijds omdat de bevoegdheid van de rechterlijke macht tegenover de uitvoerende macht meer en meer als evident wordt aangenomen.

Stilaan werd aanvaard dat de rechterlijke macht injuncties kan verlenen tegenover de overheid, zo ook i.v.m. overheidsopdrachten, zodat het mogelijk leek het afsluiten van een overeenkomst door de rechter te laten verbieden<sup>10</sup>.

7. Tenslotte bracht de schorsing van de voorafgaande administratieve beslissing mee dat de schorsing van het contract *zelf* mogelijk geacht werd, ook al was dit reeds tot stand gekomen. Een aantal "uitgewonnen" aannemers wendden zich tot de rechters van het gerechtelijk recht om in kort geding de overeenkomst te horen opschorten en ten gronde een vordering tot nietigverklaring van de overeenkomst in te stellen.

Een en ander heeft aanleiding gegeven tot een belangrijk contentieux inzake overheidsopdrachten voor de burgerlijke rechter, contentieux dat nog niet definitief beslecht is<sup>11</sup>.

8. Indien over het algemeen wordt aanvaard dat het totstandkomen van een overeenkomst kan worden verhinderd door de tussenkomst van de rechter in kort geding<sup>12</sup>, blijft de discussie t.o.v. de opdracht waar het contract reeds tot stand kwam, volledig open.

Er moet worden vastgesteld dat de rechterlijke macht - o.i. terecht - over het algemeen zeer weigerachtig staat tegenover dergelijke tussenkomst.

Een gedeelte van de - voornamelijk Nederlands-talige - rechtsleer meent echter dat dit moet kunnen<sup>13</sup>.

### 3. Is er een recht op herstel "in natura" in het kader van een overheidsopdracht?

#### A. De Europese Richtlijnen

9. Uitgangspunt voor de stelling dat een uitgewonnen aannemer recht heeft op herstel in natura zijn de Europese richtlijnen inzake beroepsprocedures naast algemene rechtsbeginselen zoals het feit dat de efficiëntie van de rechterlijke tussenkomst zou vergen dat herstel 'in natura' moet worden verkozen tegenover schadevergoeding. Er wordt voorgehouden dat wanneer de rechter de mogelijkheid niet zou hebben een reeds gesloten contract op te schorten en/of nietig te verklaren, dit

<sup>9</sup> *J.T.*, 1987, 271.

<sup>10</sup> Zie ter zake: LAGASSE & VAN NUFFEL, *op.cit.*, en de beide geannoteerde beslissingen.

<sup>11</sup> Zie HANNEQUART & DELVAUX, *op.cit.*; - voor een overzicht van de rechtspraak ter zake: THIEL, B., "Les recours des tiers dans les marchés publics: éléments de jurisprudence", *J.T.* 1997, 329.

<sup>12</sup> Voor recente rechtspraak zie de beslissingen inzake Van Hool/E.M.I./Van Hool waarvan sprake in het in noot 9 geciteerde artikel van B. Thiel.

<sup>13</sup> Zie noot.



zou inhouden dat er geen efficiënte rechtsbescherming wordt toegekend aan de uitgewonnen inschrijver. Daarbij wordt uitgegaan van het feit dat er *geen* rechtsherstel is, wanneer dit naar equivalent d.w.z. herleid tot schadevergoeding, gebeurt.

10. De Europese beroepsrichtlijnen leggen echter geenszins de verplichting op aan de Lidstaten in de nationale wetgeving het recht op dergelijk herstel op te nemen, *wanneer een overeenkomst tussen aanbesteder en gegadigde tot stand kwam*<sup>14</sup>.

De richtlijnen laten de lidstaten immers uitdrukkelijk de vrijheid te opteren voor de ene of de andere sanctie nl. de annulatie van het contract of het toekennen van schadevergoeding<sup>15</sup>.

Uit de lezing van de preambule bij de Richtlijn 89/665 van de Raad van 21 december 1989 blijkt dat 'herstel' ruim wordt opgevat: "*Overwegende dat de zowel op nationaal als op gemeenschapsniveau bestaande voorzieningen die de toepassing van deze richtlijnen moeten waarborgen, het niet altijd mogelijk maken te waken over de naleving van de communautaire voorschriften, in het bijzonder in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt.*"

11. De artikelen die betrekking hebben op mogelijke herstelmaatregelen wijzen erop dat de Richtlijn er wel over wil waken dat er voldoende beroepsprocedures zijn omdat vastgesteld werd dat dit in een aantal lidstaten niet het geval was, maar ook dat deze beroepsmogelijkheden in het *bestaand* rechtssysteem ingelast moeten worden.

Zo blijkt uit artikel 1.3 dat de lidstaten er zorg voor dragen dat de beroepsprocedures *volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen* toegankelijk zijn voor eenieder die er belang bij heeft...

Overeenkomstig artikel 2.1° zorgen de lidstaten ervoor dat de maatregelen worden genomen om zo snel mogelijk in kort geding voorlopige maatregelen

te nemen om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad met inbegrip van maatregelen om de aanbestedingsprocedure of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit op te schorten, onwettige besluiten nietig te verklaren of te doen verklaren en schadevergoeding toe te kennen aan degene die door een schending zijn gelaedeerd.

Artikel 2.3° stelt dat de beroepsprocedures *niet per se* een automatisch opschortende werking behoeven.

Artikel 2.6° tenslotte heeft het over de situatie wanneer de overeenkomst gesloten is. Hierover stelt de Europese wetgever dat deze door het *nationaal* recht wordt bepaald en dat "*behalve indien voor de toekenning van schadevergoeding een besluit vernietigd moet worden, een lidstaat (kan) bepalen dat na de sluiting van een overeenkomst*<sup>16</sup> *ingevolge de gunning van een opdracht, de bevoegdheden van de door beroepsprocedures verantwoordelijke instanties beperkt blijven tot het toekennen van schadevergoeding aan eenieder die door de schending werd gelaedeerd*".

#### B. De nationale context - de annulatie van een overheidscontract

12. Wij zijn de mening toegedaan dat men -in de mate van het mogelijke- moet vermijden voor bepaalde rechtstakken 'uitzonderingsregimes' tot stand te brengen: een rechtssysteem is een globaal gegeven, en meer bepaald het gemeenrechtelijk verbintenissenrecht moet - om redenen van interpretatie, rechtszekerheid en gelijkheid - waar mogelijk zijn gelding vinden en dit op een gelijkwaardige manier<sup>17</sup>.

Het is o.i. dan ook terecht dat de Europese wetgever rekening gehouden heeft met de eigenheden van de verschillende rechtssystemen<sup>18</sup>.

Het is anderzijds duidelijk dat inzake overeen-

<sup>14</sup> Richtlijn 89/665 van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepaling betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB.L. 395, 30.XII.1989).

<sup>15</sup> Zie de beschikking van de Voorzitter van het Europees Hof van Justitie van 22 april 1994 zaak C87/94, Commissie België, *T.Aann.*, 1994, 226 met noot FLAMME, M.A.

<sup>16</sup> Het zijn ondergetekenden die onderstrepen.

<sup>17</sup> HANNEQUART & DELVAUX, *op. cit.*, nr. 1; - vgl. Laga, H., geciteerd in noot 4.

<sup>18</sup> Zie terzake de beschikking van de Voorzitter van het Europees Hof van Justitie geciteerd in noot 13.

komsten met de overheid als basisprincipe geldt dat het gemene recht van toepassing blijft<sup>19</sup>.

13. Afgezien van beschouwingen over de scheiding der machten<sup>20</sup> en de (mogelijks) al te verre gaande tussenkomst van de rechter in het beleid van de overheid<sup>21</sup> - waarvan de bespreking het kader van deze noot zou te buiten gaan - lijkt de stelling m.b.t. het herstel "in natura" o.i. te weinig rekening te houden met het algemeen verbintenissenrecht, hoewel de rechtsbasis voor de rechterlijke tussenkomst precies de aansprakelijkheidsregels in het Burgerlijk Wetboek zijn.

14. Zoals bovenstaand arrest terecht opmerkt, is de rechtsmacht van de kort gedingrechter om op te treden tegen een overeenkomst gesloten in het kader van een overheidsopdracht per definitie beperkt door hetgeen de bodemrechter zou kunnen doen. Om 'herstel in natura' te kunnen bekomen, zou een uitgewonnen aannemer dus moeten bewijzen dat de onwettigheid die hij inroept van die aard is dat op grond daarvan en op zijn verzoek de nietigheid van het contract door de rechter zou kunnen worden uitgesproken.

15. De stelling dat de uitgewonnen inschrijver steeds de annulatie zou kunnen vragen van de overeenkomst en vandaar de preventieve tussenkomst van de rechter in kort geding tegen een reeds gesloten overheidscontract kan o.i. niet bijgetreden worden, nu zij indruist tegen het algemeen verbintenissenrecht evenzeer als tegen het algemeen rechtsstelsel en in het bijzonder het principe dat overeenkomsten partijen tot wet strekken. Een derde, die geen partij is bij een overeenkomst kan in principe de vernietiging van een overeenkomst niet vragen tenzij in hoogst uitzonderlijke gevallen<sup>22</sup>.

16. Er is vooreerst een bezwaar van rechterlijke organisatie. Indien men de burgerlijke rechter zou *dwingen*, na kennis te hebben genomen van een

schorsings- of annulatiearrest van de Raad van State, *automatisch* de schorsing c.q. vernietiging van de overeenkomst uit te spreken, zou dit een schending betekenen van de artikelen 144 en 145 van de gecoördineerde grondwet, omdat aldus de Raad onrechtstreeks uitspraak zou doen over subjectieve rechten<sup>23</sup>.

Ofwel huldigt men de theorie van de "acte détachable" waarbij de Raad van State enkel de voorafgaande administratieve beslissing kan censureren en *niet* de overeenkomst, waardoor er geen automatisme kan bestaan eens de burgerlijke rechter geadieerd is m.b.t. het contract, ofwel huldigt men deze theorie niet maar dan zou de Raad van State in principe zelf uitspraak moeten kunnen doen over de burgerrechtelijke gevolgen van een administratieve beslissing. Daartoe zou echter een (grond)wetsherziening noodzakelijk zijn...

De schorsing van het contract kan echter niet worden bevolen op grond van de loutere overweging dat het annulatieberoep bij de Raad van State *prima facie* als gegrond voorkomt. Er moet tevens worden vastgesteld dat de *prima facie* onwettigheid van die aard is dat de derde belanghebbende op grond daarvan de nietigheid van het contract door de rechter kan laten uitspreken<sup>24</sup>.

Een schorsings- of annulatie-arrest van de Raad van State laat bijgevolg enkel toe vast te stellen dat de overheid een fout heeft begaan, niets meer en niets minder.

17. Stellen dat de normale repercussie van een schorsings- of een annulatie-arrest door de Raad van State zou zijn dat de overeenkomst niet geldig tot stand kwam omdat de overheid in feite nooit zou hebben toegestemd tot het sluiten van het litigieuze contract, kan o.i. evenmin worden bijgetreden.

De theorie van de wilsgebreken biedt immers geen oplossing voor de gestelde vraag.

Voor alle duidelijkheid : wij hebben het over overeenkomsten die mogelijkwijze niet (hele-

<sup>19</sup> VAN GERVEN & WYCKAERT, *op.cit.*, 1720, rn. 2.2.

<sup>20</sup> BOCKEN, H., "Herstel in natura en rechterlijk bevel of verbod", in *Liber Amicorum Jan Ronse*, 493, nr. 6-7; - Van Ommeslaghe, P., *Droit des obligations*, T. 1, 1985/7 e.v.

<sup>21</sup> Voor alle duidelijkheid : wij hebben het over de tussenkomst van de rechter wanneer de overeenkomst houdende een overheidsopdracht *reeds gesloten is* ...

<sup>22</sup> Cf. *infra*.

<sup>23</sup> Zie in dezelfde zin : HANNEQUART & DELVAUX, *op. cit.* nr. 33

<sup>24</sup> D'HOOGHE, D., *De gunning* ..., 1993, randnr. 818

maal) stroken met de overheidsopdrachtenwet, doch niet over overeenkomsten die werkelijk tot stand komen op basis van malafide praktijken (corruptie e.d....). Dergelijke overeenkomsten zouden hun sanctie eerder in het strafrecht vinden. Het moge duidelijk zijn dat wanneer voorwerp of oorzaak van een overeenkomst werkelijk strijdig zouden zijn met de openbare orde, elke derde de vernietiging van de overeenkomst zou kunnen vragen. Dergelijke gevallen doen zich echter relatief schaars voor<sup>25</sup> <sup>26</sup>. In de meeste gevallen zijn oorzaak en voorwerp volledig rechtsgeldig, terwijl het loutere karakter van 'openbare orde' van de overheidsopdrachtenreglementering niet noodzakelijk gevolgen heeft ten aanzien van het contract.

18. Zij die voorstander zijn van het feit dat een overeenkomst gesloten op basis van een onregelmatige administratieve beslissing *sowieso* nietig zou zijn, lijken blijkbaar twee belangrijke concepten in het verbintenissenrecht te verwarren, nl. het bestaan van een toestemming bij een overeenkomst en de regelmatigheid van de oorzaak en het voorwerp ervan.

19. Een gebrek in de *toestemming* in een overeenkomst wordt volgens het Hof van Cassatie nooit gesanctioneerd met een absolute nietigheid doch slechts met een relatieve nietigheid<sup>27</sup> <sup>28</sup>.

Het is dan ook niet "*illogique d'admettre qu'un contrat de l'administration continue à produire ses effets si l'une des conditions de sa validité - à savoir l'acte administratif exprimant le 'consentement' de la personne publique - a été suspendue ou déclarée nulle rétroactivement*".<sup>29</sup> Het gaat immers enkel om de toepassing van de principes uit het gemene recht inzake contractuele verbintenissen en de rechtspraak van het Hof van Cassatie.

20. Het *voorwerp* van een overheidsopdracht is de uitvoering van de werken, levering of diensten, de tegenprestatie in hoofde van de overheid is de betaling van een prijs. Beide voorwerpen zijn volledig rechtsgeldig<sup>30</sup>.

21. Wat de *oorzaak* van de verbintenissen betreft, moet worden opgemerkt dat rechtspraak en rechtsleer het erover eens zijn dat een nietigheidsvordering inzake overeenkomsten in het algemeen slechts ontvankelijk is wanneer de onwettige oorzaak bestaat in hoofde van alle contractanten, minstens zou de co-contractant moeten weten dat er een onwettige oorzaak zou zijn in hoofde van de andere partij.

Er zou trouwens moeten worden aangetoond dat precies het onwettig karakter van de oorzaak van de overeenkomst, partijen zou hebben gebracht tot sluiten van de overeenkomst, hetgeen gelet op de aard van de overeenkomst hoogst onwaarschijnlijk is.<sup>31</sup>

De oorzaak van een synallagmatische overeenkomst in de moderne zin dient niet enkel te worden begrepen als de tegenprestatie geleverd door elk van de co-contractanten maar ook als de determinerende motieven die de partijen bewogen op het ogenblik dat de overeenkomst gesloten werd voor zover ze er waren op het ogenblik dat de rechtshandeling tot stand kwam, zodat partijen uitdrukkelijk of stilzwijgend toegaven dat deze motieven de voorwaarde zelf waren voor het akkoord van één van hen bij de overeenkomst<sup>32</sup>.

De overtreding van regels die betrekking hebben op de openbare orde en de goede zeden worden gesanctioneerd door een absolute nietigheid, ongeacht het voorwerp of de oorzaak d.w.z. de determinerende motieven, onwettig zijn.

Dit is kennelijk niet zo in de gevallen die, zoals

<sup>25</sup> Voor een toepassing : Cass., 5 april 1996, (Coëme/Unipol), *R.Cass.* 1996, 257.

<sup>26</sup> Het is evident dat zodra de oorzaak of het voorwerp van de opdracht *echt* tegen de openbare orde zou indruisen de overeenkomst bij toepassing van de artikelen 1131 en 1133 B.W. nietig zou zijn.

<sup>27</sup> Cass., 21 oktober 1971, *Pas.*, 1972, 1, 174, Van Ommeslaghe, P.

<sup>28</sup> PARMENTIER, Cl., "La volonté des parties", in *Les obligations contractuelles*, Jeune Barreau, Brussel, 1984, 53.

<sup>29</sup> Ph. FLAMME, "Les directives 'recours' et la récente évolution du contentieux des commandes publiques", *T.Aann.*, 1995, 11.

<sup>30</sup> FORIERS, P.A., "L'objet et la cause du contrat", in *Les obligations contractuelles*, Jeune Barreau, Brussel, 1984, 99; - HANNEQUART & DELVAUX, *op. cit.* 39.

<sup>31</sup> VAN GERVEN, W., *Verbintenissenrecht*, Acco, 1996-97, 80; - *Algemeen Deel*, 406 en 437.

<sup>32</sup> VAN OMMESLAGHE, P., "Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et la doctrine modernes", noot onder Cass. 13 november 1969, *R.C.J.B.*, 1970, 326 e.v.; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY EN B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - Verbintenissen", *T.P.R.*, 1994, 398 e.v.

het geval dat aanleiding gaf tot het geannoteerde arrest, aanleiding gaven tot het instellen van nietigheidsvorderingen m.b.t. overeenkomsten tussen de overheid en de onregelmatig gekozen aannemer<sup>33</sup>.

Het is inderdaad niet omdat de materie van de overheidsopdrachten tot de openbare orde zou behoren dat elke persoon de nietigverklaring van een overeenkomst gesloten tengevolge van een onregelmatige toewijzing zou kunnen vragen. Er moet trouwens worden opgemerkt dat indien de stelling dat al zou moeten worden aangenomen dat de wet op de overheidsopdrachten van openbare orde is, dit nog niet impliceert dat dit meer is dan een imperatieve bepaling, hetgeen een relatieve nietigheid voor gevolg heeft<sup>34</sup>. Het is bijgevolg geenszins tegenstrijdig<sup>35</sup> te overwegen dat de materie van de overheidsopdrachten de openbare orde raakt doch anderzijds te weigeren de overeenkomst in vraag te stellen.<sup>36</sup>

22. Het lijkt ons anderzijds onjuist en strijdig met het verbintenisrecht<sup>37</sup>, tenzij men de theorie van de afsplitsbare akte in zijn geheel in vraag wil stellen, voor te houden dat omdat de administratieve beslissing een overheidsopdracht toe te wijzen het algemeen belang raakt en niet enkel een particulier belang dat de overeenkomst die erop volgt absoluut nietig zou zijn en dat deze nietigheid door elke derde zou kunnen worden ingeroepen<sup>38</sup>. nu zowel oorzaak als voorwerp van de overeenkomst geldig (kunnen) zijn.

23. Men kan nog meer bezwaarlijk aannemen dat het bestuur zou beslissen de uitvoering van de overeenkomst niet verder te zetten en ten opzichte van zijn co-contractant zou inroepen dat de over-

eenkomst nietig is om zijn eigen schade te beperken<sup>39</sup>. Daarbij verliest men uit het oog dat indien de opdracht onregelmatig werd gegund en de overheid een fout beging, deze fout niet alleen schade (kan) berokkenen aan de onregelmatig uitgewonnen aannemer maar eveneens -wanneer de nietigverklaring van de overeenkomst zou worden uitgesproken- aan diegene aan wie de opdracht werd toegewezen.

24. Ook op het punt van het gerechtelijk privaatrecht moet men de vraag stellen naar het belang en de hoedanigheid van de uitgewonnen inschrijver om de nietigverklaring van de overeenkomst na te streven.

*Het belang* bestaat in het materieel of moreel voordeel dat de eiser kan halen uit de vordering die hij instelt<sup>40</sup>. Wat anderzijds telt om aan een partij *de hoedanigheid* toe te kennen, is niet dat de beeerde aanspraak al dan niet in rechte gegrond is, maar wel dat er tussen degene die handelt en het subjectief recht dat hij inroept, een rechtsband bestaat die deze partij de mogelijkheid geeft niet ervan te genieten maar wel er zich op te beroepen<sup>41</sup>. De hoedanigheid is "*l'élément qui, dans chaque hypothèse, vient préciser la légitimité du droit d'action et cela, par référence à la question substantielle sur laquelle porte le litige*"<sup>42</sup>. Ze is de uitdrukking van de bijzondere relatie tussen de betwisting enerzijds en de juridische situatie van de eiser of de verzoeker anderzijds<sup>43</sup>.

25. Toegepast op de overheidsopdrachtenreglementering moet men stellen dat wanneer een uitgewonnen inschrijver de schorsing - en de annulatie - van de overeenkomst vraagt omwille van het onwettig karakter van de oorzaak of het

<sup>33</sup> Zie o.m. Brussel, (kort geding), 25 maart 1993, *T.Aann.*, 1993, 233; Voorz. Rb. Brussel, 5 augustus 1997, *C.D.P.K.*, 1997, 639.

<sup>34</sup> Voor een uitgebreide bespreking HANNEQUART & DELVAUX, *op. cit.*

<sup>35</sup> En dit in tegenstelling tot de strenge kritiek van sommige auteurs, zie D. LAGASSE EN E. VAN NUFFEL, noot onder Voorz. Rb. Namen, 6 maart 1997, *J.L.M.B.*, 1997, 964, voetnoot 14.

<sup>36</sup> Voorz. Rb. Namen, 24 augustus 1994, *J.T.*, 1994, 693; Luik, 7 oktober 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 4.

<sup>37</sup> Zie DELVAUX A., in "*Commentaire Pratique de la réglementation des marchés publics*", 1998, Deel 2, 1714.

<sup>38</sup> LAGASSE D. en VAN NUFFEL E., *op. cit.*, 964, voetnoot 15.

<sup>39</sup> FLAMME, Ph., *op. cit.*, 11.

<sup>40</sup> VAN REEPINGHEN, Ch., Verslag over de gerechtelijke hervorming, *Parl. St., Senaat*, 1963- 64, nr. 60, 23.

<sup>41</sup> BOULARBAH, H., "La double dimension de la qualité, condition de l'action et condition de la demande en justice", *T.B.B.R.*, 1997, 67.

<sup>42</sup> GIVERDON, Cl., "La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice", *Dalloz, Chronique* 1, 952, 86.

<sup>43</sup> BOULARBAH, H., *op. cit.*, 67.

voorwerp ervan, hij geen rechtstreeks en persoonlijk belang heeft om aldus op te treden, nu de vernietiging hem niet persoonlijk en rechtstreeks ten goede zou komen zelfs al zou hij het initiatief hebben genomen tot de vordering. Zoals hierna zal worden uiteengezet, zou de overheid eens de opdracht en de overeenkomst vernietigd, als enige verbintenis hebben een nieuwe gunningsprocedure te organiseren en niet de verbintenis de opdracht aan de eiser in nietigverklaring toe te wijzen. In deze mate is het betwistbaar dat de onregelmatig uitgewonnen aannemer het recht zou hebben de nietigheid na te streven van de overeenkomst op de basis van de artikelen 1131 en 1133 B.W.

Bij gebreke aan een persoonlijk subjectief recht op de nietigverklaring van het contract, is een vordering tot nietigverklaring onontvankelijk daar de niet-weerhouden aannemer niet de hoedanigheid heeft om dit te vorderen. Het enige gevolg van een onregelmatige toewijzingsbeslissing is dat het bestuur een fout heeft begaan die door hem kan worden ingeroepen om zijn recht op 'herstel' te rechtvaardigen. Men ziet echter bezwaarlijk in welke rechtvaardiging op juridisch vlak zou kunnen worden gevonden om de schorsing of de vernietiging van een overeenkomst uit te spreken.

26. Hieruit moet o.i. worden afgeleid dat de overeenkomst gesloten in het kader van de overheidsopdrachten op basis van *het enkele feit* dat de voorafgaande administratieve beslissing onregelmatig werd bevonden niet *in se* strijdig is met de openbare orde.

### C. Grenzen aan het gemeenrechtelijk herstel in natura

27. Afgezien van de beperkingen aan de mogelijkheid tot het bekomen van rechtsherstel in natura, voortvloeiend uit de theorie van de wilsgebreken, zijn er m.b.t. het vraagstuk nog verschillende problemen die voortvloeien uit het leerstuk van de onrechtmatige daad.

Ter zake is het Cassatie-arrest van 26 juni 1980<sup>44</sup>

ten zeerste interessant, nu het de perken bepaald van de aanspraak op herstel in natura in het algemeen. BOCKEN<sup>45</sup> zet omstandig uiteen dat het arrest van het Hof van Cassatie niet alleen de mogelijkheid raakt voor de rechter om een bevel of verbod op te leggen aan de uitvoerende macht, het is ook van belang voor een algemeen inzicht in de sancties die de rechter, los van de identiteit van de verweerder, kan uitspreken in het kader van een aansprakelijkheidsvordering. *"In dit verband bevestigt het Hof van Cassatie een eerste regel : het slachtoffer van een onrechtmatige daad heeft het recht herstel in natura te vorderen. De rechter kan het niet verplichten genoeg te nemen met een geldelijke vergoeding voor het geleden verlies (...)* Op deze regel zijn twee uitzonderingen, aldus het Hof van Cassatie. *De eerste betreft het geval waar herstel in natura onmogelijk is. De tweede verrast evenmin, want zij ligt in de lijn van de vroegere rechtspraak : de vordering tot herstel in natura moet afgewezen worden wanneer zij rechtsmisbruik uitmaakt. Aan deze uitzonderingen kunnen wij een derde toevoegen, die eveneens voor de hand ligt. Herstel in natura is niet mogelijk indien de wet zelf het recht van het slachtoffer om deze vorm van herstel te vorderen beperkt.*"<sup>46</sup>

28. De basis voor het herstel in natura inzake overheidsopdrachten zijn de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek. Het is dus leerszaam de hierboven vermelde algemene principes toe te passen op de overheidsopdrachten.

29. Een eerste uitzondering betreft het geval dat herstel 'in natura' *onmogelijk* is.

De vraag rijst of dit herstel in natura inzake overheidsopdrachten sowieso mogelijk is.

De rechter kan zich immers niet in de plaats stellen van het bestuur door maatregelen voor te schrijven met betrekking tot aangelegenheden waarover de wetgever aan de overheid beleidsvrijheid heeft gelaten. Nu het bestuur, wanneer het bepaalt wat het algemeen belang vereist<sup>47</sup> een (al dan niet

<sup>44</sup> *Arr. Cass.*, 1979-1980, 1365, nr. 686.

<sup>45</sup> BOCKEN, H., "Herstel in natura, een rechtelijk bevel of verbod", in *Liber amicorum Jan Ronse*, 493

<sup>46</sup> *Op. cit.*, 500, randnr. 10.

<sup>47</sup> Hetgeen volgens D'HOOGHE -terecht- per definitie, steeds het geval is in zake overheidshandelen. Zie zijn commentaar bij artikel 4, in : *Tekst en Toelichting*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 10; - zie ook HANNEQUART & DELVAUX, *op. cit.*, 33.

grote) beslissingsbevoegdheid heeft, bestaat er een moeilijkheid/onmogelijkheid tot "herstel in natura" over te gaan omdat het bestuur omwille van het principe van de scheiding der machten niet gebonden kan worden door hetgeen de rechter tussen partijen beslist heeft<sup>48</sup>.

Indien de rechter een bevel of verbod zou geven om 'onrechtmatig' gedrag te voorkomen, mag hij geen stelling nemen op punten waaromtrent de wetgever het bestuur beleidsvrijheid gaf.

Welke tussenkomst de rechter ook zou doen, hij zou *nooit* een toewijzingsbeslissing van een overheidsopdracht mogen nemen in plaats van de overheid. Het zogenaamde principe van uitvoering in natura is onbestaande nu de 'uitgewonnen' aannemer via een rechterlijke tussenkomst nooit effectief een opdracht zou kunnen bekomen<sup>49</sup>.

30. Een tweede beperking vloeit voort uit het (algemeen verbintenisrechtelijk) verbod van *rechtsmisbruik*. Dit houdt in dat een partij bij het nastreven van herstel geen schade mag berokkenen die groter is dan het voordeel dat zij bekomt.

Riskeert dit niet dikwijls het geval te zijn wanneer een aannemer zijn privébelangen nastreeft ten nadele van het algemeen belang dat vraagt dat een bepaald werk (levering / dienst) wordt uitgevoerd?

Een bijkomend element is het proportionaliteitsbeginsel dat altijd wordt ingeroepen als beginsel van behoorlijk bestuur tegen de overheid doch dat ook door de overheid zelf zou kunnen worden ingeroepen<sup>50</sup>. Indien men aanneemt dat hetgeen de overheid doet gebeurt in het algemeen belang, moet men evenzeer de conclusie trekken dat het loutere privébelang van één enkele vermeende *onwettig geweerde* aannemer dikwijls niet tegen dat belang kan ingaan<sup>51</sup>.

Het leerstuk van de belangenafweging uit het algemeen verbintennisrecht dat trouwens expliciet opgenomen werd in de beroepsrichtlijn (arti-

kel 2.4) brengt ons tot dezelfde conclusie.

Ook bij het beoordelen van een gemeenrechtelijke schadeloosstelling moet de rechter bij het bepalen van het herstel tot een belangenafweging overgaan. "Afgezien van de verschillende specifieke vormen van herstel wordt echter wel eens beweerd dat, waar de eiser een herstel in natura vordert, de rechter dit noodzakelijk zou moeten toestaan. Men houdt ook voor dat de rechter dit zou moeten doen, wanneer de verweerder het aanbiedt. M. a. w. als het slachtoffer het vordert of de verweerder het aanbiedt zou de rechter het herstel in natura moeten bevelen. Deze absolute stelling blijkt op geen enkele grondslag te berusten. De rechter is er immers slechts toe gehouden een juist passend herstel te bevelen, over de aard ervan beslist hij vrij. Hij dient dan ook slechts te streven naar een zo goed mogelijk herstel, hierin geleid door de vergelijkende belangenwaardering van de belangen der partijen, mits redelijke voorkeur aan die van de benadeelde. Aldus zou de rechter een schadeloosstelling in specifieke vorm kunnen weigeren, wanneer zij al te zwaar zou wegen op de aangesprokene, terwijl de benadeelde degelijk schadeloos gesteld zou zijn door een gelijke vergoeding, en hij derhalve geen enkel regelmatig belang zou kunnen laten gelden dat opweegt tegen de bevrijding van zijn schuldenaar op minder zware wijze"<sup>52</sup>

31. Maken de voorstanders van het herstel "in natura" tenslotte geen abstractie van de geldig tot stand gekomen rechten van derden, die zich ertegen verzetten dat deze ongedaan zouden worden gemaakt, zoals terecht door het geannoteerde arrest werd overwogen?

32. Een derde beperking bestaat indien *de wet zelf* het recht van het slachtoffer van een onrechtmatige daad beperkt<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> BOCKEN, *op.cit.*, 497, randnr. 6.

<sup>49</sup> In dezelfde zin STEVENS, J., "Rechtscontrole van de overheidsopdrachten", *T.B.P.*, 1994, (303) 312, rn. 3.1. "Bij overheidsopdrachten heeft de uitgewonnen aannemer geen exclusief recht op het bekomen van het contract"; - HANNEQUART & DELVAUX, *op.cit.*, 33

<sup>50</sup> Vgl. VAN GERVEN, W., "Beginselen van behoorlijk handelen", *R.W.* 1982-83, 961.

<sup>51</sup> Cfr. noot 50; - D'HOOOGHE, D., *De gunning...*, 718, rn. 1485: "Bovendien zijn de mogelijke gevolgen van de nietigverklaring, namelijk de stopzetting van de bedongen prestaties, vooral bij overheidsopdrachten van werken, moeilijk met de vereisten van het algemeen belang en de continuïteit van de openbare dienst in overeenstemming te brengen".

<sup>52</sup> RONSE J., *Schade en Schadeloosstelling*, *A.P.R.*, 2e uitg. randnrs 290-291 met talrijke referenties.

<sup>53</sup> BOCKEN, *op. cit.*

Uit de wetgeving op de overheidsopdrachten blijkt dat de wetgever zelf de zogenaamde schadevergoeding 'in natura' heeft uitgesloten. Artikel 15 van de wet van 24 december 1993<sup>54</sup> legt uitdrukkelijk de schadevergoeding vast, verschuldigd inzake openbare aanbestedingen aan een ten onrechte geweerde inschrijver, en bepaalt dat de schadeloosstelling bestaat in 10% van de prijs van de overheidsopdracht, waarbij noodzakelijkerwijze elke andere vorm van schadeloosstelling is uitgesloten<sup>55</sup>.

Zo heeft het Hof van Beroep van Luik -o.i. terecht- beslist in het arrest van 7 oktober 1996<sup>56</sup> dat de wetgever van 1976 wel degelijk een specifieke van het gemeen recht afwijkende regeling had tot stand gebracht, omdat de sanctie in geval van een onwettige wering van een aannemer erin bestaat de schade naar equivalent te herstellen, door een schadeloosstelling van 10 % en op grond van de overweging dat in het algemeen een bijzondere bepaling een globale regeling ter zijde schuift. Het Hof van Beroep voegde eraan toe dat indien de politiek van het voldongen feit moet voorkomen worden, dat niet mag gebeuren ten koste van de rechtszekerheid.

33. Ook uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt dat het Hof (minstens impliciet) de mening van dit Hof van Beroep is toegedaan, nu inzake artikel 12 van de wet van 1976, uitdrukkelijk werd geoordeeld dat de algemene regels qua schadeloosstelling (wettelijke intresten, vergoeding voor muntontwaarding) *niet* van toepassing zijn: de intresten lopen maar vanaf een ingebrekestelling, er kan geen vergoeding voor muntontwaarding worden toegekend...<sup>57</sup> en dit terwijl dit in het geval van een onrechtmatige daad precies wel kan.

Nu de basis voor het zgn. herstel in natura de regels inzake onrechtmatige daad zijn, moet worden vastgesteld dat het Hof van Cassatie, op de vergoeding die aan de schadelijder in het kader van een overheidsopdracht toekomt, evenmin de algemene regels toepast...

34. Artikel 16 van de wet van 1993 anderzijds dat het heeft over offerte-aanvragen, stelt een beperking aan de tussenkomst van de rechter m.b.t. de keuze van schadeloosstelling voornamelijk omdat de overheid over een grote appreciatievrijheid beschikt zodat het zeer uitzonderlijk zou zijn dat een aannemer zou kunnen aantonen een absoluut recht te hebben op het bekomen van de opdracht<sup>58</sup>.

#### Conclusie

35. Op basis van deze beschouwingen menen wij dat moet worden vastgesteld dat de preventieve tussenkomst van de rechter van het gerechtelijk recht tegenover overeenkomsten gesloten in het kader van de overheidsopdrachten waarvan aangevoerd zou worden dat zij gebaseerd zijn op een onregelmatige administratieve beslissing, in het algemeen niet tot gevolg kan hebben dat de overeenkomst zou kunnen worden vernietigd en vandaar voorafgaandelijk geschorst.

Wij sluiten ons graag aan bij Ludovic DE GRUYSE die erop wijst dat "*gezien de erge gevolgen van de nietigheid voor het rechtsverkeer en de rechtszekerheid, men erover moet waken de sanctie niet verder te doen gaan dan nodig is voor het doel, nl. het beveiligen van de door de betrokkenen geschonden- rechtsnorm beoogde belangen (...). Telkens moet in concreto worden onderzocht op welke wijze de sanctie van nietigheid het best, in functie van haar doel, wordt toegekend en uitgeoefend. De nietigheid als zeer ernstige sanctie, moet aangepast blijven aan haar doel en is daardoor ook beperkt : het toepassen van de nietigheidssanctie moet maatwerk blijven*"<sup>59</sup>.

Het komt ons voor dat deze overwegingen inzake overheidsopdrachten uit het oog worden verloren. Kan de nietigheid van een overheidscontract opwegen tegen de privé-belangen van een beweerd onheus behandelde aannemer? Moet de nietigheidssanctie omwille van het zgn. openbare orde-

<sup>54</sup> Zoals artikel 12 van de wet van 1976.

<sup>55</sup> Dit volgt evenzeer uit de historiek van deze bepaling en de voorbereidende werken ter zake *Pasin.*, 1963, 271-272 en 1976, 1617-1618.

<sup>56</sup> *J.L.M.B.*, 1997, 4.

<sup>57</sup> Cass., 15 december 1994, *Arr. Cass.*, 1994, nr 558, I114; recent nog bevestigd door Cass., 12 februari 1998, *onuitgegeven*.

<sup>58</sup> HANNEQUART & DELVAUX, *op. cit.*, 723, randnr. 16.

<sup>59</sup> De nietigheid in het algemeen overeenkomstenrecht, in "*Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 2, 304.

karakter van de reglementering, per definitie uitgesproken worden?

36. Met DE GRUYSE bepleiten wij dan ook terughoudendheid tegen bepaalde sancties : de sanctie van nietigheid mag *niet méér* worden toegepast en *niet verder* reiken dan nodig. De kring aanspraakgerechtigden op deze sanctie mag niet nodeloos worden verruimd. Het lijkt al te gemakkelijk te opteren voor 'absolute' nietigheden die door 'iedereen' zouden kunnen worden ingeroepen.

De inschrijver die herstel in natura zou wensen te bekomen, zou o.i. moeten aantonen dat de nietigheid werkelijk de grondvesten van de samenleving raakt, niet enkel het eigen nastreven van

winstoogmerk...

Van de overheid wordt gevraagd dat zij een beleid voert. Verre van te beweren dat dit buiten de rechtsregels zou kunnen, moet haar dan toch een zekere latitude gelaten worden, zelfs met een zekere marge van 'vergissingen'. Dit klemt des te meer nu de nieuwe overheidsopdrachtenreglementering zo ingewikkeld geworden is, dat het bijna ondenkbaar is dat het bestuur bij het toewijzen van opdrachten *geen* vergissingen zou begaan. Men kan bezwaarlijk voorhouden -gelet op het economisch (en vandaar *algemeen*) belang van de sector - dat de overheden zich zouden moeten hullen in een pusillaniem immobilisme.

Katelijne RONSE & Hakim BOULARBAH  
Advocaten