

Absolute nietigheid van (alle?) overeenkomsten gesloten door aanbesteder met schending van het gelijkheids- en transparantiebeginsel

Het Hof van Cassatie heeft in een bijzonder boeiend arrest van 22 januari 2021 (C.19.0303.N) – voortbouwend op een arrest van het Hof van Justitie van 14 november 2013 (C-221/12) n.a.v. een prejudiciële vraag in het kader van hetzelfde geschil – geoordeeld dat de verplichting om het gelijkheids- en transparantiebeginsel vervat in de artikelen 49 (vrijheid van vestiging) en 56 (vrij verkeer van diensten) van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ('VWEU') te eerbiedigen ter vrijwaring van de eerlijke mededinging, "een juridische grondslag is van de economische en morele orde van de samenleving" (en aldus van openbare orde is).

Het Hof van Cassatie stelt op basis van deze opvatting dat een overeenkomst waarin een 'aanbestedende dienst' met miskenning van voornoemd gelijkheids- en transparantiebeginsel aan een marktdeelnemer uit dezelfde lidstaat een dienstenconcessie gunt met een duidelijk grensoverschrijdend belang, "een toestand doet ontstaan die in strijd is met de openbare orde en bijgevolg volstrekt nietig is bij gebrek aan geoorloofd voorwerp". Wanneer evenwel zou worden vastgesteld dat er geen enkele potentiële marktspeler was of indien dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk zouden maken dat de opdracht of de concessie voortgang vindt, zou de sanctie van de absolute nietigheid volgens het Hof getemperd kunnen worden.

Dat nu ook het Hof van Cassatie uitdrukkelijk aangeeft dat deze algemene (Europeesrechtelijke) beginselen van openbare orde zijn, heeft tot gevolg dat op basis van deze rechtspraak besloten kan worden dat minstens overeenkomsten met een grensoverschrijdend belang die een exclusief economisch recht toekennen aan een private partij, maar niet onder de overheidsopdrachtenregelgeving vallen, in principe absoluut nietig zijn wanneer zij in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel gesloten worden. Het arrest vormt in die zin een bevestiging van o.a. de zogenaamde Kinopolis-rechtspraak waarbij het Hof van Beroep te

Antwerpen in een arrest van 25 februari 2019 (voortbouwend op het vernietigingsarrest van de Raad van State van 23 december 2015, nr. 233.355) oordeelde dat een erfpachtovereenkomst gesloten zonder voorafgaande bekendmaking en zonder mededinging absoluut nietig is wegens strijdigheid met de openbare orde.

De vraag rijst of dit cassatiearrest ook één op één toepassing kan vinden op overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten die onder het huidige wetgevend kader vallen, en in het bijzonder onder de Rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013. Voornoemde wet voorziet immers in de ‘onverbindendverklaring’ als specifieke sanctie voor opdrachten die gesloten worden met miskenning van de (Europese) bekendmakingsvoorschriften of de voorschriften m.b.t. de wachttermijn, waarbij de gevolgen gelijkaardig zijn aan de nietigheid (vernietiging alle contractuele verbintenissen met terugwerkende kracht). Het uitgangspunt hierbij is dat eens de termijnen die de wet hiervoor voorziet verstreken zijn, de opdracht niet meer ‘geschorst of onverbindend’ kan worden verklaard door een verhaalinstantie, welke die ook zij. De ‘onverbindendverklaring’ is evenwel geen gekend begrip in het Belgisch verbintenissenrecht: de Belgische wetgever heeft dit letterlijk overgenomen uit de Rechtsbeschermingsrichtlijn van 11 december 2007 en daarbij nagelaten om in de wetgeving eenduidig de verhouding tussen de rechtsfiguren van de onverbindendverklaring en de nietigheidsvordering te regelen, waardoor het tot op heden niet duidelijk is of een nietigheidsvordering op basis van het gemeen recht in deze context nog een bestaan heeft naast de onverbindendverklaring. Het Hof van Justitie hecht in zijn rechtspraak inzake de onverbindendverklaring weliswaar een groot belang aan rechtszekerheid voor gesloten overeenkomsten (zie o.a. HvJ 11 september 2014, C-19/13 en HvJ 26 november 2015, C-166/14), maar heeft zich hierover nog niet expliciet uitgesproken.

De zaak die het Hof van Cassatie in het arrest van 22 januari 2021 diende te beoordelen handelde over concessieovereenkomsten van diensten (inzake kabelnetwerken) gesloten op 26 november 2007 en 28 juni 2008 (alsook verwante overeenkomsten die in uitvoering hiervan tot stand zijn gekomen). De rechtsfiguur van de ‘onverbindendverklaring’ is pas bij wet van 23 december 2009 (in werking getreden op 25 februari 2010) in omzetting van de Rechtsbeschermingsrichtlijn van 11 december 2007 geïntroduceerd in de Belgische wetgeving (toen geïntegreerd in de overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993). Aangezien de onverbindendverklaring aldus nog niet van toepassing was in de Belgische wetgeving op het moment van de kwestieuze miskenning van het gelijkheids- en transparantiebeginsel, dienden de betrokken partijen en het Hof van Cassatie in deze zaak het hoofd niet te breken over de mogelijks beperkende werking van de onverbindendverklaring op de nietigheidsvordering.

Het Hof van Cassatie spreekt zich evenwel uit in algemene bewoordingen, los van enig toepasselijk wetgevend kader inzake overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten, hetgeen zou kunnen doen besluiten dat de in dit arrest aangehaalde principes steeds gelden. De enige wetsbepalingen die het Hof in dit arrest in ogenschouw neemt, zijn artikelen 6 en 1108 Oud Burgerlijk Wetboek en artikelen 49 en 56 VWEU. Artikelen 6 en 1108 Oud Burgerlijk Wetboek en het gelijkheids- en

transparantiebeginsel zoals vervat in de artikelen 49 en 56 VWEU zijn uiteraard ook van toepassing op overeenkomsten met grensoverschrijdend belang waarop de huidige overheidsopdrachtenwetgeving (en ook de sanctie van de onverbindendverklaring) wél van toepassing is. Gelet op deze algemene bewoordingen en het belang dat het Hof van Cassatie hecht aan de eerbiediging van het gelijkheids- en transparantiebeginsel, lijkt het op basis van dit arrest niet uitgesloten dat het Hof van Cassatie de deur open laat voor het bestaan van de nietigheidsvordering naast de rechtsfiguur van de onverbindendverklaring. De toekomst zal dit moeten uitwijzen, waarbij het bijzonder interessant zal zijn om te zien hoe het belang dat het Hof van Cassatie en het Hof van Justitie in het licht van artikelen 49 en 56 VWEU hechten aan het gelijkheids- en transparantiebeginsel zich zal verhouden tot het belang dat het Hof van Justitie in het kader van het overheidsopdrachtenrecht hecht aan rechtszekerheid.

Voor meer informatie over dit onderwerp kunt u contact opnemen met Kris Lemmens en Carlo Cardone.

Mechelsesteenweg 127A, b1 - 2018 Antwerpen

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

Regentschapsstraat 58 bus 8 - 1000 Brussel

info@schoups.be

www.schoups.com