

De leer van de afsplitsbare rechtshandeling: ook toepasselijk na de gunning van de overheidsovereenkomst?

1 Inleiding¹

1. In België hebben wij als burger het privilege om in een rechtstaat te leven. De handhaving van deze rechtstaat is echter een dagelijkse strijd. De nood aan een dergelijke strijd kwam recent onder meer naar boven binnen het raam van de maatregelen die de overheden wensten te nemen na de dramatische gebeurtenissen van 22 maart 2016.² Een aspect van de aanwezigheid van een rechtstaat is de toegang die de burger heeft tot een rechter om zich onder meer te beschermen tegen de beslissingen van overheden.³ Die rechter moet bovendien een effectieve rechtsbescherming kunnen waarborgen. Men vindt deze waarborgen vooral terug in de artikelen 6 en 13 van het EVRM en binnen de Europese Unie in artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

Ten aanzien van beslissingen van een overheid heeft de Belgische grondwetgever reeds in 1831 een bijzondere bescherming voor de burger willen verzekeren. Het toenmalige artikel 107 van de Grondwet (het huidige art. 159 Gw.) gaf de rechter een zeer ruime bevoegdheid om overheidsbeslissingen op hun wettigheid te toetsen. Deze bepaling staat centraal in ons grondwettelijk bestel: "Artikel 159 van de Grondwet, die aan de rechterlijke macht een controlebevoegdheid verleent ten aanzien van de uitvoerende macht, is een van de scharnierbepalingen van het stelsel van wederzijdse controle tussen de verschillende machten. De bepaling belast meer bepaald elke rechter met een toezicht op de wettigheid van de besluiten en verordeningen van de uitvoerende macht die hij in een bepaald geschil toepast. Zij is om die reden 'het sluitstuk' van de rechtsbescherming en de 'hoeksteen van het grondwettelijk bestel' genoemd en ook 'une des dispositions les plus importantes du droit public belge'".⁴ De totstandkoming van de Raad van State in 1946 heeft hieraan nog een dimensie toegevoegd. Immers, dit hoogste rechtscollege had vanaf toen de mogelijkheid om bestuurshandelingen nietig te verklaren. Uiteindelijk heeft de Grondwetgever deze bevoegdheid zelf in 1993 gelegitimeerd door het bestaan van de Raad van State te erkennen.⁵

1 Ik wens hierbij Kamervoorzitter Dierk VERBIEST en Auditeur Raphaël BORN hartelijk te danken voor hun grondige lectuur van een eerdere versie van huidige bijdrage.

2 Zie o.a. de parlementaire debatten in het raam van de wijziging van art. 12 Gw. over de duur van de termijn van aanhouding: *Parl.St.* Kamer, DOC 54, nr. 2056/004.

3 RvS 27 juni 2000, nr. 88.281, Dinnecourt.

4 J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid*, Brugge, die Keure, 2011, 7, nr. 6.

5 Ingevoegd door de grondswetswijziging van 18 juni 1993, BS 29 juni 1993.

2. De leer van de afsplitsbare rechtshandeling ontleent haar ontstaan aan de gedachte om de burger een zo optimale rechtsbescherming te waarborgen. Ze vormt aldus een onderdeel van de waarborgen waarover een burger beschikt teneinde bescherming te genieten ten aanzien van de overheid.

Op grond van de bestaande rechtspraak van de Raad van State en het Hof van Cassatie lijkt deze leer in België ook nog niet begraven. Integendeel, de hoogste rechtscollages, en dan vooral de Raad van State, hebben de laatste jaren arresten uitgesproken die de leer nieuwe impulsen geven of minstens lijken te geven. Zo is er de laatste tien jaar rechtspraak ontstaan waarin de Raad van State zijn bevoegdheid expliciet of impliciet erkent om ook bepaalde overheidsbeslissingen genomen *tijdens de uitvoering van of bij de beëindiging van een overeenkomst* te beoordelen op hun wettigheid.⁶ De rechtsleer heeft die tendensen ook opgepikt en regelmatig verschijnen er bijdragen die ingaan op deze leer.⁷

Echter, de meeste bijdragen handelen hoofdzakelijk over de mogelijke invloed van een nietigverklaring of schorsing van een afsplitsbare rechtshandeling op het bestaan van de overeenkomst. Huidige bijdrage wenst op dit element van de leer niet in te gaan. Eerder onderzoekt ze in welk kader de leer zich situeert, waarbij de auteur hoopt een kader te vinden dat een eenduidige toepassing van de leer toelaat. Daarbij gaat de bijdrage vooral in op de beslissingen die een overheid neemt tijdens de uitvoering van of bij de beëindiging van een overeenkomst. In de eerste plaats herinnert de bijdrage aan de historische wortels van de leer. Vervolgens situeert de bijdrage de leer binnen de procedure bij de Raad van State en gaat na in welke mate de gewone rechter ook iets vergelijkbaars toepast of zou kunnen toepassen. De bijdrage behandelt hoofdzakelijk de rechtspraak verschenen na het arrest *Rudelopt*.

2 Historische wortels

2.1 Frankrijk

3. In het licht van een afdoende rechtsbescherming voor de derde bij de gunning van een '*contrat administratif*' en teneinde administratieve rechtbanken toe te laten hun licht te laten schijnen op de beslissing tot het gunnen of sluiten van het contract, heeft de Franse Conseil d'État begin van vorige eeuw de leer van de *acte détachable* (afsplitsbare rechtshandeling) ontwikkeld.

6 Dit begon met het arrest *Rudelopt*: RvS 25 september 2007, nr. 174.964, *Rudelopt*, *APT* 2010, 194, met noot P. GOFFAUX.

7 D. LAGASSE, "La théorie des actes détachables est-elle dans une impasse? Les actes de gouvernement renaissent-ils au contraire de leurs cendres?", noot onder RvS 5 september 1997, nr. 67.990, *RCJB* 1999, 8-24; D. LAGASSE, "La théorie administrative des actes détachables remise en cause par le Conseil d'État?" in *Mélanges Philippe Gérard*, Brussel, Bruylant, 2002, 315 e.v.; D. LAGASSE, "La théorie des actes détachables sort-elle de l'impasse?", noot onder RvS 14 april 2005, nr. 142.998, 14 april 2005, *JT* 2005, 624 e.v.; P. NIHOUL, "Le Conseil d'État et les marchés publics; je t'aime, moi non plus", *T.Ann.* 2005, 47 e.v.; P. GOFFAUX, "La théorie de l'acte détachable et les actes postérieurs à la conclusion du contrat: l'exemple de la résiliation d'une concession domaniale", noot onder RvS 25 september 2007, nr. 174.964, *Rudelopt*, *APT*, 2010, 194-215; F. BELLEFLAMME, "L'annulation de la décision d'attribution d'un contrat administratif et ses conséquences civiles", *APT*, 2011/3, 259 e.v.; K. WAUTERS en T. CAMBIER, "Illégalité de l'acte détachable: quels sont les effets une fois le contrat conclu?" in *Le temps et le droit. Hommage au Professeur Closset Marchal*, Brussel, Bruylant, 2013, 607 e.v.; M. DE GROOT, "De rechtsmachtverdeling tussen de burgerlijke rechter en de Raad van State voor de eenzijdige beëindiging van overeenkomsten: de grondslag en het motief voor de beëindiging van de concessie als demarcatiecriterium", noot onder RvS 14 oktober 2014, nr. 228.744, *NV Synergie*, *RW* 2016-17, 265-270; P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Brussel, Bruylant, 2016, v° *acte détachable*; L. DONNAY en P. LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, Brussel, Larcier, 2017, 116-139; I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 157-159.

Een bestuursrechtbank is traditioneel in het kader van een objectief contentieux (*'le recours pour excès de pouvoir'* – de vordering wegens machtsoverschrijding of de bevoegdheid tot nietigverklaring van eenzijdige bestuurshandelingen) niet bevoegd om uitspraak te doen over een verzoekschrift tot nietigverklaring gericht tegen de overeenkomst zelf.⁸ Inzake de rechtsbescherming voor een derde (*i.c.* de persoon die de overheid niet gekozen heeft om de overeenkomst uit te voeren) was dit problematisch omdat men er in de 19e eeuw in Frankrijk in het algemeen van uitging dat de overeenkomst één geheel vormt met de beslissingen voorafgaand aan de totstandkoming ervan en dat bijgevolg vanaf de totstandkoming van de overeenkomst de bestuursrechter ook niet bevoegd was voor de hieraan voorafgaande beslissingen.⁹ De derde werd dan verder in Frankrijk de mogelijkheid ontzegd om voor de bodemrechter de nietigverklaring van de overeenkomst zelf te vorderen, omdat de rechter deze overeenkomst als een *res inter alios acta* (rechtshandeling tussen partijen) beschouwde.

Aldus schortte er iets aan de rechtsbescherming van deze derde. Hij kon noch een *recours pour excès de pouvoir* aanhangig maken bij een bestuursrechter, noch een *recours de pleine juridiction* (beroep met volle rechtsmacht) tegen de overeenkomst zelf. Hij had wel de mogelijkheid om een schadevergoeding te vorderen. Dit gaf hem echter niet de kans om een herstel in natura te verkrijgen, laat staan om zelf nog de overeenkomst uit te voeren.

4. De klassieke rechtsleer ziet in twee arresten van de Franse Conseil d'État gevelde in het begin van de 20ste eeuw¹⁰ een ommekeer in voornoemde gedachtegang en een reële bevestiging van de leer van de afsplitsbare rechtshandeling.¹¹

De leer van de 'afsplitsbare rechtshandeling' is er gekomen om de derde toch een vorm van rechtsbescherming te verlenen bij de gunning van een *contrat administratif*.¹² Anders dan bij een overeenkomst tussen privépersonen wordt de totstandkoming van een overeenkomst met een overheid voorafgegaan door een hele reeks eenzijdige overheidsbeslissingen, waarvoor in beginsel de Conseil d'État in het raam van de *recours pour excès de pouvoir* bevoegd is.¹³ In latere arresten bevestigt de Conseil d'État dat de leer van de afsplitsbare rechtshandeling ook geldt voor de gunningsbeslissingen, die in beginsel een geheel vormen met de overeenkomst zelf.¹⁴ De Conseil d'État heeft een heleboel voorafgaande beslissingen aan de overeenkomst als afsplitsbare rechtshandelingen be-

8 C.A. COLLIARD, "La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence du Conseil d'État" in X, *L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, 117 en de verwijzingen in noot 1.

9 A. DE LAUBADERE, F. MODERNE en P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, t. 2, Paris, LGDJ, 1984, 1035-1036; D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1991, 294, nr. 408; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLLE en G. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2007, 95, nr. 1.

10 C.E. Commune de Gorre, 11 december 1903, *Lebon*, 770; C.E. Martin, 4 augustus 1905, *Lebon*, 749, concl. ROMIEU.

11 G. PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, Éditions A. Pédone, 1945, 580-581. In zijn standaardwerk over de *contrats administratifs* trekt prof. RICHER met verwijzing naar een proefschrift het innovatieve karakter van deze rechtspraak echter in twijfel en stelt hij dat de aanvaarding van het afsplitsbaar karakter van de voorafgaande eenzijdige beslissingen aan een *contrat administratif* reeds terug te vinden was in eerdere rechtspraak van de Conseil d'État: L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2006, 176, nr. 258 met verwijzing naar L. FOLLIO, *Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle*, Paris II, 1994, 240 e.v.

12 Concl. C.E. 4 augustus 1905, Martin, *Rec.*, 749 aangehaald door G. DARCY, "Variations sur l'acte détachable du contrat" in G. CLAMOUR en M. UBAUD-BERGERON (eds.), *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Vol. I, Montpellier, 2006, 505.

13 D. CHABANOL, "Les effets sur le contrat de l'annulation de l'acte détachable", *ACCP* 2003, nr. 27, 32.

14 C.E. 8 april 1911, Commune d'Ousse-Suzan, *Rec.* 468; C.E. 9 novembre 1934, Chambre de commerce de Tamatave, *Rec.* 1034; C.E. 7 februari 1936, Département de la Creuse, *Rec.* 171; C.E.Ass. 30 maart 1973, Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'équipement, du logement et du tourisme, *Rec.* 264; C.E.Ass. 16 april 1986, Compagnie Luxembourgeoise de télédiffusion, *Rec.* 96.

schouwd.¹⁵ De ontvankelijkheid van de vordering ten aanzien van deze beslissingen geeft de Conseil d'État de mogelijkheid om ze te schorsen of te vernietigen.

In dat kader is nog vermeldenswaard dat de Franse Raad van State heel recent de leer van de afsplitsbare rechtshandeling verlaten heeft, behalve wat de *déféré préfectoral* betreft.¹⁶ ¹⁷ Immers, de Conseil d'État biedt derden nu de mogelijkheid om rechtstreeks de nietigverklaring van de overeenkomst te vorderen.¹⁸

2.2 België

5. Over de leer van de afsplitsbare rechtshandeling is, voor zover nagegaan kon worden, vóór de oprichting van de Raad van State geen enkele bijzondere studie verschenen die de toepasbaarheid van deze leer in België onderzoekt.

MOUREAU brengt in een proefschrift van 1937 de leer ter sprake als een van de uitzonderingen in Frankrijk op het verbod van een parallelle bevoegdheid¹⁹ tussen de Raad van State en de gewone rechter.²⁰ Deze passages worden gezien als de voorbereiding van deze leer in de rechtspraak van de Belgische Raad van State.²¹

Deze laatste heeft reeds in een van zijn eerste arresten impliciet de leer van de afsplitsbare rechtshandeling toegepast, zich hierbij volledig inspirerend op de equivalente Franse leer.²² De Belgische Raad van State heeft aldus, in tegenstelling tot de Franse Raad van State, nooit overwogen om de overeenkomst als een geheel te beschouwen en zich dus in alle hypothesen onbevoegd te verklaren in geval van een probleem gerezen naar aanleiding van een overeenkomst gesloten door een overheid.²³ MOUREAU vermoedt dat de evidentie van de leer van de afsplitsbare rechtshandeling in België, in tegenstelling tot Frankrijk, te wijten kan zijn aan het feit dat men reeds eerder in het Belgische rechtstelsel deze leer toepaste. Hij verwijst daarbij naar het feit dat de bevoegdheid van de toezichthoudende overheden werd erkend om beslissingen, voorafgaand aan en ter ondersteuning van een overeenkomst, nietig te verklaren.²⁴

15 A. DE LAUBADERE, F. MODERNE en P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, t. 2, Paris, LGDJ, 1984, 1037-1039.

16 Voor bepaalde rechtshandelingen van lokale besturen bestaat er in Frankrijk een verplichting om deze over te maken aan de Prefect. Deze laatste gaat dan na of deze rechtshandelingen niet aangetast zijn aangetast door een onwettigheid. Eventueel heeft de Prefect de mogelijkheid om deze rechtshandelingen voor de administratieve rechtbank te brengen. Hij kan aan het lokaal bestuur ook vragen om haar beslissing in te trekken.

17 L. RICHER en F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2016, 179.

18 C.E. 16 juli 2007, Société Tropic travaux signalisation, *Lebon*; *AJDA* 2007, 1577, noot F. LENICA en J. BOUCHER. C.E. 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, *Lebon*; *AJDA* 2014, 1035, noot A. BRETONNEAU en J. LESSI; C.E. 30 juin 2017, SMPAT, req. n° 398445. Zie ook E. LANZARONE en C. RUDLOFF, "Le nouveau recours en résiliation d'un contrat administratif ouvert au tiers: requiem pour le REP", *AJDA* 2017, n° 179, 70-74.

19 In tegenstelling tot Frankrijk aanvaardt men in België dat de Raad van State en gewone rechters een parallelle bevoegdheid kunnen hebben om de wettigheid van eenzijdige bestuurshandelingen te beoordelen.

20 L. MOUREAU, *Du recours pour excès de pouvoir*, Brussel, Bruylant, 1937, 302-304.

21 F.-M. REMION, "Le Conseil d'État et les marches de l'administration", *Ann.Fac.Liège*, 1960, 431; M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. I, Brussel, Bruylant, 1969, 444, nr. 304.

22 RvS 24 oktober 1949, nr. 137, Grisar.

23 In Nederland beschouwen de Raad van State en de Hoge Raad overeenkomsten met een overheid wel als ondeelbaar, waardoor de leer van de afsplitsbare rechtshandeling heden in Nederland niet toegepast wordt: art. 8(3) Awb.; ABRvS 17 mei 2001, AB 2002, 58, met noot VERHEIJ.

24 L. MOUREAU, *Du recours pour excès de pouvoir*, Brussel, Bruylant, 1937, 315-317. De rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Raad van State bevat nog recente arresten waarin men expliciet of impliciet erkent dat de toezichthoudende overheid de mogelijkheid heeft om overheidsbeslissingen te vernietigen, die genomen worden tijdens de uitvoering van of bij beëindiging van een overeenkomst (Cass. 5 maart 2012, S.09.0096.F/1, *T.Ann.* 2013, 399, met noot G. VAN HOOREBEKE; *JTT* 2012, 243; *MCP* 2012/1, 63, concl. J. GENICOT; *Pas.* 2012, 498; *Rev.dr.commun.* 2013, liv. 2, 20, noot G. DELANNAY; RvS 22 november 2016, nr. 236.475, commune de Dour).

6. In latere arresten heeft de Raad herhaalde malen de leer uit het arrest *Grisar* bevestigd. Volgens QUERTAINMONT heeft de gunningsbeslissing een eenzijdig karakter, daar deze beslissing het volgende gevolg heeft: “créer des effets de droit de par la seule volonté de l'autorité administrative”.²⁵ De Raad van State heeft aldus ten aanzien van deze afsplitsbare rechtshandelingen de kwalificatie van de ‘eenzijdige rechtshandeling’ erkend. Dit lijkt ons ook terecht²⁶:

- de eenzijdige administratieve rechtshandeling is een handeling die rechtsgevolgen *beoogt* in het leven te roepen. De gunningsbeslissing (de keuze van de contractpartner) en alle voorafgaande beslissingen beogen in se een overeenkomst tot stand te brengen²⁷;
- het is wel juist dat, wat de rechten en plichten voor de partijen uit de contractuele relatie betreffen, deze rechtsgevolgen de toestemming van een tweede persoon noodzaken en dat zij in die zin niet in hun geheel voortvloeien uit een eenzijdige rechtshandeling.²⁸ De gunningsbeslissing en de betekening ervan aan de gegadigde volgen chronologisch echter na de toestemming door de contractpartner in de voorwaarden van de ontwerpovereenkomst, meestal eenzijdig vastgesteld door de overheid. Na de toestemming door de contractpartner heeft de overheid nog altijd de keuze om de overeenkomst al dan niet te gunnen. De overheid beslist hierover nog steeds eenzijdig;
- bovendien is de gunningsbeslissing zelf de eindbeslissing in een hele reeks van voorafgaande eenzijdige beslissingen van de overheid (beslissing om tot gunning over te gaan, beslissing tot opstellen van een bestek...). De rechtsleer typeert dit geheel als ‘de complexe bestuurlijke rechtshandeling’.²⁹ De inbreng van de contractpartner is dienaangaande nihil;
- ten slotte is de gunningsbeslissing als aanvechtbare eenzijdige rechtshandeling vooral belangrijk voor die personen die de overheid niet uitgekozen heeft om de overeenkomst uit te voeren. Voor deze personen heeft de gunningsbeslissing op zichzelf ook wel degelijk rechtsgevolgen. Voor deze ‘derden’ houdt deze beslissing immers impliciet in dat zij de overeenkomst niet kunnen uitvoeren. De leer van de afsplitsbare rechtshandeling werd in Frankrijk trouwens hoofdzakelijk gecreëerd om deze derde enige rechtsbescherming te bieden, daar men de overeenkomst als een *res inter alios acta* beschouwde.³⁰

25 P. QUERTAINMONT, “Le contentieux de la passation des marchés publics” in *Liber amicorum R. Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, 618.

26 In zijn proefschrift verdedigt M. PÂQUES dat de afsplitsbare akten geen volwaardige eenzijdige rechtshandelingen zijn, zoals hij ze getypeerd heeft. Immers, deze akten brengen op zich niet rechtstreeks rechtsgevolgen teweeg. De rechtsgevolgen ontstaan pas op het ogenblik dat de overeenkomst gesloten wordt: zie M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Brussel, Story-Scientia, 1991.

27 Zie ook het hierna uitgebreider geciteerde arrest RvS 22 november 2007, nr. 177.029, SA Telenet Bidco.

28 P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Brussel, Bruylant, 2016, v° *acte détachable*.

29 “Een complexe rechtshandeling bestaat uit een reeks elkaar opvolgende administratieve handelingen waarvan de laatste beslissend is en de andere, al dan niet vóórbeslissend, ten opzichte van die laatste handeling een voorbereidend karakter hebben. Bij een complexe handeling verschijnen de onderscheiden administratieve akten die bijgedragen hebben tot de totstandkoming van de eindbeslissing, als onderdelen van één enkele, ondeelbare handeling”: J. BAERT en G. DEBERSAQUES, o.c., 473, nr. 507; A. COOLSAET, “De rechtspraak inzake de complexe bestuurlijke rechtshandeling na de arresten van de algemene vergadering van de Raad van State”, *T.Gem.* 2007, 155; S. VERBIST, “Rechtsbescherming bij de Raad van State tegen complexe administratieve rechtshandelingen”, *C.D.P.K.* 2007, 104-121.

30 Zie o.a. concl. ROMIEU onder C.E.fr. Martin, 4 augustus 1905, *Rec.* 1905, 749.



7. In de loop van zijn rechtspraak heeft de Raad van State o.a. de volgende beslissingen als afsplitsbare rechtshandelingen beschouwd: de keuze van een contractpartner³¹, de goedkeuring van een overeenkomst door een toezichthoudende overheid³², het niet gunnen van de opdracht of de heraanbesteding.³³ De Raad van State heeft de leer ook op verschillende soorten overeenkomsten toegepast: aanbestedingen, verhuur van goederen³⁴, concessies³⁵, bevorderingen van ambtenaren in een contractuele verhouding.³⁶

De leer van de afsplitsbare rechtshandeling heeft bijgevolg een algemene draagwijdte. In het arrest *Telenet Bidco*³⁷ bevestigt de Raad van State de algemene toepasselijkheid van de leer van de afsplitsbare rechtshandeling³⁸ en lijkt zij de leer te beschouwen als een essentieel element in het kader van de effectieve rechtsbescherming van de rechts-onderhorige.

De arresten van de Raad, die een uitleg of verklaring geven voor deze leer, zijn eerder zeldzaam. Ter illustratie voegen we één citaat bij:

“que dans tous les cas où une autorité administrative conclut un contrat, la décision de conclure ce contrat *ne se confond pas avec celui-ci* mais constitue un acte administratif unilatéral qui en est détachable, dont les effets de droit se manifestent ultérieurement dans la conclusion valable d’un contrat avec le partenaire retenu, et qui est susceptible de faire l’objet d’un recours en annulation ainsi que, si les conditions en sont remplies, d’une demande en suspension; que l’existence d’un contexte législatif ou réglementaire plus ou moins rigoureux détermine assurément l’intensité du contrôle juridictionnel qui pourra s’exercer sur cet acte, mais qu’elle ne conditionne nullement l’existence de ce contrôle; que, même en l’absence de toute règle qui détermine les conditions de passation du contrat en cause, un contrôle juridictionnel existe, porté devant le juge de l’excès de pouvoir, et qui permet, le cas échéant, de sanctionner la violation des règles générales de droit public et administratif qui gouvernent toute l’activité de la puissance publique dans un État de droit”.³⁹

8. De wetgever heeft dan wel onder invloed van het EU-recht de leer van de afsplitsbare rechtshandelingen erkend eerst ten aanzien van overheidsopdrachten⁴⁰ en zeer recent ten aanzien van concessies.⁴¹

Een vrij merkwaardig fenomeen in België is dat de leer van de afsplitsbare rechtshandeling door de wetgever ook doorgetrokken is naar sommige eenzijdige rechtshandelingen van privaatrechtelijke rechtspersonen. Algemeen is geweten dat in België niet alle aanbeste-

31 RvS 22 december 1961, nr. 9.069, Cobelec; RvS 18 januari 1963, nr. 9.817, Hallet.

32 RvS 24 maart 1983, nr. 23.066, Smeulders.

33 RvS 22 maart 1989, nr. 32.259, NV Orbeta; RvS 28 januari 1994, nr. 45.870, Moray.

34 RvS 8 januari 1965, nr. 10.955, Minne.

35 RvS 26 maart 1964, nr. 10.541, Lejeune: uitbating theater; RvS 12 maart 1956, nr. 5.020, Verdonck: domeinconcessie; RvS 12 november 1963, nr. 10.248, Verstraete en Laitin: concessie van een openbare dienst.

36 RvS 23 februari 1962, nr. 9.202, Vandeveld; RvS 30 november 1988, nrs. 31.372 en 31.373, Pissoot en csrtn.

37 RvS 22 november 2007, nr. 177.029, SA Telenet Bidco.

38 Zie ook M. PAQUES, *Droit administratif*, 3^{de} fasc., Liège, Syllabus ULg, 2014, 22.

39 RvS 22 novembre 2007, nr. 177.029, SA Telenet Bidco.

40 Zie de art. 14 en 15 wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies.

41 Via de wet van 16 februari 2017 tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, BS 17 maart 2017.

dende overheden een administratieve overheid zijn.⁴² Via het begrip 'publiekrechtelijke instelling' krijgen sommige privaatrechtelijke rechtspersonen, zoals bijvoorbeeld privaatrechtelijke ziekenhuizen of universiteiten, de kwalificatie van aanbestedende overheid.⁴³ De beslissingen die deze rechtspersonen nemen voorafgaand aan het gunnen van een overheidsopdracht of een concessieovereenkomst, zijn privaatrechtelijke rechtshandelingen. Echter, in het raam van de wet van 17 juni 2013 zijn deze beslissingen ook afzonderlijk aanvechtbaar bij de gewone rechter (art. 14 en 15). Dit geldt trouwens ook in sommige gevallen wanneer een dergelijke rechtspersoon een beslissing tot wijziging van een overeenkomst neemt (zie *infra* punt 24 e.v.).

3 Juridisch kader van de leer van de afsplitsbare rechtshandeling

9. Geïmporteerd vanuit Frankrijk, verbindt men ook in België de leer van de afsplitsbare rechtshandeling steeds met de vraag in welke mate de Raad van State kan oordelen over een rechtshandeling gesteld door een administratieve overheid niet enkel voorafgaand aan de totstandkoming van een overeenkomst, maar ook tijdens de uitvoering van of bij de beëindiging van een overeenkomst. Een vergelijkbare vraag rijst volgens ons in België ook op het ogenblik dat een rechtsonderhorige bij de gewone rechter op grond van artikel 159 van de Grondwet vraagt om de wettigheid te toetsen van dezelfde soort rechtshandelingen. Eigenaardig genoeg heeft de rechtsleer dit gegeven nooit bekeken vanuit deze invalshoek. Het vervolg van de huidige bijdrage overloopt het juridisch kader rekening houdend met beide situaties.

3.1 Eenzijdige rechtshandeling

10. Een van de drempels om een vordering bij de Raad van State in te stellen is dat de rechtsonderhorige de wettigheid van een administratieve rechtshandeling in vraag moet stellen. Een van de eigenheden van een administratieve rechtshandeling is dat zij een eenzijdig karakter heeft. Bijgevolg is de toegang tot de Raad van State pas open als de rechtsonderhorige in zijn kritiek een eenzijdige administratieve rechtshandeling viest.⁴⁴

Om de voornoemde redenen heeft de Raad van State vorderingen die een wettigheidskritiek inhielden ten aanzien van een overeenkomst, een meerzijdige rechtshandeling, als niet-toelaatbaar afgewezen.⁴⁵ In dat kader overwoog professor ORIANNE het volgende: "La seule explication est que le contrat ne peut être annulé, parce qu'il n'est pas seulement un acte de l'administration; parce qu'il est en même temps l'acte de son

42 Over dit verschil zie V. BERTRAND en F. MOÏSES, "Notion de pouvoir adjudicateur et d'autorité administrative: Principes et cas particuliers" in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL en B. DEMEULENAERE (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2008-09*, Brussel, EBP Publishers, 2009, 657-687.

43 K. WAUTERS en B. GHEYSENS, *Overheidsopdrachten. Totstandkoming, doelstellingen en toepassingsgebied*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 108 e.v.; P. FLAMEY en C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachten. Algemeen Deel*, Mechelen, Kluwer, 2017, 169-175 en 188-201.

44 Voor de Raad van State zie o.a. A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1232 e.v. Voor art. 159 Gw. zie o.a. J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid*, Brugge, die Keure, 2011, 233 e.v.

45 RvS 21 april 1960, nr. 7807, p.v.b.a. Instituut De Toekomst; RvS 13 september 1960, nr. 8048, Harboort; RvS 10 december 1963, nr. 10.325, Mertens; RvS 5 oktober 1989, nr. 33.133, Vanhauwaert. Zie ook de rechtspraak aangehaald in D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten en het toezicht door de Raad van State en de gewone rechtbanken*, Brugge, die Keure, 1993, 575-576, voetnoot 2153 en P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Brussel, Larcier, 2008, 743.

cocontractant.”⁴⁶ De Raad van State heeft ook geen rechtsmacht om een contractuele bepaling te interpreteren of om de onwettigheid ervan vast te stellen.⁴⁷ Dit is ook terecht, daar meerzijdige rechtshandelingen subjectieve rechten doen ontstaan tussen partijen.⁴⁸ Geschillen aangaande subjectieve rechten behoren tot de rechtsmacht van de gewone rechter. Dezelfde lijn dient te worden doorgetrokken naar artikel 159 van de Grondwet. Deze laatste bepaling kan niet dienen om overeenkomsten buiten toepassing te laten. Trouwens, de rechtspraak heeft dit ook zo begrepen. Teneinde eventueel te kunnen raken aan een overeenkomst gesloten door een overheid, gaat de gewone rechter steeds via de omweg van de nietigheidsleer van verbintenissen.⁴⁹

De Raad lijkt in zijn rechtspraak wel het eenzijdig karakter van een beslissing tot beëindiging van een (arbeids)overeenkomst erkend te hebben.⁵⁰ Meer algemeen duidt dit er volgens ons op dat de beslissingen, die een administratieve overheid neemt om tussen te komen in de uitvoering van een overeenkomst of om een overeenkomst te beëindigen, ook eenzijdige rechtshandelingen kunnen zijn voor zover ze natuurlijk beogen rechtsgevolgen te creëren.

Een van de redenen waarom de leer van de afsplitsbare rechtshandeling bestaat, is om de Raad van State toe te laten zich uit te spreken niet alleen over rechtshandelingen die de overheid stelt voorafgaandelijk aan de totstandkoming van een overeenkomst, maar ook over deze die ze stelt tijdens de uitvoering van of bij de beëindiging van de overeenkomst. De gewone rechters maken, volgens ons, ook toepassing van deze leer, wanneer zij via de toetsing van een administratieve rechtshandeling op grond van artikel 159 van de Grondwet een schadevergoeding toekennen aan een derde, die onterecht een bepaalde overeenkomst niet heeft kunnen uitvoeren. Dit is ook het geval wanneer de gewone rechter een overeenkomst schorst of nietig verklaart die steunt op een onwettige administratieve rechtshandeling.

11. De toepassing van de leer van de afsplitsbare rechtshandeling bij de Raad van State of, anders gezegd, de mogelijkheid om als rechtsonderhorige rechtsbescherming te genieten bij de Raad van State, hangt verder af van de vraag in welke mate de Raad van State bevoegd is om uitspraak te doen over de eenzijdige rechtshandeling, die de overheid stelt bij de totstandkoming of tijdens de uitvoering van een overeenkomst.

De bijdrage gaat concreter in op rechtshandelingen gesteld tijdens de uitvoering van de overeenkomst. Immers, de rechtspraak en de rechtsleer in België zijn het erover eens dat de beslissingen die voorafgaan aan het sluiten van de overeenkomst, afsplitsbare rechtshandelingen zijn. Bij de gewone rechter rijst vooral de vraag of de burger zich toch kan baseren op artikel 159 van de Grondwet om die beslissing buiten toepassing te laten als een overheid, als contractpartij, eenzijdig een beslissing neemt en daarbij een contractueel recht uitoefent.

46 P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Brussel, 1961, 328.

47 A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1233 en de rechtspraak aangehaald in voetnoot 206; RvS 7 november 2013, nr. 225.385, NV Kinopolis Mega.

48 M. LEROY, *Contentieux administratif*, Brussel, Bruylant, 2004, 222.

49 Zie o.a. K. WAUTERS en T. CAMBIER, “L’annulation de la concession domaniale”, *Jurimpratique* 2015, 201 e.v.

50 RvS 16 maart 2011, nr. 212.077, Bricteux; RvS 20 juni 2016, nr. 235.130, Geerinckx; RvS 18 mei 2017, nr. 238.244, ASBL Jobelix.



3.2 Rechtsmacht Raad van State

12. De leer van de afsplitsbare rechtshandeling situeert zich in België traditioneel binnen het vraagstuk van de rechtsmachtsverdeling tussen de Raad van State en de gewone rechter. Het afsplitsbaar karakter van de rechtshandeling houdt in dat kader verband met de vraag in welke mate de Raad van State bevoegd is om een rechtshandeling te vernietigen of de tenuitvoerlegging ervan te schorsen. Indien de rechtshandeling verband houdt met de uitvoering van de overeenkomst, is de Raad van State niet bevoegd en dan is deze rechtshandeling als het ware niet te scheiden van de overeenkomst zelf. De rechtshandeling houdt dan rechtstreeks verband met de overeenkomst. Dit lijkt echter niet in te houden dat deze zelfde rechtshandeling door de gewone rechter niet getoetst zou kunnen worden op haar wettigheid op grond van artikel 159 van de Grondwet (zie punt 30 e.v.).

In de eerste plaats herhaalt de bijdrage kort de leer van het werkelijke en rechtstreekse voorwerp, die de rechtsmachtsverdeling tussen de Raad van State en de gewone rechter bepaalt. In de tweede plaats gaat de bijdrage dan concreet na hoe de Raad van State hiermee omgegaan is in het raam van rechtshandelingen gesteld bij de totstandkoming, de uitvoering en de beëindiging van een overeenkomst.

3.2.1 Algemeen

13. Volgens de artikelen 144 en 145 van de Grondwet horen geschillen over burgerlijke en politieke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de gewone rechtbanken, behoudens inzake politieke rechten de bij wet gestelde uitzonderingen. De gewone rechtbanken zijn bevoegd voor geschillen inzake subjectieve rechten. Op grond van artikel 14, § 1 RvSt-wet is de Raad van State bevoegd om uitspraak te doen over verzoekschriften tot nietigverklaring van (individuele en reglementaire) rechtshandelingen uitgaande van administratieve overheden. Conform artikel 158 van de Grondwet is het Hof van Cassatie bevoegd inzake conflicten van attributie, om bijgevolg te bepalen of de Raad van State dan wel de gewone rechter bevoegd is om uitspraak te doen over een bepaald geschil.

In twee arresten van 1952 oordeelde het Hof van Cassatie dat men voor het bepalen van de bevoegdheid moest nagaan wat het werkelijk voorwerp van de vordering was: "dat ongetwijfeld, ..., de bevoegdheid door de aard van de eis wordt bepaald, maar dat de Raad van State niet noodzakelijk bevoegd is wanneer het verhaal naar zijn bewoordingen tot de vernietiging van een administratieve beslissing strekt en geen vordering tot betaling begrijpt; dat bij het onderzoek naar de bevoegdheid er op het werkelijk voorwerp van het verhaal dient te worden gelet".⁵¹ In 2007 overwoog het Hof van Cassatie nogmaals in verenigde kamers "dat de bevoegdheid van de Raad van State bepaald wordt door het werkelijk en *rechtstreeks* voorwerp van de vordering".⁵² Een verzoekschrift tot nietigverklaring dat een onrechtstreekse invloed heeft op een subjectief recht kan wel tot de bevoegdheid van de Raad van State behoren.⁵³

51 Cass. 27 november 1952, *Arr.Cass.* 1953, 164.

52 Cass. 20 december 2007, *TGEM* 2008, 224.

53 Vgl. Cass. 13 februari 2004, C030428F-C030455F, www.juridat.be.

14. Wanneer een vordering een geschil opwerpt waarvan het werkelijk en *rechtstreeks* voorwerp een subjectief recht betreft, is de Raad van State niet bevoegd, maar wel de gewone rechter. VELU gaf in een conclusie bij een arrest van het Hof van Cassatie van 10 april 1987 dan een klassiek geworden definitie aan het begrip 'subjectief recht':

"De essentie van een subjectief recht bestaat eerst en vooral in de bekwaamheid om iets van een derde te eisen.

Het subjectief recht, dat aldus is opgevat als de bekwaamheid om iets van een derde te eisen, door het aanwenden van een rechtsmiddel, bestaat enkel en alleen indien althans aan twee vereisten is voldaan: het eerste vereiste betreft de juridische verplichting van het passieve rechtssubject; het tweede, het belang van het actieve subject.

Het eerste vereiste is dat een welbepaalde juridische verplichting rust op andere personen... Vereist is dat het gedrag – een handeling of een onthouding – dat door het actief subject is gevorderd ingevolge een regel van het objectief recht, het voorwerp zij van een welbepaalde aan (het) passieve subject(en) opgelegde juridische verplichting...

Het tweede vereiste voor het bestaan van een subjectief recht, heeft betrekking op de aard van het belang dat moet kunnen worden aangevoerd door degene die beweert dat hij een subjectief recht heeft. Hij die beweert dat hij het recht heeft om van een derde te eisen dat deze een welbepaalde uit een regel van objectief recht voortvloeiende verplichting uitvoert, moet zelf belang erbij hebben dat hij die uitvoering verkrijgt."⁵⁴

Het bestaan van een dergelijk recht veronderstelt dat de eiser zich beroept op een welbepaalde juridische verplichting die een regel van objectief recht rechtstreeks aan een derde oplegt en bij de nakoming waarbij de eiser belang heeft. Opdat iemand zich ten aanzien van de bestuurlijke overheid op een dergelijk recht zou kunnen beroepen, is het vereist dat de bevoegdheid van die overheid gebonden is.⁵⁵ Een subjectief recht is aanwezig wanneer de bevoegdheid van de administratieve overheid volledig gebonden is, d.w.z. dat de overheid ten aanzien van alle voorwaarden, waaraan de uitoefening van de bevoegdheid gekoppeld is, over geen enkele beoordelingsvrijheid beschikt.⁵⁶ Volgens PÂQUES zijn er in de praktijk twee situaties waarin men de aanwezigheid van een subjectief recht kan erkennen.⁵⁷ In het raam van de eerste situatie rust er op de overheid een verplichting om iets te doen, waarbij de burger een hele precieze prestatie van de overheid kan eisen. In de andere situatie dient de overheid er zich van te onthouden om een inbreuk te maken op een bepaald recht.

De rechtspraak toont aan dat het niet steeds eenvoudig is om uit te maken wanneer de bevoegdheid van een overheid volledig gebonden is. RIXHON maakt in dat kader een onderscheid tussen twee strekkingen in de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie.⁵⁸ Volgens een eerste strekking beschikt een overheid over een discretionaire bevoegdheid vanaf het ogenblik dat een wettekst niet duidelijk is en de overheid objectief een keuze heeft tussen verschillende oplossingen. De tweede strekking houdt in dat er pas sprake is van een discretionaire bevoegdheid als de wetgever de overheid uitdrukkelijk een

54 J. VELU, concl. onder Cass. 10 april 1988, *TBP* 1987, 273-274.

55 Cass. 10 maart 1994, *Arr.Cass.* 1994, I, 236.

56 J. VELU, concl. onder Cass. 10 april 1987, *TBP* 1987, 274.

57 M. PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Brussel, Larcier, 2017, 124-131.

58 S. RIXHON, "Le choix du juge quant à l'objectif véritable du recours", in M. PÂQUES en A.-L. DURVIAUX (dir.), *Droit administratif et contentieux*, Brussel, Larcier, 2015, 17-24.

keuze laat tussen verschillende oplossingen wanneer zij een concrete beslissing moet nemen. Geen van beide strekkingen heeft, volgens RIXHON, op dit ogenblik de bovenhand.

3.2.2 De afsplitsbare rechtshandeling

15. Zoals reeds aangehaald, zal deze bijdrage enkel ingaan op de toepasselijkheid van de leer van de afsplitsbare rechtshandeling aangaande beslissingen die een administratieve overheid neemt in de loop van de uitvoering van de overeenkomst of om de overeenkomst te beëindigen. Daarbij maakt deze bijdrage een onderscheid tussen de periode voorafgaand aan het arrest *Rudelopt* en de periode erna. Ten slotte behandelt deze bijdrage ook de specifieke rechtspraak van de Raad van State inzake wezenlijke wijzigingen van een overeenkomst, rechtspraak die onder sterke invloed staat van het EU-recht.

A. Vóór *Rudelopt*

16. Traditioneel heeft de Raad van State steeds geweigerd om kennis te nemen van beslissingen die een administratieve overheid stelde tijdens de uitvoering van een overeenkomst of waarbij diezelfde administratieve overheid een einde stelde aan een overeenkomst. Ook het uitleggen van een overeenkomst behoorde traditioneel tot de bevoegdheid van de gewone rechter.⁵⁹ De onbevoegdheid van de Raad van State is vrij evident ten aanzien van overheidsbeslissingen of -maatregelen, die een rechtstreekse uitvoering van een overeenkomst inhouden of wanneer de beslissing of de maatregel rechtstreeks steunt op een contractuele bepaling.⁶⁰

Nochtans erkende ORIANNE reeds in 1961 de eventuele rechtsmacht voor de Raad van State om kennis te nemen van bepaalde beslissingen die een overheid neemt tijdens de uitvoering van een overeenkomst.⁶¹

17. Een van de eerste arresten waarbij de Raad van State een algemene uitspraak deed over haar bevoegdheid om rechtshandelingen te beoordelen gesteld tijdens de uitvoering van of bij de beëindiging van de overeenkomst, was het **arrest Lievens**.⁶² In deze zaak oordeelde de Raad dat zij niet bevoegd was ten aanzien van een beslissing tot een beëindiging van een overeenkomst van burgerlijk recht. In een ander arrest van 30 november 1951 verklaarde de Raad zich onbevoegd om een beslissing te vernietigen van een overheid, die weigert om een overeenkomst, op grond waarvan een rechtsonderhorige een gebouw bezet, te verlengen. Volgens de Raad handelt het om een geschil van burgerlijke aard.⁶³ Te noteren valt dat de Raad deze arresten velde voorafgaand aan

59 D. LAGASSE, "La théorie administrative des actes détachables est-elle dans une impasse? Les actes de gouvernement renaissent-ils au contraire de leurs cendres?", noot onder RvS 5 september 1997, nr. 67.990, *RCJB*, 1999, 11 en de rechtsleer geciteerd in voetnoot 8. In een recent arrest oordeelde de Raad van State echter zo: "Hoewel het in beginsel niet aan de Raad van State toekomt om zich uit te spreken over de rechtsgeldigheid en de draagwijdte van een overeenkomst, lijkt het te dezen aangewezen om in te gaan op de inhoud van de samenwerkingsovereenkomst om daaruit af te leiden of er te dezen een noodzaak was voor de verwerende partij om nog een specifieke bestuurshandeling te stellen die ertoe strekt de gemeente Tremelo toe te voegen aan deze overeenkomst. Deze vaststelling lijkt op het eerste gezicht immers wel degelijk onder de rechtsmacht van de Raad van State te vallen, nu deze essentieel is om de ontvankelijkheid na te gaan van de voorliggende vordering" (RvS 27 juli 2017, nr. 238.885, *BVBA VICT* e.a.).

60 Zie P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Brussel, Larcier, 2008, 681 en de aangehaalde rechtspraak.

61 P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Brussel, 1961, 328.

62 RvS 23 november 1951, nr. 1164, *Lievens*. De rechtspraak, die de Raad velt in het raam van de uitvoering van of de beëindiging van arbeidsovereenkomsten, is o.i. een specifieke rechtspraak. In de materie van het arbeidsrecht zijn van oudsher de gewone rechters door de wetgever zelf bevoegd gemaakt.

63 RvS 30 november 1951, nr. 1186, *SPRL Maison Ghelin*.

de rechtspraak van het Hof van Cassatie van 1952, waarin deze de leer van het werkelijke voorwerp introduceerde. Dit maakt dat naar ons oordeel de arresten van de Raad van State gevelde vóór deze datum niet doorslaggevend zijn om na te gaan in welke mate de rechtspraak van de Raad inzake de uitvoering en de beëindiging van een overeenkomst zich inpast in de leer van het werkelijk en rechtstreeks voorwerp.

In 1961 had het Hof van Cassatie zelf de kans om zich uit te spreken over deze problematiek.⁶⁴ Voor zover wij hebben kunnen nagaan, was dit ook de eerste en enige keer. Het Hof maakt duidelijk toepassing van de leer van het werkelijke en rechtstreekse voorwerp. Volgens het Hof is de Raad van State niet bevoegd ten aanzien van een overheidsbeslissing, die bepaalde contractuele rechten of plichten miskent. In dat kader vraagt men immers aan de Raad om uitspraak te doen over het bestaan en de draagwijdte van contractuele verplichtingen. Dit is het werkelijke en rechtstreekse voorwerp van de vordering. Dit behoort echter tot de bevoegdheid van de gewone rechter. Dit arrest is volgens ons de leidraad die de Raad moet volgen wanneer zij geconfronteerd wordt met een overheidsbeslissing genomen tijdens de uitvoering van of bij de beëindiging van een overeenkomst.

De rechtspraak die de Raad van State tot aan het arrest *Rudelopt* velde, was afwijzend ten aanzien van een eventuele bevoegdheid van de Raad om te oordelen over beslissingen genomen tijdens de uitvoering van of bij de beëindiging van een overeenkomst.⁶⁵ Maar dit wil niet noodzakelijkerwijze zeggen dat de Raad in die periode in geen enkele hypothese haar bevoegdheid zou hebben erkend om zulke beslissingen te beoordelen. Immers, de in die periode gevelde arresten passen meestal perfect in de leer van het werkelijk en rechtstreeks voorwerp zoals gehanteerd door het Hof van Cassatie. Alleen betrof het telkens situaties die net wel tot de bevoegdheid van de gewone rechter behoorden.

18. De inpasbaarheid van de rechtspraak van de Raad van State in de leer van het werkelijk en rechtstreeks voorwerp geldt, volgens ons, ook voor de **arresten Wolf en Dinant Loisirs**.⁶⁶ De verzoekende partij vraagt immers in beide zaken de schorsing en/of nietigverklaring van een beslissing die het gevolg is van een foutieve of problematische uitvoering van een overeenkomst. Het werkelijk voorwerp van het geschil lijkt aldus betrekking te hebben op de wijze waarop de contractpartij de overeenkomst uitgevoerd heeft. Aldus is het werkelijk voorwerp een geschil over een subjectief recht.

Twee andere arresten lijken echter moeilijker inpasbaar in de betrokken leer van het voorwerp, namelijk de **arresten Vandelacluze en Andrianne**.⁶⁷ Het **arrest Vandelacluze** oordeelt dat de betwiste beslissing tot beëindiging van de overeenkomst van een advocaat verband houdt met de uitvoering van de overeenkomst en dat bijgevolg de Raad van State niet bevoegd is om hierover uitspraak te doen. In haar algemeenheid is een dergelijke uitspraak niet inpasbaar in de leer van het werkelijk en rechtstreeks voorwerp. Het arrest kan dit weliswaar wel zijn, indien zou blijken uit de feitelijke context van de zaak dat de beëindiging een oorzaak vindt in de slechte of onzorgvuldige uitvoering van de overeenkomst. De uitspraak in de **zaak Andrianne** kan men echter op geen enkele

64 Cass. 27 april 1961, *Pas.* 1961, I, 920.

65 Zie rechtspraak geciteerd door D. LAGASSE, "La théorie administrative des actes détachables est-elle dans une impasse? Les actes de gouvernement renaissent-ils au contraire de leurs cendres?", noot onder RvS 5 september 1997, nr. 67.990, *RcJB*, 1999, 12, voetnoot 10.

66 RvS 5 september 1997, nr. 67.990; RvS 23 december 1999, nr. 84.386, SA Dinant Loisirs.

67 RvS 16 december 2010, nr. 209.843, SPRL 'Étude Me Jacques Andrianne'; RvS 8 mei 2007, nr. 170.916, Vandelacluze.



le wijze inpassen in de leer van het werkelijk en rechtstreeks voorwerp, wanneer de Raad oordeelt dat de leer van de afsplitsbare rechtshandeling niet toepasbaar is op beslissingen waarbij een overheid een einde maakt aan een overeenkomst.⁶⁸

19. Zoals reeds hoger aangegeven was, volgens ons, ORIANNE de eerste auteur die erkende dat de Raad van State soms bevoegd kan zijn om voornoemde beslissingen te beoordelen. Beslissingen die een overheid neemt tijdens de uitvoering van of bij de beëindiging van de overeenkomst, zijn evengoed eenzijdige overheidsbeslissingen. Ook FLAMME voorziet in zijn *Traité* van 1969 in de mogelijkheid voor de Raad van State om zich bevoegd te verklaren ten aanzien van beslissingen genomen tijdens de uitvoering van een overeenkomst.⁶⁹

PÂQUES verdedigde in zijn proefschrift dat derden zeker de mogelijkheid zouden moeten hebben om beslissingen genomen door een overheid tijdens de uitvoering van of bij de beëindiging van een overeenkomst te bestrijden bij de Raad van State. Immers, in dat geval zou de derde zeker niet de erkenning van een subjectief recht vragen.⁷⁰ Vraag rijst echter of er veel situaties zijn waarbij een derde een belang zal hebben om zulke beslissingen te betwisten. Dit lijkt ons vooral het geval te zijn wanneer de overheid een wijziging aan de overeenkomst aanbrengt die wezenlijk is. Hier komen we hierna nog op terug (zie *infra* punt C).

Ten slotte overwoog LAGASSE in 1999 dat de Raad van State zich bevoegd kan verklaren ten aanzien van overheidsbeslissingen genomen tijdens de uitvoering van of bij de beëindiging van een overeenkomst wanneer het ingeroepen middel steunt op de miskenning van een regel van objectief recht.⁷¹ Hiermee bouwt deze auteur voort op bepaalde rechtspraak van de Raad van State, waarbij de Raad zijn bevoegdheid aanvaardt wanneer een middel een zuivere wettigheidskritiek inhoudt. Echter, deze rechtspraak is nooit 'bevestigd' door het Hof van Cassatie. Meer nog, de Raad lijkt deze rechtspraak te verlaten.⁷² Dit laatste heeft de Raad zelf bevestigd bij de toepassing van de leer van de afsplitsbare rechtshandeling: "que la nature des moyens invoqués à l'appui de la demande de suspension n'est pas susceptible de déterminer si le Conseil d'État est compétent ou non".⁷³ Persoonlijk menen wij dat de opvatting van LAGASSE niet inpasbaar is in de leer van het werkelijk en rechtstreeks voorwerp zoals ontwikkeld door het Hof van Cassatie. Immers, via de door deze auteur voorgestelde omweg zou de Raad zich alsnog kunnen moeien met de uitvoeringsproblematiek van overheidsovereenkomsten.

68 Een arrest *Fryns* van 1992 stelt ook in haar algemeenheid dat geschillen inzake de totstandkoming, de uitlegging, de uitvoering en de ontbinding van overeenkomsten tot de bevoegdheid van de gewone rechter behoren (RvS 8 juli 1992, nr. 39.996, *Fryns*).

69 M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. I, Brussel, Bruylant, 1969, 452-454, nr. 308.

70 M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 411-412, nr. 352.

71 D. LAGASSE, "La théorie administrative des actes détachables est-elle dans une impasse? Les actes de gouvernement renaissent-ils au contraire de leurs cendres?", noot onder RvS 5 september 1997, nr. 67.990, *RCJB* 1999, 10-19.

72 Zie S. RIXHON, "Le choix du juge quant à l'objectif véritable du recours", pp. 11-26 in M. PÂQUES en A.-L. DURVIAUX (dir.), *Droit administratif et contentieux*, Brussel, Larcier, 2015, 17, voetnoot 35.

73 RvS 16 juni 2017, nr. 238.546, SPRL Philippe Lejeune. Zie ook RvS 16 maart 2011, nr. 212.077, Bricteux verwijzend naar Cass. 20 december 2007, nr. C.06.0574.F, Justel F-20071220-10, *TGEM* 2008, 224; Cass. 11 juni 2010, nr. C.09.0336.F, Justel F-20100611-6.

B. Na het arrest *Rudelopt*

20. In het **arrest *Rudelopt***⁷⁴ heeft de Raad van State zich voor de eerste maal wel bevoegd verklaard ten aanzien van een beslissing waarmee een overheid een overheidsovereenkomst beëindigt. In deze zaak had de gemeente Florenville eenzijdig een domeinconcessie beëindigd zich beroepend op het algemeen belang. Aldus maakte de gemeente toepassing van het eenzijdig beëindigingsrecht, wat sommige rechtsleer mogelijk acht wanneer het handelt om een administratief contract⁷⁵ zoals de domeinconcessie.⁷⁶ De verzoekende partij vroeg de nietigverklaring van deze beslissing.

Zowel de Auditeur als de Raad van State baseerden zich op de in bepaalde rechtsleer verkondigde stelling dat een domeinconcessie uit twee onderdelen bestaat, een gezagscomponent en een contractuele component.⁷⁷ In de huidige zaak zou de overheid zich gebaseerd hebben op de gezagscomponent. In die zin is, volgens de Raad van State, de beslissing tot eenzijdige beëindiging van de overeenkomst een eenzijdige administratieve rechtshandeling en kan de Raad aldus deze beslissing annuleren: "lorsque seule la légalité objective est contestée, c'est-à-dire quand le recours ne porte pas directement sur la méconnaissance d'un droit subjectif ou sur la réparation du préjudice découlant de la violation d'un droit".

21. De Raad lijkt in het **arrest *Rudelopt*** een onderscheid te maken tussen de vraag naar de ontvankelijkheid *ratione materiae* van het beroep en deze naar de bevoegdheid van de Raad van State. Aangaande het eerste element rijst de vraag of het onderscheid 'gezagscomponent' en 'contractuele component' wel pertinent is.⁷⁸ Uit de hoger aangehaalde rechtspraak van de Raad van State blijkt dat zelfs beslissingen genomen door een overheid op grond van de zogenaamde contractuele component eenzijdige rechtshandelingen blijven. Zij zijn enkel niet aanvechtbaar bij de Raad van State omdat deze laatste hiertoe niet bevoegd is. Bijgevolg diende de Raad zich de eerste vraag niet echt te stellen, lijkt ons. Dit is enkel noodzakelijk als de verzoekende partij de nietigverklaring zou vorderen van de overeenkomst.

Enkel de tweede vraag is pertinent, namelijk in welke mate is de Raad van State bevoegd of, anders geformuleerd, in welke mate heeft de vordering als werkelijk en rechtstreeks voorwerp een objectief dan wel een subjectief geschil? De Raad meent dat zij bevoegd is in deze zaak. Zij kan, volgens haar, administratieve rechtshandelingen vernietigen wanneer de verzoekende partij enkel de objectieve wettigheid ervan betwist, wanneer het beroep niet rechtstreeks als voorwerp heeft de miskenning van een subjectief recht of

74 RvS 25 september 2007, nr. 174.964, *Rudelopt*, APT 2010, 191 met verslag Y. HOUYET en noot P. GOFFAUX.

75 Het bestaan van dergelijke leer kan men echter in België in twijfel trekken: zie S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER en K.-J. VANDORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaats- en publiekrecht", TPR 2016, 502-505; K. WAUTERS, "Zin of onzin van een leer van het administratief contract in België?" in D. D'HOOGHE, K. DEKETELAERE en A. DRAYE, *Liber Amicorum Marc Boes*, Brugge, die Keure, 2011, 589 e.v.; D. D'HOOGHE, "Overeenkomsten met de overheid" in M. STORME, Y. MERCHERS en J. HERBOTS (eds.), *De overeenkomst, vandaag en morgen*, Postuniversitaire cyclus Delva, Antwerpen, Kluwer, 1990, 133 en S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking. Een analyse van het openbaar en het privaat domein, van de domeinconcessies, de concessies van de openbare werken, de concessies van diensten en hun aanbesteding*, Brugge, die Keure, 2007, 51 e.v.

76 P. WIGNY, *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1962, 273-274; W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, "Overeenkomsten met de overheid", TPR 1987, 1736; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1989, t. 2, 825-826; P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Brussel, Bruylant, 2016, v° mutabilité; P. FLAMEY en A. LIPPENS, "De eenzijdige wijziging van domeinconcessie", noot onder Antwerpen, 4 september 2014, T.Ann. 2016, pp. 348-376.

77 Verslag onder RvS 25 september 2007, nr. 174.964, *Rudelopt*, APT 2010, 193 verwijzend naar J. DEMBOUR, *Droit administratif*, Liège, éd. Faculté de droit de Liège, 1978, 419-427, nr. 286. Men vindt dit onderscheid ook impliciet terug in het arrest RvS 26 januari 2016, nr. 233.635, Van Craen.

78 S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2007, 244-246.

de herstelling van een schade opgelopen als gevolg van de miskennen van een recht. De Raad legt dan niet *in concreto* uit waarom de zaak *Rudelopt* een objectief geschil betreft. Het lijkt ons zo te zijn dat de Raad in deze zaak niet verplicht werd om een uitspraak te doen die een invloed kon hebben op een geschil gerezen in het raam van de uitvoering van de overeenkomst.

22. De arresten *Tourisme Social de Chimay*⁷⁹, *Bricteux*⁸⁰, *Synergie*⁸¹ en *Siësta Beach*⁸², geveld na 2007, liggen volledig in de lijn van de leer van het rechtstreeks en werkelijk voorwerp van de vordering. Immers, in al deze arresten maakte de overheid toepassing van een contractuele clausule die de eenzijdige beëindiging als mogelijkheid voorzag. Het is vrij evident dat de Raad van State in dat kader niet bevoegd is, zelfs al is, naar eigen zeggen, die beslissing een eenzijdige rechtshandeling⁸³ of zelfs wanneer de contractuele clausule de overheid een discretionaire bevoegdheid toekent.⁸⁴

De vraag rijst of de leer van het arrest *Rudelopt* toepassing kan vinden op alle soorten overeenkomsten gesloten door een overheid. In navolging van de rechtspraak over de beslissingen voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst, zou het antwoord hierop positief moeten zijn.

In het arrest *Kinopolis Mega*⁸⁵ lijken de Nederlandstalige Kamers van de Raad van State de toepasselijkheid van de leer van de afsplitsbare rechtshandeling mogelijk te achten op alle beslissingen die volgen op de totstandkoming van alle overeenkomsten gesloten door een overheid: "Die theorie (van de afsplitsbare rechtshandeling) heeft betrekking op de eenzijdige rechtshandelingen die aan een overeenkomst voorafgaan of daarop volgen en die van de overeenkomst kunnen worden afgesplitst."⁸⁶ Het zou echter kunnen dat de Raad met de rechtshandelingen die volgen op de totstandkoming van de overeenkomst vooral denkt aan beslissingen van een toezichthoudende overheid ten aanzien van gunningsbeslissingen van een overeenkomst. De Raad lijkt trouwens in datzelfde arrest zelf de algemene draagwijdte te ontkennen met de volgende passage: "Eenmaal de overeenkomst is gesloten, zullen geschillen omtrent de uitvoering, interpretatie, beëindiging en ontbinding van die overeenkomst door de justitiële rechter moeten worden beslecht". Deze passage lijkt zelfs een ontkenning te zijn van het arrest *Rudelopt*. Echter, in een nog recenter arrest nuanceert de Raad zelf terecht een dergelijke algemene overweging: "Voornoemde onbevoegdheid moet worden genuanceerd op basis van de theorie van de afsplitsbare rechtshandeling. Die theorie heeft betrekking op de eenzijdige rechtshandelingen die aan een overeenkomst voorafgaan of daarop volgen en die van de overeenkomst kunnen worden afgesplitst. Het feit dat er in het dossier een contractuele component voorhanden is, leidt er niet toe dat de bevoegdheid *ratione materiae* van de Raad van State ten aanzien van die rechtshandelingen uitgesloten is."⁸⁷

Vrij recent heeft een Franstalig arrest de beperkte draagwijdte van het arrest *Rudelopt* benadrukt: "Il ne peut, certes, être exclu que, lorsque le principe de mutabilité impose

79 RvS 4 september 2008, nr. 186.074, ASBL *Tourisme Social de Chimay*.

80 RvS 16 maart 2011, nr. 212.077, *Bricteux*.

81 RvS 14 oktober 2014, nr. 228.744, *Synergie*, *RW* 2016-17, 262, met noot M. DE GROOT.

82 RvS 17 januari 2017, nr. 237.074, BVBA *Siësta Beach*.

83 RvS 16 maart 2011, nr. 212.077, *Bricteux*.

84 RvS 17 januari 2017, nr. 237.074, BVBA *Siësta Beach*.

85 RvS 7 november 2013, nr. 225.385, NV *Kinopolis Mega*; RvS 23 december 2015, nr. 233.355, NV *Kinopolis Mega*.

86 RvS 23 december 2015, nr. 233.355, NV *Kinopolis Mega*.

87 RvS 12 januari 2016, nr. 233.450, NV *Rutgers Belgium*.

à l'autorité d'adapter son action aux exigences fluctuantes de l'intérêt général et que – pour rencontrer cette exigence – elle décide de modifier ou de résilier unilatéralement une concession domaniale ou de service public, le Conseil d'État soit bien compétent pour connaître d'un recours dirigé contre une telle décision. Cette hypothèse particulière ne peut être confondue avec celle..."⁸⁸ De Raad bevestigt aldus dat de Raad de leer uit het arrest *Rudelopt* enkel in bijzondere omstandigheden zal toepassen. Zij denkt dan aan de situatie waarbij een overheid genoodzaakt is omwille van redenen van algemeen belang een domeinconcessie of een concessie van openbare dienst te wijzigen of beëindigen. In een nog recenter arrest beperkt de Raad van State de leer van het arrest *Rudelopt* tot domeinconcessies.⁸⁹

23. De **arresten Rudelopt, Jobelix** en **Lejeune** nemen nergens uitdrukkelijk de leer van het rechtstreeks en werkelijk voorwerp als uitgangspunt voor de redenering over de rechtsmacht van de Raad van State in verband met eenzijdige rechtshandelingen genomen tijdens de uitvoering van of bij de beëindiging van overeenkomsten.

Wanneer men deze leer als uitgangspunt neemt, dan kan men in haar algemeenheid de leer van de afsplitsbare rechtshandeling inzake overheidsbeslissingen genomen na de totstandkoming van de overeenkomst niet beperken tot domeinconcessies of concessies van openbare dienst. Deze mogelijke beperking vloeit immers niet voort uit de leer van de afsplitsbare rechtshandeling, maar uit het onderscheid tussen administratieve contracten en privaatrechtelijke overheidscontracten. Enkel aangaande de eerste categorie overeenkomsten erkent een bepaalde rechtsleer de mogelijkheid voor een overheid om overeenkomsten eenzijdig te wijzigen of te beëindigen.⁹⁰ De vraag rijst echter in welke mate een overheid inderdaad een overeenkomst eenzijdig kan wijzigen.⁹¹ Op te merken valt dat de Raad van State als enige hoogste rechtscollège dit recht lijkt te hebben erkend, weliswaar enkel voor domeinconcessies en concessies van openbare dienst.⁹²

Men kan volgens ons niet, wanneer men vertrekt vanuit de leer van het rechtstreeks en werkelijk voorwerp, in zijn algemeenheid de rechtsmacht van de Raad van State afwijzen wanneer het beslissingen betreft die genomen zijn tijdens de uitvoering van of bij de beëindiging van de overeenkomst. Een dergelijke algemene uitspraak miskent, onzes inziens, de genuanceerde en soms vage rechtspraak inzake de leer van het rechtstreeks en werkelijk voorwerp.

De eindconclusie van dit alles is dat de leer van de afsplitsbare rechtshandeling onzes inziens wel degelijk toepasselijk is op overheidsbeslissingen genomen tijdens de uitvoering van of bij de beëindiging van de overeenkomst. Volgens ons geldt dit voor alle

88 RvS 18 mei 2017, nr. 238.244, ASBL Jobelix.

89 RvS 16 juni 2017, nr. 238.546, SPRL Philippe Lejeune.

90 D. RENDERS, *Droit administratif général*, Brussel, Bruylant, 2015, 373; D. YERNAULT, "La contractualisation (forcée?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public", *Rev.dr.ULB*, 2006, 78; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, vol. 2, Brussel, Presses universitaires de Bruxelles, 1989, 822; W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, "Overeenkomsten met de overheid", *TPR* 1987, 1736.

91 D. D'HOOGHE en M. GELDERS, "De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten contracten: overheidsopdrachten, publiek-private samenwerkingsovereenkomsten en concessies van openbare dienst", *Le droit des affaires en évolution. La modification unilatérale du contrat*, Brussel, Bruylant, 2002, nr. 13, 105-107; M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 331 e.v.; S. DE RIDDER en A. VANDEBURIE, "La vie du contrat dans les commandes publiques – Het leven van de overeenkomst in de overheidsopdrachten", *T.Aann.* 2010, 10; D. D'HOOGHE en Ph. DE KEYSER, "Het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel" in M. VAN DAMME en I. OPDEBEEK (éd.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 389-390; P. FLAMEY en A. LIPPENS, "De eenzijdige wijziging van domeinconcessievoorwaarden", noot onder Antwerpen 4 september 2014, *T.Aann.* 2016, 358-362.

92 RvS 18 mei 2017, nr. 238.244, ASBL Jobelix.

overeenkomsten gesloten door een overheid. Echter, de hypothesen waarin de Raad zich effectief bevoegd zal kunnen verklaren, zullen uiterst zeldzaam zijn. Meestal zal de beslissing genomen tijdens de uitvoering van of bij de beëindiging van een overeenkomst betrekking hebben op een subjectief recht. Enkel wanneer de overheid gebruikmaakt van haar imperiumbevoegdheid kan er sprake zijn van een afsplitsbare rechtshandeling.

C. Substantiële wijzigingen bij overheidsovereenkomsten

24. Dit onderdeel handelt over een vaak voorkomend gegeven bij de overheidsovereenkomsten, nl. de wijzigingen van zulke overeenkomsten, inbegrepen de verlenging en overdracht ervan. Dit zijn ook beslissingen genomen door een overheid tijdens de uitvoering van een overeenkomst, beslissingen die afsplitsbare handelingen kunnen zijn.

In onze moderne samenleving is het symptomatisch dat situaties snel evolueren. Daartegenover staan soms overeenkomsten met een vrij lange uitvoeringstermijn. Beide elementen staan op gespannen voet ten aanzien van elkaar. Vraag rijst in welke mate de wijziging van een overeenkomst mogelijk is zonder dat een nieuwe mededingingsprocedure georganiseerd moet worden. Immers, een wijziging van een overeenkomst kan zover gaan dat zij het voorwerp ervan denatureert. In die omstandigheden tast een overheid de gelijke behandeling van andere ondernemingen aan.

In 2008 heeft het Hof van Justitie eerst in het raam van overheidsopdrachten en kort daarna ook inzake concessie van diensten hier een antwoord op geformuleerd. In 2014 heeft de Europese regelgever de rechtspraak van het Hof gecodificeerd in nieuwe richtlijnen (1°). De Belgische rechtspraak heeft ook reeds de kans gehad om hierover arresten te vellen. Het is ook in dat kader dat de leer van de afsplitsbare rechtshandeling ter sprake komt (2°).

1° *Presstext-leer*

25. Het vertrekpunt is het **arrest *Presstext Nachrichtenagentur***⁹³, waarin het Hof van Justitie het begrip 'het plaatsen van een overheidsopdracht' verduidelijkt heeft. De te beoordelen problematiek had betrekking op beslissingen genomen tijdens de uitvoering van een overheidsopdracht.

Het Hof van Justitie heeft in het besproken arrest duidelijk geoordeeld dat wijzigingen van de bepalingen van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht tijdens de geldigheidsduur ervan, een nieuwe plaatsing van een overheidsopdracht vormen, wanneer zij kenmerken vertonen die *wezenlijk* verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw

93 HvJ 19 juni 2008, C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*; zie tevens de commentaren op dit arrest F. VANDENDRIESSCHE en Ph. DE KEYSER, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, in D. D'HOOGHE (ed.), *Administratieve Rechtsbibliotheek - Algemene reeks*, nr. 9.1, Brugge, die Keure, 2009, nrs. 268-273; A. BROWN, "When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU Procurement Rules? Guidance at last in *Presstext Nachrichtenagentur GmbH* (Case C-454/06)", *PPLR* 2008, 255-276.

te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst.⁹⁴ Het Hof heeft deze rechtspraak nog bevestigd in andere zaken.⁹⁵

Het Hof vervolgde verder en oordeelde dat er sprake is van een wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke opdracht in drie gevallen:

- wanneer zij voorwaarden invoert die, indien zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure genoemd waren, geleid zouden hebben tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten of tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk gekozen was⁹⁶;
- wanneer zij de markt in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet opgenomen waren in de bewoordingen van de oorspronkelijke overeenkomst⁹⁷;
- wanneer zij het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet bedoeld was.⁹⁸

26. In 2014 heeft de Europese regelgever drie nieuwe richtlijnen goedgekeurd inzake de gunning van overheidsopdrachten en inzake concessieovereenkomsten.⁹⁹ Elk van deze nieuwe richtlijnen bevat een bepaling die betrekking heeft op de situatie waarbij een aanbestedende overheid de overeenkomst wijzigt.

Aldus bevat artikel 72 van Richtlijn 2014/24/EU een uitgewerkte regeling, waaruit blijkt wanneer een aanbestedende overheid een nieuwe gunningsprocedure moet organiseren indien zij de overeenkomst wijzigt.¹⁰⁰ Anders gezegd, uit deze bepaling kan men afleiden wanneer een beslissing tot wijziging van een overeenkomst eigenlijk een nieuwe gunningsbeslissing is of, in de woorden van de huidige bijdrage, een afsplitsbare rechtshandeling is. Aldus heeft het EU-recht ook onrechtstreeks een invloed op de Belgische leer van de afsplitsbare rechtshandeling.

94 Zie randoverweging 34 van het besproken arrest; zie rechtsleer in dezelfde zin vóór het arrest Pressetext: S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet & Maxwell, Londen, 2005, 287-296; V. AURRICCHIO, "The problem of discrimination and anti-competitive behaviour in the execution phase of public contracts", *PPLR* 1998, 124; M. BOWSER, "EC Procurement law and change during the tender of the contract", *The International Construction Law review* 2003, 154-176.

95 HvJ 15 oktober 2009, C196/08, Acoset SpA, overw. 62; HvJ 4 juni 2009, C-250/07, Commissie/Griekenland, overw. 52; HvJ 29 april 2010, C-160/08, Europese Commissie t./ Duitsland; HvJ 13 april 2010, C-91/08, Wall A.G. (overwegingen 37 e.v.); HvJ 7 september 2016, C-549/14, Finn Frogne A/S t./ Rigpolitiet ved Center for Beredskabskommunikation.

96 Zie randoverweging 35 van het besproken arrest; zie tevens HvJ 4 juni 2009, C-250/07, Commissie/Griekenland, overw. 52.

97 Zie randoverweging 36 van het besproken arrest. Een voorbeeld van een uitbreiding van het voorwerp van de opdracht vinden we terug in arrest HvJ 29 april 2010, C-160/08, Commissie t. Duitsland, overw. 99-101.

98 Zie randoverweging 37 van het besproken arrest.

99 Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, *Pb.L.* 28 maart 2014, afl. 94, 1-64; Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, *Pb.L.* 28 maart 2014, afl. 94, 65. Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG, *Pb.L.* 28 maart 2014, afl. 94, 243.

100 Over deze bepaling: S. TREUMER, "Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement directive", *PPLR* 2014, 148-155; J. BRODEC en V. JANEČEK, "How does the substantial modification of a public contract affect its legal regime?", *PPLR* 2015, 90-105; H. HOEPFFNER, "L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence: requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique", *Contrats et Marchés publics* (France), n° 6, Juni 2014, dossier 16; Y. MARIQUE en K. WAUTERS (eds.), *EU Directive 2014/24/EU on public procurement - A new turn for competition in public markets*, Brussel, Larcier, 2016.

2° *Belgische situatie*

27. Er bestaat in het algemeen in België nog niet zoveel rechtspraak waarbij geoordeeld wordt over een situatie waarin een overheid een overeenkomst wijzigt en daarbij bovendien de vraag rijst of deze beslissing geen nieuwe gunningsprocedure of een in-mededingingstelling vereist.

Verschillende verklaringen kunnen aan de basis liggen van deze schaarse rechtspraak. In de eerste plaats is het zo dat de Raad van State niet altijd bevoegd is om te oordelen of beslissingen die een overheid neemt binnen het raam van de uitvoering van een overeenkomst, wettig zijn. Meestal beschouwt de Raad deze niet als afsplitsbare rechtshandelingen. In de tweede plaats zijn derden zich meestal niet bewust van een wijziging van een lopende overeenkomst. Immers, dienaangaande is geen enkele publicatie vereist. De wijziging is in beginsel meestal enkel bekend bij de partijen. In de derde plaats is het resultaat van de betwisting van een dergelijke wijziging nog meer aleatoir dan het betwisten van een oorspronkelijke gunningsbeslissing. Er bestaat voor de betwister helemaal geen zekerheid dat hij uiteindelijk enige kans maakt om de nieuwe opdracht binnen te rijden.

28. Voorafgaand aan de Pressetext-leer van het Hof van Justitie heeft de Raad van State, voor zover wij hebben kunnen nagaan, zich tweemaal uitgesproken over een situatie waarbij de aanbestedende overheid een overeenkomst wijzigt.

Een eerste zaak waarin de Raad een uitspraak deed, dateert reeds van 1967.¹⁰¹ In deze zaak vroeg de verzoekende partij de nietigverklaring van een beslissing van de Belgische Staat tot verlenging van de uitvoeringstermijn. Volgens de Raad gaat de voornoemde beslissing de wijziging van de overeenkomst vooraf en in die zin gaat het om een afsplitsbare rechtshandeling. Dit is een extreme ruime toepassing van de leer van de afsplitsbare rechtshandeling. De Raad rechtvaardigt niet expliciet zijn uitspraak op grond van de leer van het rechtstreeks en werkelijk voorwerp. Het tweede arrest velde de Raad in 2005.¹⁰² Ook hier betrof het een beslissing waarbij een aanbestedende overheid de uitvoeringstermijn van een overeenkomst verlengt. De Raad oordeelt dat een derde een dergelijke beslissing bij de Raad kan aanvechten, dat het een afsplitsbare rechtshandeling betrof. Voor een derde ontnemt de beslissing om een bestaande overeenkomst te verlengen hem de kans om zelf deze overeenkomst uit te voeren. Wanneer de derde een dergelijke beslissing betwist, gaat dit geschil niet over de uitvoering van de overeenkomst, maar over de wettigheid van de beslissing. Het handelt aldus om een objectief contentieux.

Deze twee arresten lijken op zich geen afbreuk te doen aan de strikte toepassing van de leer van het rechtstreeks en werkelijk voorwerp. Immers, in beide gevallen lijkt het zo te zijn dat er eigenlijk sprake is van een nieuwe gunningsbeslissing. Anders gezegd, de Raad van State herkwalificeert de beslissing tot wijziging van een overeenkomst als een gunningsbeslissing. Aldus paste de Raad reeds vóór 2008 impliciet de Pressetext-leer toe.

29. In twee recente arresten heeft de Raad van State de kans gekregen om effectief de Pressetext-leer toe te passen.

Een eerste arrest betrof een zaak waarbij een aanbestedende overheid een ontwerp van bijakte goedkeurde. De bijakte had als voorwerp de verlenging van de uitvoeringster-

101 RvS 4 juli 1967, nr. 12.511, NV Jan De Nul.

102 RvS 12 april 2005, nr. 142.998, SA Watco, JT 2005, 622, met noot D. LAGASSE.

mijn (+16%) en een wijziging van een aantal te leveren goederen (-10%) door de gekozen inschrijver.¹⁰³ De Raad onderzocht dan in welke mate het handelde om wezenlijke wijzigingen. Immers, volgens de Raad, zou dit bepalen of hij bevoegd is om de beslissing tot goedkeuring van de ontwerp van bijakte te vernietigen. De termijnverlenging beschouwde de Raad niet als wezenlijk. Hij verwees hiertoe naar artikel 37 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken.¹⁰⁴ Het aantal te leveren goederen bleek, als gevolg van de bijakte, met 10% te verminderen. In die zin oordeelde de Raad dat er geen sprake was van een wezenlijke wijziging.¹⁰⁵

In een tweede zaak diende de Raad opnieuw te oordelen over een beslissing, waarmee de aanbestedende overheid de termijn van een overeenkomst verlengde met één jaar.¹⁰⁶ De Raad bevestigde nogmaals dat als een wijziging een wezenlijk karakter heeft, dan de beslissing tot wijziging van de overeenkomst een afsplitsbare rechtshandeling is. Immers, in dat geval houdt die beslissing eigenlijk de gunning in van een nieuwe overeenkomst. De Raad was in dat geval van oordeel dat de termijnverlenging niet wezenlijk was.

De vraag of een beslissing tot wijziging van een overeenkomst een afsplitsbare rechtshandeling is die behoort tot de annulatie- of schorsingsbevoegdheid van de Raad van State, beïnvloed wordt door de rechtspraak van het Hof van Justitie. Een dergelijke beslissing is echter niet afsplitsbaar ten aanzien van de bestaande overeenkomst, maar afsplitsbaar ten aanzien van de fictieve nieuwe overeenkomst, die tot stand komt na de wijziging. Het valt te verwachten dat deze problematiek nog meer aan bod zal komen met de inwerkingtreding van de nieuwe regelgeving overheidsopdrachten. Immers, de artikelen 37 t.e.m. 38/11 KB Uitvoering voorzien in een aantal hypothesen waarin een overheid zonder meer een overeenkomst mag wijzigen. Valt echter de wijziging niet binnen de voorwaarden vastgesteld in deze bepalingen, dan zal, volgens artikel 37 KB Uitvoering, de aanbestedende overheid een nieuwe plaatsingsprocedure moeten organiseren. De beslissing die de aanbestedende overheid neemt met miskenning van artikel 37 e.v. KB Uitvoering, zal een afsplitsbare rechtshandeling zijn.

3.3 Artikel 159 van de Grondwet¹⁰⁷

30. Artikel 159 Gw. bepaalt: “De hoven en rechtbanken passen de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe in zover zij met de wetten overeenstemmen”. Op grond van deze bepaling hebben de gewone rechters zonder beperking in de tijd de bevoegdheid om overheidsbeslissingen te toetsen op hun wettigheid, aanvankelijk enkel via een exceptie, later ook rechtstreeks. Op te merken valt dat enkel beslissingen van administratieve overheden onder het toepassingsgebied vallen van artikel 159 Gw. Dit houdt in dat aanbestedende overheden die geen administratieve overheden zijn, niet genieten van deze bijkomende rechtsbescherming.

103 RVS 3 maart 2016, nr. 234.014, SA Clear Channel Belgium.

104 Voor een kritiek op deze bepaling zie 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 Belgisch bestuursrecht*, handelend als editor, Brugge, die Keure, 2014, 316-318.

105 Zie echter HvJ 7 september 2016, C-549/14, Finn Frogne.

106 RVS 1 december 2016, nr. 236.642, SPRL Clear Channel Belgium.

107 Voor enkele recente werken over art. 159 Gw. zie M. NIHOUL (ed.), *L'article 159 de la Constitution. Le contrôle de légalité incident*, Brussel, la Charte, 2010, 494 p.; I. COOREMAN (ed.), *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, p. 364; J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid*, Brugge, die Keure, 2011, 777 p.

Artikel 159 van de Grondwet bevat de exceptie van onwettigheid en vormt daarmee in onze rechtsorde, samen met de vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State, de tandem van het rechterlijk wettigheidstoezicht op administratieve overheidsakten.¹⁰⁸ Dit artikel is dan ook de veruitwendiging van de rechtsstaat. Dit principe bevat de verplichte naleving door de uitvoerende macht van de rechtsregels in het algemeen en de regels die hun bevoegdheid omschrijven.¹⁰⁹ Het gaat volgens de rechtsleer om “een hoeksteen van het grondwettelijk bestel”.¹¹⁰

31. Deze bepaling heeft een imperatieve draagwijdte, wat inhoudt dat in beginsel de gewone rechter de verplichting heeft om een onwettige bestuurshandeling buiten toepassing te laten en dit zelfs ambtshalve op te werpen.¹¹¹ Ook bijgevolg de strijdigheid met het Europees Unierecht moet een rechter in beginsel ambtshalve opwerpen. Deze bepaling heeft ook een algemene draagwijdte.¹¹²

Het Hof van Cassatie aanvaardt de toetsingsbevoegdheid op grond van artikel 159 Gw. zowel ten aanzien van individuele¹¹³ als ten aanzien van reglementaire bestuurshandelingen. De toetsing door de gewone rechter van individuele bestuurshandelingen is belangrijk in het raam van deze studie. Immers, via artikel 159 Gw. hebben de gewone rechters de mogelijkheid om de ‘afsplitsbare (rechts)handeling’ te toetsen op haar wettigheid en om op die grondslag eventueel te interveniëren in de op til zijnde of reeds tot stand gekomen contractuele relatie. Vraag rijst of een burger artikel 159 Gw. ook mag inroepen ten aanzien van beslissingen, die een overheid neemt tijdens de uitvoering van of bij de beëindiging van de overeenkomst. Anders gezegd, mag de gewone rechter wel optreden waar de Raad van State dit niet mag?

Artikel 159 Gw. bepaalt zijn toepassingsgebied *ratione materiae* op grond van de begrippen ‘besluiten’ en ‘verordeningen’. Wat valt onder deze begrippen? In elk geval is het duidelijk dat alle administratieve rechtshandelingen, zoals bedoeld door artikel 14, § 1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, hieronder vallen. Een aantal arresten van de Raad van State laten uitschijnen dat beslissingen, waarbij een administratieve overheid een overeenkomst wijzigt of beëindigt, ook eenzijdige rechtshandelingen zijn.¹¹⁴ Alleen verklaart de Raad van State zich onbevoegd, ofwel omdat de wetgever een andere rechter bevoegd heeft gemaakt en ofwel omdat het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van het geschil betrekking heeft op een subjectief recht. Artikel 159 Gw. hanteert echter niet het begrip ‘administratieve rechtshandeling’, zodat het perfect mogelijk is dat zijn toepassingsgebied nog ruimer is.

108 J. THEUNIS, “De ‘exceptie van onwettigheid’ (artikel 159 G.W.): meer vragen dan antwoorden?”, *RW* 2008, 1266.

109 J. THEUNIS, “Commentaar bij art. 159 G.W.”, *Commentaar rechtspraak en rechtsleer*, Publiekrecht, Kluwer, 2007, 5, nr. 2.

110 K. RIMANQUE, *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 356.

111 JANSSENS DE BISTHOVEN, concl. bij Cass. 21 april 1988, *Pas.* 1988, I, 991; Cass. 26 februari 1980, *Pas.* 1980, I, 774: “Ieder met eigenlijke rechtspraak belast orgaan kan en moet nagaan of de besluiten en verordeningen waarop een vordering, verweer of exceptie is gegrond, met de wet overeenstemmen”. De Raad van State oordeelt in haar rechtspraak dat de toetsing aan art. 159 Gw. van openbare orde is en dus ambtshalve moet worden opgeworpen als ook de onwettigheid van openbare orde is: zie RvS 26 januari 1971, nr. 14.473, Van Look; RvS 9 maart 1988, nr. 29.523, O.C.M.W. Vorst; RvS 28 maart 1996, nr. 58.935, Anckaert en Meyfrootd; RvS 29 juni 2000, nr. 88.476, Loontjens.

112 GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. bij Cass. 3 maart 1972, *RW* 1971-72, 1637.

113 Cass. 21 april 1988, *RCJB* 1990, 431, met noot P. QUERTAINMONT; Cass. 22 maart 1993, *Pas.*, I, 308; Cass. 9 januari 1997, *JLMB* 2000, 257, met noot D. LAGASSE; Cass. 12 september 1997, *JT* 1997, 840.

114 RvS 16 maart 2011, nr. 212.077, Bricteux; RvS 20 juni 2016, nr. 235.130, Geerinx; RvS 18 mei 2017, nr. 238.244, ASBL Jobelix.



32. In het algemeen vloeit uit de rechtspraak voort dat aan artikel 159 Gw. een heel ruime draagwijdte gegeven wordt. Waarschijnlijk vloeit dit juist voort uit het feit dat de bepaling een hoeksteen is van onze rechtstaat. Een ruime toepassing vloeit bijvoorbeeld voort uit de rechtspraak inzake herstellvorderingen bij stedenbouwmisdrijven.

In een arrest van 4 december 2001 bevestigde het Hof van Cassatie letterlijk dat de beslissing van de gemachtigde ambtenaar of het college om een herstellvordering in te stellen een *bestuurshandeling* is.¹¹⁵ In het verleden bevestigden het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof reeds meermaals dat de rechter op grond van artikel 159 Gw. ook de herstellvordering van de stedenbouwkundige inspecteur en/of het college van burgemeester en schepenen op hun externe en interne wettigheid moet toetsen en onderzoeken of ze strookt met de wet dan wel of ze op machtsoverschrijding of machtsafwendings berust, zonder dat de rechter de opportuniteit van de gekozen herstellmaatregel mag beoordelen.¹¹⁶ Op grond van deze rechtspraak oordelen VANDE LANOTTE en anderen dat elke beslissing van een overheid om een vordering in te stellen onder het toepassingsgebied valt van artikel 159 Gw.¹¹⁷ Vermeldenswaard in dat kader is de rechtspraak van de Raad van State over de mogelijkheid om bij haar een herstellvordering te bestrijden. De Raad van State is van oordeel “dat de vordering van de stedenbouwkundige inspecteur tot herstel in de vorige toestand een maatregel is van burgerlijke aard die tot de strafvordering behoort; dat het tot de bevoegdheid van de rechter van de rechterlijke macht behoort de vordering bedoeld in artikel 149 op haar externe en interne wettigheid te toetsen en te onderzoeken of ze strookt met de wet dan wel of ze op machtsoverschrijding berust; dat de rechtsmacht van deze rechter die van de Raad van State uitsluit”.¹¹⁸ Er zijn aldus parallellen te trekken tussen deze rechtspraak en de vraag in welke mate de burgerlijke rechter bestuurshandelingen, gesteld tijdens de uitvoering of bij de beëindiging van een overeenkomst, kan toetsen aan artikel 159 Gw. Het antwoord lijkt positief te zijn.

Recenter is het Hof van Cassatie nog verder gegaan in de toepassing van artikel 159 Gw. Op grond van dat artikel heeft, volgens het Hof van Cassatie, een rechter de bevoegdheid om de onwettigheid van adviezen van de Hoge Raad van het Handhavingsbeleid te toetsen.¹¹⁹

33. Ons is geen rechtspraak van het Hof van Cassatie bekend waarin het Hof rechtstreeks of onrechtstreeks uitspraak doet over de vraag of een beslissing die een overheid neemt tijdens de uitvoering van of bij de beëindiging van een overeenkomst, onder het toepassingsgebied valt van artikel 159 Gw.

115 Cass. 4 december 2001, *Arr.Cass.* 2001, 2054, concl. DE SWAEF; *Pas.* 2001, 1983, concl. DE SWAEF; *RW* 2001-02, 1353; *T.Gem.* 2003, 62, noot BOULLART; *TMR* 2002 (verkort), afl. 3, 276.

116 Cass. (2^{de} k.) 4 februari 2003, AR P.01.1462.N (Stedenbouwkundige inspecteur/V.C. e.a.; Procureur Generaal bij het Hof van Beroep te Antwerpen/V.C. e.a.); Cass. (2^{de} k.) 15 juni 2004, AR P.04.0237.N (D.V.A. en S.S./Gewestelijk Stedenbouwkundig Inspecteur); Cass. (2^{de} k.) 12 oktober 2004, AR P.04.0476.N (Gewestelijk Stedenbouwkundig Inspecteur/C.P. e.a.); Arbitragehof 21 maart 1996, nr. 21/96 (prejudiciële vraag); Arbitragehof 28 maart 2002, nr. 57/2002 (prejudiciële vraag); Arbitragehof 15 oktober 2002, nr. 152/2002 (prejudiciële vraag); Arbitragehof 1 maart 2005, nr. 2005/46; Cass. 3 juni 2005, C.04.0029.N; Cass. 4 november 2008, P.08.0081.N.

117 J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Belgisch Publiekrecht*, deel 2, Brugge, die Keure, 2015, 939-940, voetnoot 253.

118 *RvS* 4 juni 2004, nr. 132.056, Vandijck. Zie ook *RvS* 2 april 2004, nr. 130.074, De Coninck e.a.; *RvS* 2 april 2004, nr. 130.075, BVBA Godts.

119 G. DEBERSAQUES en S. VERBIST, “De Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid”, in S. VERBIST (ed.), *Actualia Ruimtelijke Ordening*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 144; Cass. 2 juni 2015, AR P.14.1532.N, *www.cass.be*, *TMR*, 2016, 65, met noot P. LEFRANC.

Eventueel zouden sommigen kunnen stellen dat het Hof wel onrechtstreeks een uitspraak doet in een arrest van 12 oktober 2015.¹²⁰ In dit arrest oordeelde het Hof dat de beginselen van behoorlijk bestuur niet toepasselijk zijn op een beslissing, waarbij een overheid eenzijdig een einde stelt aan een arbeidsovereenkomst. Men zou hieruit kunnen afleiden dat de rechter niet de bevoegdheid heeft om de wettigheid van een dergelijke beslissing na te gaan op grond van artikel 159 Gw. Dit lijkt echter een te verre gaande conclusie. Het lijkt ons zo te zijn dat het Hof van Cassatie de toepasselijkheid van de beginselen van behoorlijk bestuur enkel afgewezen heeft, omdat er *in casu* een specifieke wetgeving bestaat. Beginselen van behoorlijk bestuur die geen grondwettelijke waarde hebben, kunnen niet *contra legem* werken.¹²¹

In dat laatste kader lijkt trouwens het Grondwettelijk Hof recent wel te pleiten voor de toepasselijkheid van de beginselen van behoorlijk bestuur op beslissingen, waarbij een administratieve overheid op eenzijdige wijze een einde stelt aan een arbeidsovereenkomst.¹²² *In casu* betrof het de toepassing van de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur. Het Grondwettelijk Hof was van oordeel dat het in strijd zou zijn met het gelijkheidsbeginsel, indien statutaire ambtenaren wel een hoorplicht konden genieten en contractuele ambtenaren niet, wanneer een overheid hen ontslaat (overw. B.5.). Een administratieve overheid dient de beginselen van behoorlijk bestuur te eerbiedigen, juist omdat zij de behoedster is van het algemeen belang. Of anders gezegd, ook wanneer een overheid contractueel handelt, handelt zij noodzakelijkerwijze in het algemeen belang (vgl. overw. B.7.). Indien de burgerlijke rechter inderdaad de overheidsbeslissingen genomen bij de beëindiging van een (arbeids)overeenkomst dient te toetsen aan de beginselen van behoorlijk bestuur, dan volgt hieruit impliciet dat deze beslissingen afsplitsbaar zijn van de overeenkomst. De burgerlijke rechter kan een overheidsbeslissing slechts toetsen aan de beginselen van behoorlijk bestuur via artikel 159 Gw.

Wij zijn van oordeel, gezien de bestaande rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake artikel 159 Gw. en gezien het fundamenteel karakter van deze bepaling, dat artikel 159 Gw. ook toepasselijk is op beslissingen die een overheid neemt tijdens de uitvoering van of bij de beëindiging van de overeenkomst. Welke wettigheidskritieken dan effectief werkzaam zullen zijn, zal afhangen van de wetgeving die eventueel toepasselijk is op de specifieke overeenkomst.

4 Besluit

34. De leer van de afsplitsbare rechtshandeling is in België, in tegenstelling tot Frankrijk, nog altijd springlevend. De Raad van State zal zich slechts bevoegd achten wanneer het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van het geschil geen betrekking heeft op een subjectief recht. Anders gezegd, de leer van het werkelijk en rechtstreeks voorwerp is bepalend opdat de beslissing van een overheid om een overeenkomst aan te gaan, te wijzigen of te beëindigen als afsplitsbare rechtshandeling behoort tot de bevoegdheid van de Raad van State.

Wanneer men de leer van het werkelijk en rechtstreeks voorwerp toepast op een overheidsbeslissing, waarbij een overheid tussenkomt in de uitvoering van de overeenkomst

120 Cass. 12 oktober 2015, *JTT* 2016, 27, met noot G. LEMAIRE.

121 Cass. 29 november 2004, *RW* 2006-07, 173; Cass. 1 maart 2010, *RW* 2010-11, 1091.

122 GwH nr. 86/2017, 6 juli 2017.



of waarbij zij de overeenkomst wijzigt, dan zal de Raad van State slechts zelden bevoegd zijn om een dergelijke beslissing te vernietigen. De Raad is zeker niet bevoegd wanneer de wijziging of de beëindiging van de overeenkomst voortvloeit uit een contractueel vastgelegd recht of uit een wanprestatie van de andere partij. In dat geval behoort het geschil tot het subjectief contentieux. De bevoegdheid van de Raad van State is echter wel weer belangrijker geworden als gevolg van de Pissetext-leer. Immers, in beginsel vereisen 'wezenlijke' wijzigingen aan een overeenkomst een nieuwe plaatsingsprocedure volgens artikel 37 KB Uitvoering.

Een onderneming of burger lijkt wel de mogelijkheid te hebben bij de gewone rechter om op grond van artikel 159 Gw. de wettigheid van een overheidsbeslissing tot wijziging of beëindiging van een overeenkomst te betwisten, tenzij op deze situatie een bijzondere regelgeving toepasselijk is.

Kris WAUTERS

*Professor aan de U.C.L. en gastprofessor aan de ULiège
Advocaat aan de balie te Brussel*

