

Kris Wauters

Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten

De preventieve en jurisdictionele rechtsbescherming
bij de gunning van overheidsovereenkomsten in
Nederland, Frankrijk en België en de mogelijke
invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie

Kris Wauters

Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten

De preventieve en jurisdictionele rechtsbescherming bij de gunning van overheidsovereenkomsten in Nederland, Frankrijk en België en de mogelijke invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie

ISBN 978-90-5095-983-4

D/2009/7849/86

NUR 823

© 2009 Intersentia Antwerpen – Oxford
www.intersentia.be

Opmaak en typografie binnenwerk: Boekopmaak Nettie Litjens, Maastricht

Omslagfoto © Danny Juchtmans

Deze uitgave werd als proefschrift verdedigd aan de Universiteit Maastricht op 8 oktober 2009.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photo copy, microfilm or any other means, without written permission from the author.

Voor Chiron

DANKWOORD

Aan de inhoud van dit proefschrift gaat het denkwerk van heel wat rechtsgeleerden en rechters vooraf. Zonder dit denkwerk was huidig proefschrift niet mogelijk geweest, minstens had het misschien driemaal langer geduurd alvorens tot een vergelijkbaar werk te komen. Aldus heb ik voor grote onderdelen van het proefschrift kunnen teruggrijpen naar fundamenteel denkwerk van voorgangers. Ik wens deze voorgangers dan ook hiervoor uitdrukkelijk te danken.

Naast jurist ben ik natuurlijk in de eerste plaats mens. Als mens heb ik ten eerste mijn 'daar zijn' te danken aan mijn ouders. Zij hebben mij gevormd en gestimuleerd. Hun intensieve arbeid gaf mij de kans om universiteitsstudies aan te vatten en te beëindigen. Zij zijn ook een eerste voorbeeld geweest wat betreft intensieve arbeid. Ik dank hen hiervoor.

De inspiratie, de durf en het doorzettingsvermogen kreeg ik van Goddy met wie ik de laatste 10 jaar vreugde en leed heb gedeeld. De persoon, die ik vandaag ben, heeft zij voor een groot deel mee gevormd. Zij heeft me uiteindelijk aan het denken gezet betreffende de stap naar de Nederlandse rechtscultuur en me duidelijk gemaakt dat dromen soms ook werkelijkheid worden. Mijn zoon heeft mij vooral ruimte en tijd gegeven tijdens weekends en vakanties om dit voor hem vervelende werk te volbrengen. Aan deze laatste draag ik dit proefschrift op.

Een speciaal woord nog voor mijn stagemeeester, Benoît Cambier, die mij gevormd heeft tot een waar jurist en wiens geloof in mij blind was. Aan zijn houding en geïnspireerdheid heb ik het te danken nog steeds als advocaat werkzaam te zijn en in mijn activiteiten te trachten het rechte pad te blijven volgen. Verder gaat ook mijn dank uit naar Jan Ghysels die voor een deel het schrijven van dit werk heeft mogelijk gemaakt. Ook zijn geloof in mij werkte inspirerend. Een aantal mensen bedank ik in het bijzonder voor hun geconcentreerde lezing van bepaalde delen van het proefschrift: kamervoorzitter en staatsraad Dierk Verbiest, eerste auditeur Jos Stevens en dr. Caroline Cauffman. Het kantoor Monard-D'Hulst ben ik dank verschuldigd voor de materiële ondersteuning en voor de ruimte, die het me gaf om dit werk te vervullen. Een aantal mensen binnen het kantoor hebben mij ook materieel bijgestaan. Op gevaar af één iemand te vergeten, dank ik hen in het algemeen. Iris Van Bael heeft gezorgd voor een laatste nalezing van het geheel, alvorens het proefschrift definitief werd binnengebracht bij de beoordelingscommissie. Heel veel dank

hiervoor. Nettie Litjens heeft de finale tekst gezet, wat mij heel veel werk heeft bespaard. Ook hiervoor dank.

Ten slotte ben ik prof. F.A.M. Stroink en dr. A.M.L. Jansen, die mij de kans boden om dit proefschrift aan de universiteit van Maastricht te verdedigen, zeer erkentelijk. Steeds was ik welkom om delen van mijn proefschrift te bespreken en telkens opnieuw kon ik vaststellen dat zij met de meeste aandacht die delen ook lazen. Ook ben ik prof. A. Van Oevelen zeer erkentelijk die 'en cours de route' met veel enthousiasme zich akkoord verklaarde om mij mee te begeleiden en deel uit te maken van de jury. Ook de andere leden van de examencommissie ben ik zeer erkentelijk voor hun waardevolle opmerkingen.

INHOUD

Inleiding	1
1. Uitgangspunt	1
2. Onderwerp	1
3. Methode	3
4. Indeling	6
5. Praktisch	7
DEEL I BEGRIPPENKADER	
Inleiding	13
Hoofdstuk 1 Europa	15
Afdeling 1 Inleiding	15
Afdeling 2 Overeenkomst	16
Afdeling 3 Overheid	18
1. De staat en de territoriale lichamen	19
2. Publiekrechtelijke instellingen	19
2.1. Definitie	19
2.2. Voorwaarden	20
2.2.1. Behoeftte van algemeen belang, andere dan van commerciële of industriële aard	20
2.2.1.1. Inleiding	20
2.2.1.2. Algemeen belang	21
2.2.1.3. Andere dan van commerciële of industriële aard	22
2.2.2. Rechtspersoonlijkheid	22
2.2.3. Afhankelijkheid	22
Afdeling 4 Besluit	23
Hoofdstuk 2 Nationale rechtsstelsels	25
Afdeling 1 Nederland	25
1. Sluiten van een overeenkomst	25
2. Overheid	28
3. Overeenkomst	30

3.1.	Begrip en categorieën.....	30
3.2.	Toepasselijk recht	32
4.	Besluit.....	33
Afdeling 2	Frankrijk.....	33
1.	Sluiten van een overeenkomst.....	33
2.	Contrat administratif	35
2.1.	De overeenkomst.....	35
2.2.	Le contrat administratif	36
2.2.1.	Historisch overzicht	36
2.2.2.	Onderscheidingscriteria	38
2.2.2.1.	Personne publique.....	38
2.2.2.2.	Criteria	39
Afdeling 3	België.....	42
1.	Sluiten van een overeenkomst.....	42
2.	Overheid	44
2.1.	Algemeen.....	44
2.2.	Administratieve overheid	45
2.2.1.	Geen wetgevende of rechterlijke macht (negatief criterium)	46
2.2.2.	Opgericht door de overheid (positief criterium).....	46
2.2.3.	Controle of toezicht door de overheid (positief criterium).....	47
2.2.4.	Behartiging van een taak van algemeen belang (positief criterium)	47
2.2.5.	Publiekrechtelijke vorm (positief criterium).....	47
2.2.6.	Eenzijdige bindende beslissing (positief criterium).....	48
3.	Overeenkomst.....	49
3.1.	Begrip	49
3.2.	De overheidsovereenkomst.....	51
4.	Besluit.....	52
	Algemene conclusies bij deel I.....	52
DEEL II	PREVENTIEVE RECHTSBESCHERMING BIJ DE GUNNING VAN OVERHEIDSOVEREENKOMSTEN	
Inleiding	57
Hoofdstuk 3	Europeesrechtelijke beginselen bij de gunning van overheidsovereenkomsten	59
Afdeling 1	Inleiding.....	59
Afdeling 2	Bronnen.....	60
1.	Het primair verdragsrecht.....	60
1.1.	Doelstellingen	60
1.2.	Bepalingen.....	61
2.	Europese richtlijnen	62
2.1.	Grondslag	62
2.2.	Doelstellingen	63
Afdeling 3	Erkenning en aard	64
1.	Het beginsel van de gelijke behandeling.....	64
1.1.	Een algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht	64

1.2.	De gelijke behandeling bij de gunning van overheidsvereenkomsten ...	65
1.2.1.	Overeenkomsten in het algemeen	66
1.2.2.	Aanbestedingen	67
2.	De transparantieplicht	67
2.1.	Oorsprong en draagwijdte	68
2.2.	Erkenning	69
2.2.1.	Het primaire verdragsrecht.....	69
2.2.2.	Richtlijnen aanbestedingen	71
2.3.	Aard.....	72
Afdeling 4 Toepassingsgebied		75
1.	Onderworpen overheidsvereenkomsten	75
2.	Het grensoverschrijdende belang.....	78
3.	Uitzonderingen.....	80
3.1.	Algemeen belang	80
3.1.1.	EG-verdrag	81
3.1.2.	Rule of reason	82
3.1.3.	Casus	83
3.2.	Artikel 86.2 EG-verdrag.....	83
3.3.	Geen economische activiteit.....	84
Afdeling 5 Concrete toepassing		85
1.	Rol.....	85
2.	Concrete verplichtingen	86
2.1.	Inleiding.....	87
2.2.	Het beginsel van de gelijke behandeling.....	87
2.2.1.	Gunningsprocedure	87
2.2.2.	Andere plichten	89
2.3.	Transparantieplicht	89
2.3.1.	Het EG-verdrag.....	89
2.3.1.1.	Algemeen.....	90
2.3.1.2.	Aankondiging	91
2.3.1.3.	Andere verplichtingen.....	93
2.3.2.	Richtlijnen aanbestedingen	95
2.3.2.1.	Bekendmaking	95
2.3.2.2.	Andere verplichtingen.....	97
Afdeling 6 Kritiek.....		98
1.	Overzicht kritieken rechtsleer.....	98
2.	Eigen standpunt.....	99
Conclusie		100
Hoofdstuk 4 Preventieve rechtsbescherming in de verschillende		
rechtsstelsels		101
Afdeling 1 De toepassing van enkele beginselen bij de contractssluiting		
door een overheid in Nederland		101
1.	Vrije keuze?	101
1.1.	Uitgangspunt	101
1.2.	De overheid als contractpartner	102

1.2.1.	Besluit.....	105
2.	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	105
2.1.	Algemeen.....	105
2.1.1.	Oorsprong en begrip	105
2.1.2.	Toepassing op overheidsovereenkomsten	106
2.1.2.1.	Algemeen.....	106
2.1.2.2.	Welke overeenkomsten?.....	109
2.1.2.3.	Welke beginselen?	110
2.2.	Het gelijkheidsbeginsel.....	112
2.2.1.	Begrip	112
2.2.2.	Bij overheidsovereenkomsten.....	113
2.2.2.1.	Algemeen.....	113
2.2.2.2.	Aanbesteding	115
2.2.2.3.	Transparantieplicht	116
3.	Besluit.....	118
Afdeling 2 De toepassing van publiekrechtelijke beginselen bij de contractsluiting door de overheid in het Franse recht.....		119
1.	Vrije keuze?	119
1.1.	Uitgangspunt	119
1.2.	Juridisch gehalte	121
1.2.1.	Conseil constitutionnel	121
1.2.2.	Conseil d'Etat.....	122
1.2.3.	Besluit.....	123
1.3.	Beperkingen	123
2.	Beginselen.....	124
2.1.	Algemeen.....	124
2.1.1.	Welke beginselen?	124
2.1.2.	Welke overeenkomsten?.....	127
2.2.	Het gelijkheidsbeginsel.....	128
2.2.1.	Begrip	128
2.2.2.	De gelijke behandeling bij de gunning van een contrat administratif ...	129
2.2.2.1.	Gelijke toegang	129
2.2.2.2.	Gelijk in de procedure	130
2.3.	Het transparantiebeginsel	131
2.3.1.	Inleiding.....	131
2.3.2.	Erkenning	132
3.	Besluit.....	133
Afdeling 3 De toepassing van enkele beginselen bij de contractsluiting door de overheid in België		134
1.	Vrije keuze?	134
1.1.	Uitgangspunt	134
1.2.	De overheid als contractpartner	135
1.2.1.	Discretionaire bevoegdheid	135
1.2.2.	Beperkingen	136
1.2.2.1.	Wettelijke bepaling.....	136
1.2.2.2.	Inperking door de overheid	137

1.2.2.3.	Beginselen van behoorlijk bestuur	137
1.2.3.	Besluit.....	138
2.	Beginselen van behoorlijk bestuur	138
2.1.	Algemeen.....	138
2.1.1.	Begrip	138
2.1.2.	Toepassing op overheidsovereenkomsten	139
2.1.2.1.	De totstandkoming van een overeenkomst	140
2.1.2.2.	De uitvoering of beëindiging van de overeenkomst	141
2.1.3.	Welke beginselen?	143
2.2.	Het gelijkheidsbeginsel.....	144
2.2.1.	Inleiding.....	144
2.2.2.	Welke overeenkomsten?.....	145
2.2.3.	Verplichtingen	146
2.2.3.1.	Algemeen.....	146
2.2.3.2.	Transparantie	150
2.2.3.3.	Besluit.....	151
	Algemene conclusie bij deel II.....	152
DEEL III	JURISDICTIE (VOORLOPIGE) RECHTSBESCHERMING BIJ DE GUNNING VAN OVERHEIDSOVEREENKOMSTEN	
Inleiding	157
Hoofdstuk 5	Europese rechtsbescherming	159
Afdeling 1	De communautaire rechtsorde	160
1.	Rechtstreekse werking en voorrang.....	160
1.1.	Rechtstreekse werking	160
1.2.	Voorrang.....	162
1.3.	Gevolgen.....	162
1.3.1.	Voorrang.....	162
1.3.2.	Rechtstreekse werking	163
2.	Beginsel van Gemeenschapstrouw	164
Afdeling 2	Effectieve rechtsbescherming.....	165
1.	Nationale procedurele autonomie.....	165
2.	Europese waarborgen inzake rechtsbescherming.....	167
2.1.	Beginselen.....	167
2.1.1.	Basisarresten.....	167
2.1.1.1.	Inleiding.....	167
2.1.1.2.	Loyale samenwerking.....	168
2.1.1.3.	Voorrang.....	169
2.1.2.	Evolutie.....	170
2.1.2.1.	Procedurele autonomie.....	170
2.1.2.2.	Voorrang.....	173
2.1.2.3.	Synthese	179
2.1.3.	Besluit.....	180
2.2.	Concrete gevolgen.....	180
2.2.1.	Belang hebben.....	181

2.2.2.	Redelijke termijn.....	181
2.2.3.	Ambtshalve toepassing.....	182
2.2.3.1.	Besluit.....	185
2.2.4.	Voorlopige rechtsbescherming.....	185
2.2.4.1.	Principe.....	185
2.2.4.2.	Criteria.....	186
2.2.4.3.	Besluit.....	187
Afdeling 3	Effectieve rechtsbescherming bij het sluiten van overeenkomsten....	187
1.	Algemeen beginsel van gemeenschapsrecht.....	187
2.	Effectieve rechtsbescherming en de gunning van overeenkomsten.....	188
2.1.	Principe.....	188
2.2.	Toepassing.....	189
2.3.	Voorlopige rechtsbescherming.....	191
Hoofdstuk 6	Nationale rechtsbescherming.....	195
Afdeling 1	De voorlopige rechtsbescherming in Nederland.....	195
1.	Rechtsbescherming tegen de overheid.....	196
1.1.	Historische schets en stand van zaken.....	196
1.2.	Bevoegdheidsverdeling.....	197
2.	Rechtsbescherming bij de gunning van overheidsovereenkomsten.....	199
2.1.	Het burgerlijk procesrecht.....	200
2.2.	Voorlopige rechtsbescherming.....	200
2.2.1.	Inleiding.....	201
2.2.2.	Ontvankelijkheidseisen.....	202
2.2.3.	Beoordelingsgronden.....	204
2.2.3.1.	Spoeisendheid.....	204
2.2.3.2.	Afweging belangen.....	205
2.2.3.3.	Besluit.....	206
2.2.4.	Bevoegdheid.....	207
2.2.4.1.	Toetsing kortgedingrechter.....	207
2.2.4.2.	Sancties.....	208
3.	Besluit.....	212
Afdeling 2	De voorlopige rechtsbescherming in Frankrijk.....	212
1.	Het 'Contentieux administratif'.....	213
1.1.	Bevoegdheidsverdeling.....	213
1.1.1.	Bestuurshandelingen.....	213
1.1.2.	Service public.....	214
1.1.3.	Beheer.....	214
1.2.	Eigen systeem.....	215
2.	Contrats administratifs en rechtsbescherming.....	215
2.1.	Algemeen.....	215
2.2.	Jurisdictionele bescherming bij de gunning van de overeenkomst.....	216
2.2.1.	Bestrijden van de gunningsbeslissing.....	216
2.2.1.1.	Acte détachable.....	216
2.2.1.2.	Recours pour excès de pouvoir.....	219
2.2.1.3.	Urgentieproudures (voorlopige rechtsbescherming).....	222

2.2.2.	Bestrijden van de overeenkomst	246
2.2.2.1.	Voorbeschouwingen	246
2.2.2.2.	Positie van de derde	247
3.	Besluit.....	256
Afdeling 3	De voorlopige rechtsbescherming in België.....	257
1.	Dualistisch systeem.....	257
1.1.	Historisch overzicht	257
1.2.	Dualistisch systeem.....	259
2.	Grondwettelijke bevoegdheidsverdeling.....	262
2.1.	Algemene principes	262
2.2.	Kortgedingprocedures.....	266
2.2.1.	Algemeen.....	266
2.2.2.	Gunning van overheidsovereenkomsten	270
3.	Rechtsbescherming bij de Raad van State	272
3.1.	Bevoegdheidsvoorwaarden	272
3.1.1.	Administratieve overheid	273
3.1.2.	Eenzijdig karakter	273
3.1.2.1.	Algemene beschouwingen	273
3.1.2.2.	De afsplitsbare rechtshandeling	274
3.2.	Ontvankelijkheidsvoorwaarden.....	279
3.2.1.	Administratieve rechtshandeling	280
3.2.2.	Belang.....	280
3.2.2.1.	Algemeen.....	281
3.2.2.2.	Belang gunningsbeslissing	283
3.2.2.3.	Besluit.....	284
3.2.3.	Termijn.....	285
3.2.3.1.	Wettelijke termijn	285
3.2.3.2.	Spoedeisend handelen.....	286
3.3.	Beslissingen Raad van State	287
3.3.1.	Nietigverklaring	288
3.3.2.	Schorsing	288
3.3.2.1.	Ontstaansgeschiedenis.....	289
3.3.2.2.	Grondvoorwaarden.....	290
3.3.3.	Uiterst dringende noodzakelijkheid	298
3.4.	Voorlopige maatregelen	300
3.5.	Dwangsom	301
4.	De gewone rechter.....	302
4.1.	Rechtsbescherming door de gewone rechter	302
4.1.1.	Artikel 159 G.W.	302
4.1.2.	Bevoegdheid rechter	304
4.2.	Kortgedingrechter	305
4.2.1.	Historische schets	305
4.2.2.	Grondvoorwaarden.....	306
4.2.2.1.	Spoedeisendheid.....	306
4.2.2.2.	Voorlopig karakter	307
4.2.3.	Maatregelen.....	308

4.2.3.1. Geen overeenkomst.....	308
4.2.3.2. Wel overeenkomst.....	310
Algemene conclusie bij deel III.....	319
DEEL IV ALGEMENE CONCLUSIES	
Hoofdstuk 7 Algemene conclusies.....	323
Résumé: Protection juridique et les contrats publics	337
Summary: Jurisdictional Protection and Government Contracts.....	349
Zakenregister	359
Bibliografie	363
Curriculum vitae	391