

Nr.
24^{STE} KAMER

RECHTBANK VAN EERSTE AANLEG TE BRUSSEL

A.R. Nr.

Beroepsaansprakelijkheid advocaat - Overheidsopdracht

**Gedeeltelijk eindvonnis + heropening der debatten op voor,
op tegenspraak**

1 dagvaarding
3 conclusies

Aangeboden op

Niet te registreren

De ontvanger

IN DE ZAAK:

De met zetel te
KBO nr.

Eiseres,
Vertegenwoordigd door Meester

TEGEN:

1. De **bvba** , met zetel te
2. De **cvba** met zetel te

Verweersters,
Vertegenwoordigd door Meester

IN AANWEZIGHEID VAN :

1. de **nv** met zetel te
2. De **nv** met zetel te
3. De **nv** , met zetel te
4. met zetel te
5. De met zetel te

Vrijwillig tussenkomende partijen,
Vertegenwoordigd door Mters

* * *

register nr.

In deze zaak in beraad genomen op 25 oktober 2007 spreekt de rechtbank volgend vonnis uit:

De volgende procedurestukken werden op regelmatige wijze neergelegd;

- de dagvaarding betekend op 13 september 2005;
- de syntheseconclusies voor verweersters neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 16.05.06;
- de syntheseconclusies voor vrijwillige tussenkomende partijen neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 26.10.05;
- de syntheseconclusies voor eiseres, neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 24.03.06;

De advocaten van partijen werden gehoord in hun pleidooien ter openbare zitting van 18 oktober 2007, waarna de zaak in voortzetting werd gezet op 25 oktober 2007, op welke datum 2 bundels werden neergelegd en de zaak in beraad werd genomen.

1. FEITEN

1.

In november 2002 startte toenmalig _____ minister van telecommunicatie, een zoektocht naar een nieuwe afgevaardigd bestuurder voor _____, als opvolger van de op 8 november 2002 plots overleden _____. Minister _____ liet zich in die opdracht bijsaan door de heer _____; van het headhunterskantoor _____ stelde de heer _____, beheerder van vennootschappen en toenmalig afgevaardigd-bestuurder van _____, voor aan minister _____ als kandidaat afgevaardigd-bestuurder.

Op 11 februari 2003 werd de heer _____ van het advocatenkantoor _____ telefonisch gecontacteerd door _____. Nog diezelfde dag belegde de heer _____ een vergadering met de heer _____.

De heer _____ kreeg de opdracht om onmiddellijk een samenwerkingsovereenkomst op zelfstandige basis op te stellen tussen de nv _____ en de heer _____, die als nieuwe afgevaardigd bestuurder van _____ zou worden voorgedragen aan de Regering, die het wettelijk recht heeft de afgevaardigd bestuurder van _____ aan te duiden.

_____ voert aan dat de heer _____ diezelfde dag tevens de opdracht kreeg om de minister, de aandeelhouders van _____ en _____ volledig te adviseren en bij te staan bij het uitwerken van een structuur waarbij de heer _____, onder het zelfstandigenstatuut zou functioneren, wat door verweerders wordt betwist.

2.

Diezelfde dag nog, op 11 februari 2003, vatte de heer de studie aan van de hem door de heer overgemaakte stukken, met name een kopie van de overeenkomst van 19 februari 2001 tussen de nv en de heer en een kopie van het reglement van de groepsverzekering waarvan de heer de begunstigde was, en vatte hij de redactie van de ontwerpovereenkomst aan. Bij fax en e-mail van diezelfde dag verzocht de heer om een aantal bijkomende stukken, zoals de oorspronkelijke overeenkomst van 13 januari 1995 tussen de heer en , het groepsverzekeringsreglement, en om bijkomende informatie (stuk 13 AGF).

Op 12 februari 2003 vond een telefonisch onderhoud plaats tussen minister en de heer . De minister bevestigde de opdracht van de heer en preciseerde dat de nv de kosten en erelonen van de heer zou betalen. Eveneens op 12 februari 2003 werkte de heer het ontwerp van overeenkomst af, na studie van de hem overgemaakte stukken. De nv voert aan dat de heer de minister diezelfde dag telefonisch advies verleende over het zelfstandig statuut en het verloningspakket van de heer wat door de heer echter uitdrukkelijk wordt tegengesproken.

Op 13 februari 2003 werd vertegenwoordigd door de heren en (lid van de raad van bestuur van en afgevaardigd bestuurder van dat eigenaar was van 49 % van de aandelen van de nv) uitgenodigd bij minister . Beide personen maakten deel uit van het driekoppige remuneratiecomité. Tijdens deze bijeenkomst zette minister volgens het zelfstandig statuut en het verloningspakket van de heer uiteen, volgens "overeenkomstig het advies van de heer ". De heer was niet uitgenodigd voor deze vergadering, en betwist enig advies terzake te hebben verleend.

Eveneens op 13 februari 2003 hadden de eerste onderhandelinaen plaats betreffende de overeenkomst tussen de heer en , in aanwezigheid van de heer en . De besprekingen werden verdergezet en afgerond op 14 februari 2003.

De nv voert aan dat de heren en tijdens de onderhandelingen op donderdag 13 februari 2003 de heer tevens uitdrukkelijk hebben verzocht om een juridische inschatting te maken van de aanstellingspiste waarbij de heer als zelfstandige zou worden aangesteld, en de heer hierbij in concreto bevestigde dat de vergoedingen, met inbegrip van de contractueel bepaalde beëindigingsvergoeding, niet aan sociale zekerheidsbijdragen voor werknemers zou onderworpen zijn. Zij verwijst hierbij in het bijzonder naar een passage uit een mail van 18 februari 2003 uitgaande van de heer , die luidt als volgt: "op een gegeven ogenblik, donderdagavond, hebben wij overwogen om in een apart schrijven te voorzien dat, indien de wetgeving op zelfstandige arbeid zou wijzigen, partijen opnieuw zouden

samenkomen en een nieuwe overeenkomst zouden sluiten" (stuk 2).
Verweerders betwisten dit.

De nv _____ bevestigt echter dat de heer _____ tijdens deze vergadering de vraag stelde of een zelfstandig statuut kon voor een gedelegeerde bestuurder, waarop de heer _____ bevestigend antwoordde, met verwijzing naar het ontwerp Onkelinkx.

De besprekingen werden voortgezet en afgerond op 14 februari 2003. Diezelfde dag nam de federale regering de beslissing om de heer _____ te benoemen als nieuwe CEO van _____

Bij e-mail van 18 februari 2003 verklaarde de heer _____ terug te komen op de onderhouden van de week ervoor betreffende het contract van de heer _____. De heer _____ verzocht om duidelijkheid over de vraag of een document diende te worden voorbereid voor het geval de wetgeving op de zelfstandige arbeid zou wijzigen. Anderzijds verwees hij naar een verzoek van de heer _____ om inlichtingen omtrent het wetsontwerp ter aanvulling van artikel 5bis van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten en een ontwerp van koninklijk besluit ter uitvoering van artikel 5 bis § 2 van dezelfde wet, beiden kaderend in de strijd tegen schijnzelfstandigen (stuk 2 _____): dit wetsontwerp zou een weerlegbaar vermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst invoeren, voor zover uit de analyse van de arbeidsrelatie zou blijken dat een meerderheid van door de Koning te bepalen criteria is vervuld. De heer _____ voert aan, onder verwijzing naar zijn gedetailleerde ereloonstaat (stuk 24) dat dit advies werd opgesteld na telefonisch verzoek daartoe op 17 februari 2003, en dit geenszins een bevestiging vormde van een eerder advies tijdens de vergadering van 13 februari 2003.

Op 20 februari 2003 maakte de heer _____ op verzoek van de heer _____ een advies over omtrent het statuut van de gedelegeerd bestuurder van _____. Verweerders stellen, onder verwijzing naar hun detail van ereloonstaat (stuk 24) dat dit advies werd opgesteld op telefonisch verzoek van de heer _____ op 19 februari 2003.

De juridische probleemstelling werd als volgt geformuleerd: "De vraag stelt zich in welke hoedanigheid de gedelegeerde bestuurder van een onderneming als _____ handelt voor arbeidsrechtelijke en sociaalrechtelijke doeleinden. Is de gedelegeerd bestuurder noodzakelijkerwijze een werknemer of kan hij als zelfstandige optreden". De heer _____ schetste vervolgens het Belgische arbeidsrechtelijk en sociale zekerheidsperspectief. Hij stelde hierin onder meer: "De Belgische wetgeving kent geen specifieke wet met betrekking tot de functie van gedelegeerd bestuurder. Waar het Belgisch vennootschapsrecht bepaalt dat een mandataris noodzakelijkerwijze werkzaam is als een zelfstandige is dit niet het geval voor de positie van de gedelegeerd bestuurder. In afwezigheid van enige specifieke wettelijke bepalingen, dienen de normale regels met betrekking tot het bepalen van het werkstatuut van de werknemer te worden toegepast. Dit houdt in dat iemand zal worden beschouwd als een werknemer wanneer deze persoon werkzaam is in een ondergeschikte relatie tegenover de werkgever." (...) Indien er gezag wordt

uitgeoefend over de gedelegeerd bestuurder, zal deze beschouwd worden als een werknemer en bijgevolg ook als werknemer moeten aangegeven worden voor sociale zekerheidsdoeleinden. Dit betekent dat de werkgever patronale bijdragen voor de sociale zekerheid zal moeten betalen op de verloning van de werknemer van ongeveer 35%". De heer bevestigde in een gemotiveerd advies dat de afgevaardigd bestuurder wel degelijk een zelfstandige kan zijn.

Tevens werd een ontwerp van "side letter" opgemaakt: deze sideletter moest de deur openlaten voor een eventuele heronderhandeling tussen de nv [] en de heer [] voor het geval het ontwerp Onkelinx wet zou worden en hierdoor de overeenkomst tussen de heer [] en de nv [] zou worden geherkwalificeerd als een overeenkomst in ondergeschikt verband.

Volgend op dit advies werden in de periode tot 27 februari 2003 een aantal bijkomende vragen gesteld door de heer [], onder meer met betrekking tot de jaarlijkse vergoeding (stukken 4-9 [], stuk 3 []).

Als bijlage bij een e-mail van 27 februari 2003 werd een aangepast ontwerp van overeenkomst gevoegd, met aanpassing van artikel 3.1., en een bijlage die de mogelijke gevolgen van een herkwalificatie regelt.

Bij Koninklijk Besluit dd. 18 maart 2003 (B.S. 11 april 2003) werd de heer [] door de ministerraad benoemd tot gedelegeerd bestuurder van [] voor een termijn van zes jaar, ingaand vanaf 1 maart 2003.

Op 19 maart 2003 deelde de heer [] aan de heer [] mee dat het contract met de heer [] nog steeds niet was gefinaliseerd (stuk 4 []).

De ondertekende versie van de overeenkomst met de heer [] wordt niet bijgebracht door de nv []

3.

Op 2 april 2003 werd de heer [] uitgenodigd bij [], waarbij hem een kopie werd voorgelegd van artikel 11 § 1 van het KB van 28 november 1969 zoals gewijzigd bij het KB van 18 oktober 1996, met verzoek zijn zienswijze te laten kennen nopens de eventuele impact van dit artikel op het sociaal statuut van de afgevaardigde bestuurder. Op geen enkel ogenblik voor die datum werd door de nv [] of de heer [] melding gemaakt van dit KB.

Dit artikel 11 § 1 bepaalt dat "*de toepassing van de wet betreffende de sociale zekerheid der werknemers wordt verruimd tot de instellingen van openbaar nut en de autonome overheidsbedrijven en tot de personen die, in hoedanigheid van lasthebber en tegen loon, hun voornaamste activiteit wijden aan het dagelijks beheer of de dagelijkse leiding van deze bedrijven, voorzover op deze personen geen statutaire pensioenregeling van toepassing is.*"

Er bestaat geen betwisting tussen partijen dat in casu aan de toepassingsvoorwaarden van dit KB is voldaan, en een toepassing van dit KB tot gevolg heeft dat de heer [redacted] als gedelegeerd bestuurder van [redacted] onderworpen is aan het sociale zekerheidsstelsel van werknemers.

De nv [redacted] voert aan dat op dat ogenblik reeds een akkoord was bereikt met de heer [redacted], zodat niet tot onderhandeling kon worden overgaan. Zij voert aan dat deze verplichte aansluiting bij de sociale zekerheid voor werknemers een onmiddellijke impact heeft op de totale kost van [redacted] met betrekking tot de uitoefening door de heer [redacted] van zijn mandaat als gedelegeerd bestuurder.

Bij e-mails van 4 april 2003 en 11 april 2003 maakte de heer [redacted] een juridische analyse over, waarin werd besloten tot de onwettelijkheid van dit KB.

Begin mei 2003 werd de heer [redacted] nogmaals uitgenodigd bij [redacted], waarbij hem werd meegedeeld dat advies werd ingewonnen bij twee andere advocatenkantoren die het advies van de heer [redacted] met betrekking tot de onwettelijkheid van het KB niet deelden.

Op 3 juni 2003 werd de heer [redacted] in gebreke gesteld wegens een beroepsfout, bestaande uit een beweerd foutief advies.

De nv [redacted] verwijt de heer [redacted] en de cvba [redacted] fout te hebben geadviseerd bij het uitwerken van een zelfstandig statuut voor de heer [redacted] door [redacted] niet te wijzen op het bestaan van artikel 11 § 1 van het KB van 28 november 1969, en stelt dat deze nalatigheid een professionele fout uitmaakt in hoofde van de heer [redacted] en [redacted], beiden gespecialiseerd in het sociaal zekerheidsrecht. Zij stelt schade te hebben geleden ten gevolge van deze fout, bestaande uit een meerkost in hoofde van [redacted] ten gevolge van de wettelijk verplichte toepassing van het sociaal zekerheidsstatuut van werknemers, of het verschil tussen de huidige kost ter financiering van het overeengekomen inkomen van de heer [redacted], rekening houdend met de toepassing van het sociaal zekerheidsregime van werknemers, en de totale kost ter financiering van dit inkomen overeenkomstig het door de heer [redacted] opgestelde contract.

De heer [redacted] deed hiervan aangifte ten bewarende titel en zonder enige nadelige erkenning bij zijn aansprakelijkheidsverzekeraar, die een raadsman aanstelde.

Partijen bereikten geen minnelijke oplossing voor hun geschil. Op 8 april 2004 dagvaardde de nv [redacted] de bvba [redacted] en de cvba [redacted], evenals hun aansprakelijkheidsverzekeraar de nv [redacted].

Op 15 april 2005 kwamen de excedentverzekeraars vrijwillig tussen in het geding.

II. VOORWERP VAN DE VORDERINGEN

4.

De vordering van de nv - strekt ertoe:

- verweerders in solidum te horen veroordelen tot de terugbetaling aan van alle reeds door effectief betaalde regularisaties door de onderwerping van de heer zijn tewerkstelling aan de sociale zekerheid van de werknemers, samengesteld uit
 - (i) de verhoging van de basisvergoedingen van de heer ; ter imputatie van de brutering van de werknemersbijdragen aan de sociale zekerheid;
 - (ii) de werkgeversbijdragen aan de sociale zekerheid op de aldus verhoogde basisvergoedingen;
 - (iii) het vakantiegeld verschuldigd op de basisvergoedingen en op de boni betaald sinds 1 maart 2003 aan de heer ;
 - (iv) de sociale zekerheidsbijdragen op de boni betaald sinds 1 maart 2003 voor de periode van tewerkstelling van de heer van 1 maart 2003 tot en met 31 maart 2006 ten bedrage van een totaal provisioneel bedrag van 2.739.233,50 euro, vermeerderd met interest tegen de wettelijke intrestvoet vanaf de datum van respectieve betaling door de nv ;
- de reeds vervallen interesten, op datum van de neerlegging van conclusies op 2 september 2005 en 24 maart 2006 te voegen bij het hoofdbedrag;
- verweerders in solidum te horen veroordelen tot de terugbetaling aan van de toekomstige meerkost samengesteld uit: alle verhogingen van de basisvergoedingen van de heer ter imputatie van de brutering van de werknemersbijdragen aan de sociale zekerheid; alle werkgeversbijdragen aan de sociale zekerheid op de aldus verhoogde basisvergoedingen en op nog uit betalen boni of variabel loon aan de heer en het vakantiegeld verschuldigd op de basisvergoedingen en op uit te betalen variabel loon aan de heer , allemaal sommen dewelke in de toekomst zal betalen ten voordele van de heer , met betrekking tot de uitvoering van de contractueel bepaalde samenwerking tussen en de heer vanaf 1 april 2006 tot en met 28 februari 2009; alle sociale zekerheidsbijdragen met betrekking tot een eventuele beëindigingsvergoeding die zou worden betaald aan de heer door en de betaling van het hiermee verbonden vakantiegeld bij vertrek, alle sommen te betalen aan binnen de vijftien dagen na voorlegging van het betalingsbewijs ervan en vermeerderd met interest tegen de wettelijke interestvoet bij gebreke aan tijdige betaling;
- de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding.

- Zij verzoekt de rechtbank het te wijzen vonnis uitvoerbaar te verklaren bij voorraad, niettegenstaande alle verhaal, zonder borgstelling, en met uitsluiting van het vermogen tot kantonnement.

5.

De bvba _____ en de cvba _____ verzoeken de rechtbank de vordering van de nv _____ af te wijzen als ongegrond, en haar te veroordelen tot betaling van de gedingskosten, begroot op de rechtsplegingsvergoeding, en tot betaling van de juridische bijstandskosten van de bvba _____ en de cvba _____, begroot op 1,00 euro provisioneel, en de zaak voor behandeling van de bijstandskosten op vaste datum voor verdere behandeling vast te stellen;

in ondergeschikte orde verzoeken zij de voorlegging van alle overeenkomsten die door _____ met de heer _____ werden afgesloten, in het bijzonder de finale versie van de tussen _____ en de heer _____ ondertekende overeenkomst bij indiensttreding, alle latere overeenkomsten tussen _____ en de heer _____ mbt diens managementvennootschap en aan hem cq. aan zijn managementvennootschap toekomende en betaalde vergoedingen, bonussen, voordelen en betalingen onder welke noemer dan ook, alle verslagen van het remuneratiecomité van _____ waarin de aan de heer _____ toegekende vergoedingen werden besproken, de zogenaamde "convention particulière entre les parties concernées signée le 13 janvier 1995" aangehaald in de overeenkomst tussen _____ en de heer _____ van 19 februari 2001, en bij gebreke aan spontane mededeling van deze stukken conform artikel 277 en 878 van het Gerechtelijk Wetboek dat deze stukken zouden worden voorgelegd door de nv _____ en de heer _____ in origineel of voor eensluidend afschrift.

6.

De nv _____ verzoekt de rechtbank alvorens recht te doen de voorlegging van de volgende stukken te bevelen:

- de beslissing tot instelling van de vordering, genomen door het bevoegde orgaan van de vennootschap;
- een ondertekend exemplaar van de overeenkomst van 14 februari 2003 tussen _____ en de heer _____;
- een ondertekend exemplaar van de side-letter;
- een ondertekende exemplaar van de overeenkomsten die in september 2003 en navolgend tussen _____ en de heer _____ werden aangegaan;
- het groepsverzekeringsreglement van de groepsverzekering die in het voordeel van de heer _____ werd afgesloten in februari 2003, september 2003 en navolgend;
- akte te nemen van het voorbehoud van de nv _____ om na voorlegging van deze stukken nader te concluderen in een navolgende conclusie onder voorbehoud van alle mogelijke excepties, ook deze die in limine litis dienen te worden opgeworpen;
- de vordering van de nv _____ onontvankelijk, minstens ongegrond te verklaren en de nv _____ te horen veroordelen tot de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding;

7.

De vrijwillig tussenkomende partijen verzoeken de rechtbank de vordering van _____ tegen verweersters tot betaling van de gevorderde schadevergoeding wegens contractuele aansprakelijkheid ongegrond te verklaren wegens nietigheid van de overeenkomst tussen _____ en de meester _____ en _____ ; anderzijds, in ondergeschikte orde, deze vordering ongegrond te verklaren wegens het niet vervuld zijn van de voorwaarden voor contractuele aansprakelijkheid in hoofde van meester _____ en _____ ; in meer ondergeschikte orde, de vordering ongegrond te verklaren door het conform artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing laten van artikel 11 § 1 van het uitvoerings-KB bij de RSZ-wet omwille van zijn ongrondwettelijkheid wegens schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel; in meest ondergeschikte orde, zeggen voor recht dat _____ zelf aansprakelijk is voor 50 % van de door haar gevorderde schade zodat de vordering van _____ tegen Meester _____ en _____ voor meer dan 50 % van het gevorderde als ongegrond moet worden afgewezen, en _____ in ieder geval te veroordelen tot alle kosten van het geding, met inbegrip van de deurwaarderskosten en de rechtsplegingsvergoeding.

III. BEOORDELING

A. Mededeling van stukken: voorlegging beslissing bevoegde orgaan

8.

De nv _____, een nv van publiek recht in de zin van de bepalingen van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, is in maart 2004 een beursgenoteerde vennootschap geworden. Zij is onderworpen aan de wettelijke en reglementaire bepalingen van toepassing op de naamloze vennootschappen voor al wat niet uitdrukkelijk is geregeld door of krachtens de wet van 21 maart 1991 of enige andere wet.

De nv _____ stelt dat het aan de nv _____ toekomt om het bewijs voor te leggen van de beslissing van het bevoegde orgaan van de vennootschap overeenkomstig de wet van 21 maart 1991, van de vennootschappenwet en de statuten van eiseres, om de huidige procedure in te leiden.

Artikel 440, alinea 2 van het Gerechtelijk Wetboek houdt een wettelijk vermoeden in dat een advocaat een geldige opdracht kreeg van zijn cliënt. Dit houdt in dat een advocaat geen bewijs van zijn mandaat ad litem dient voor te leggen, ook niet als de tegenpartij hierom verzoekt. Het bewijs wordt tot bewijs van het tegendeel vermoed te zijn geleverd door zijn optreden zelf, of door de verklaring dat hij die opdracht heeft (zie onder meer in die zin B. TILLEMANS, "Bestuur van vennootschappen", in Recht en onderneming 13, Brugge, Die Keure, 200, nr. 902, p. 557-590).

Het artikel 440 Gerechtelijk Wetboek werkt bovendien door naar de interne besluitvorming: het orgaan wordt vermoed de beslissing om een rechtsvordering in te leiden op regelmatige wijze te hebben genomen. De advocaat die verklaart op te treden namens een rechtspersoon die behoorlijk geïdentificeerd is door vermelding van zijn benaming, rechtskarakter en maatschappelijke zetel, zonder vermelding van de natuurlijke personen waarvan hij de opdracht kreeg, wordt wettelijk vermoed een regelmatige lastgeving te hebben gekregen voor het stellen van procedurehandelingen van een bevoegd orgaan van de rechtspersoon (zie onder meer in die zin Cass. 9 februari 1978, *RW* 1977-78, 31; Cass. 7 december 1993, *A.C.* 1993, 1026, nr. 503; Cass. 17 april 1997, *T.R.V.* 1998, 516; Cass. 24 mei 1994, *F.J.F.* 1994, 479 en Cass. 18 december 1984, *Pas.* 1985, I, 485; J. VANANROYE, "Proceshandelingen qualitate qua, de bevoegdheden van de advocaat (artikel 440, al. 2 Ger. W.) en de vertegenwoordiging van een rechtspersoon, noot onder Cass. 17 april 1997, *TRV* 1998, 517; B. TILLEMANS, l.c.).

Het vermoeden van artikel 440, lid 2 Gerechtelijk Wetboek is weerlegbaar. De tegenpartij die de onbevoegdheid van het orgaan of de onregelmatigheid van de genomen beslissing aanvoert draagt de bewijslast. Zij kan zich er niet toe beperken aan te voeren dat het niet mogelijk is de regelmatigheid van de handeling na te gaan. In casu brengen verweerders geen enkel concreet gegeven bij om het wettelijk vermoeden van artikel 440, lid 2 van het Gerechtelijk Wetboek te weerleggen. Het enkele feit dat de nv _____, onder verwijzing naar artikel 440, lid 2 van het Gerechtelijk Wetboek, het niet nodig acht een beslissing van het bevoegde orgaan bij te brengen, vormt op zich geen aanwijzing van de afwezigheid van een dergelijke rechtsgeldige beslissing. Er anders over oordelen zou alle zin aan het wettelijk vermoeden van artikel 440 van het Gerechtelijk Wetboek ontnemen.

Er is geen reden om op de vordering van verweerders tot voorlegging van de beslissing van het bevoegde orgaan in te gaan.

De rechtbank stelt voor het overige vast dat verweerders verwijzen naar een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen waarin één van de partijen de onontvankelijkheid van de vordering inriep onder verwijzing naar artikel 703 van het Gerechtelijk Wetboek, zonder echter zelf te eisen dat hen de identiteit van de natuurlijke personen die de organen van _____ zijn zou worden meegedeeld bij toepassing van artikel 703 van het Gerechtelijk Wetboek. Bijgevolg is er geen reden om tot toepassing van artikel 703 van het Gerechtelijk Wetboek over te gaan.

B. Rechtsgeldigheid van de overeenkomst tussen de nv enerzijds en de bvba _____ en de cvba _____ anderzijds.

9.

De vrijwillig tussenkomende partijen voeren aan dat het contract tussen _____ enerzijds en de bvba _____ en de cvba _____

anderzijds nietig is wegens schending van de overheidsopdrachtenreglementering, en stellen dat een nietige overeenkomst niet de grondslag kan zijn voor een vordering tot vergoeding van schade geleden door de niet of slechte uitvoering van de verbintenissen die uit deze nietige overeenkomst voortvloeien.

De nv _____ betwist de toepasselijkheid van de overheidsopdrachtenreglementering op het door haar gesloten contract.

10.

In de relevante periode golden voor opdrachten die geplaatst werden door telecommunicatieoperatoren de richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (hierna "Richtlijn Nutsectoren"). Deze richtlijn was echter slechts van toepassing op overheidsopdrachten inzake dienstverlening indien de kostprijs van deze diensten de ondergrens van 400.000,00 euro bereikte.

Slechts twee bepalingen van de Richtlijn Nutsectoren werden van toepassing verklaard op juridische dienstverlening: aanbesteders zijn op grond van de Richtlijn Nutsectoren slechts verplicht tot het achteraf bekend maken dat een opdracht voor juridische dienstverlening is gegund door middel van plaatsing van een bericht van gunning.

De ereloonstaat van verweersters bedroeg 15.998,69 euro. De richtlijn nutsectoren is bijgevolg niet van toepassing op de tussen de nv _____ enerzijds en de bvba _____ en de cvba _____ anderzijds gesloten overeenkomst.

11.

De wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; (hierna: de overheidsopdrachtenwet) is van toepassing op alle overheidsopdrachten, zelfs wanneer de waarde van deze opdrachten onder de Europese drempelbedragen blijft.

De nv _____ is een overheidsbedrijf in de zin van de overheidsopdrachtenwet (zie bijlage I van het Koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie, B.S. 26 januari 1996).

Artikel 1 § 2 van de overheidsopdrachtenwet bepaalt het volgende: "*onder voorbehoud van wat is voorzien in het tweede lid van dit artikel en in artikel 67 is deze wet niet van toepassing op de opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten van de overheidsbedrijven, wanneer deze opdrachten geen betrekking hebben op de taken van openbare dienst van vermeldde overheidsbedrijven in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie.*" (eigen onderlijning)

Artikel 11 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven bevestigt dat "de autonome overheidsbedrijven enkel onderworpen (zijn) aan de toepassing van de wet van 24 december 1993 voor de overheidsopdrachten die betrekking op taken van openbare dienst". Ook artikel 26, lid 2 van de overheidsopdrachtenwet bevestigt dat de bepalingen van artikel IV van deze wet ("overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie"), "slechts van toepassing zijn op de overheidsopdrachten die betrekking hebben op hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie" (eigen onderlijning).

Tenslotte bepaalt ook Artikel 63, lid 1 van de overheidsopdrachtenwet dat de bepalingen van boek II toepasselijk zijn op de overheidsbedrijven op de opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en prijsvragen voor ontwerpen waarvan de geraamde bedragen gelijk zijn aan of hoger dan de bedragen vastgesteld in artikel 47 § 2 van de wet wanneer deze opdrachten geen betrekking hebben op de taken van openbare dienst van vermelde overheidsbedrijven in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie, doch slaan op één van de werkzaamheden bedoeld in boek II.

Diensten van juridische aard zijn opgenomen in bijlage 2 van de overheidsopdrachtenwet als B-diensten. Een opdracht tot juridische dienstverlening is dan ook onmiskenbaar een dienst in de zin van de overheidsopdrachtenwet (zie tevens M. VAN DOOSSELAERE, "Marchés publics et les services des avocats", T. Aann. 2001, (1), 11 en 157° Boek van opmerkingen van het Rekenhof, p. 147 en volgende.

De taken van openbare dienst van _____ worden omschreven in artikel 58, artikel 84 tot en met 86, 86 bis en 86 ter van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

Artikel 58 van deze wet bepaalde dat de opdrachten van openbare dienst van _____ bestaan in de levering van de openbare telecommunicatiedienst bedoeld in artikel 82. Dit artikel 82, opgeheven door de wet van 13 juni 2005, omschreef de openbare telecommunicatiedienst als 1° de universele dienstverlening inzake telecommunicatie, zoals gedefinieerd in de artikelen 84 tot 86 van de wet; 2° de verplichte telecommunicatiediensten met het oog op het waarborgen van de universele toegang zoals gedefinieerd in artikel 86 bis van deze wet; 3° de opdrachten van algemeen belang op het gebied van telecommunicatie zoals gedefinieerd in artikel 86ter van de wet.

Er bestaat betwisting tussen partijen over de interpretatie van artikel 1, 2° van de overheidsopdrachtenwet, en in het bijzonder over de vraag wanneer opdrachten voor aanneming van diensten van overheidsbedrijven al dan niet "*betrekking hebben op de taken van openbare dienst van vermelde overheidsbedrijver*" in de zin van de wet.

12.

De opdracht van de heer bestond erin een samenwerkingsovereenkomst op zelfstandige basis op te stellen tussen de nv en de heer die als nieuwe afgevaardigd bestuurder van de nv zou worden voorgedragen. De nv toont niet aan dat de heer ook rechtstreeks adviseerde aan de minister.

Uit de gegevens vermeld in het feitenrelaas blijkt dat de opdracht van de heer hierbij niet was beperkt tot de loutere redactie van een overeenkomst, maar hem tevens werd verzocht de nv te adviseren over de gesuggereerde aanstellingspiste waarbij de heer als zelfstandige zou worden aangesteld.

Uit de verschillende verwijzingen naar de sideletter en de mogelijke financiële gevolgen van een herkwalificatie door de RSZ van het statuut van de heer volgt dat deze opdracht betrekking had op het volledige statuut van de heer met inbegrip van het sociaalrechtelijke luik.

Deze opdracht van juridische dienstverlening is zowel dienstig voor de activiteiten van openbare dienst als voor de concurrentiële activiteiten van

Het door de nv gehanteerde toepassingscriterium, waarbij onder verwijzing naar D. D'HOOGHE, "de gunning van overheidsopdrachten", in Administratieve rechtsbibliotheek, nr. 9, Die Keure, Brugge, 2003, nr. 396, wordt gesteld dat de wetgeving overheidsopdrachten niet van toepassing is indien de opdracht ook zou zijn uitgeschreven indien het overheidsbedrijf enkel taken die niet van openbare dienst zijn zou uitvoeren, wordt niet bijgetreden. Dit criterium heeft vooreerst slechts een beperkt onderscheidend vermogen, nu quasi steeds hypotheses kunnen worden ingeroepen waarin de opdracht ook zou zijn uitgeschreven indien de nv enkel concurrentiële diensten zou aanbieden. Bovendien gaat dit criterium in tegen de Europeesrechtelijke doelstellingen van het overheidsopdrachtenwet: het Hof van Justitie heeft herhaaldelijk geoordeeld dat de wettelijke bepalingen die het toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenreglementering aflijnen niet beperkend mogen worden geïnterpreteerd (zie onder meer H.v.J. C-214/00, 15 mei 2003, par. 53; H.v.J. C-237/99, 1 februari 2001, par. 41-43; H.v.J. C-470/99, 25 januari 2003, par. 51-53; H.v.J. C-373/00, 26 april 2003, par. 43)

De rechtbank treedt verweerders bij daar waar zij voorhouden dat van zodra een opdracht deels betrekking heeft op een taak van openbare dienst, hoe klein dit aandeel ook is, die 'betrekking heeft op een openbare dienst'. Dit laatste criterium verkiest de voorkeur, nu het aanleunt bij de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie onder meer in de zaak Mannesmann, evenals bij artikel 8 van de Wet betreffende de Autonome Overheidsbedrijven, waarin wordt bepaald dat de overheidsbedrijven de immuniteit van tenuitvoerlegging genieten voor de goederen van zodra die geheel of gedeeltelijk bestemd zijn voor de uitvoering van de taken van openbare dienst. In de zaak Mannesmann (H.v.J. MANNESMANN, C-44/96 dd. 15 januari 1998) wordt gesteld dat de reglementering inzake de

overheidsopdrachten van werken van toepassing wordt verklaard op alle opdrachten van een publiekrechtelijke rechtspersoon zodra één van de doelstellingen van die rechtspersoon als van algemeen belang kan worden getypeerd, zelfs indien de behartiging van die doelstelling slechts een relatief klein deel betreft van de activiteiten die werkelijk worden ontwikkeld. Dit standpunt werd onder meer ingenomen door D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE (D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, nr. 124, p. 84-85: D'HOOGHE wijzigt hier zijn standpunt geformuleerd in 1997, toen hij oordeelde dat de wetgeving overheidsopdrachten enkel van toepassing is wanneer de opdracht in hoofdzaak moet dienen voor het uitvoeren van taken van openbare dienst, wijzigde in het licht van het arrest Mannesmann) en door auditeur J. STEVENS in een auditoraatverslag (T.B.P. 2004, 661-667), en werd gevolgd in het arrest van de Raad van State nr. 132.571 van 17 juni 2004 (nv Algemene Ondernemingen Pieters-De Gelder tegen Belgacom).

De taken van de gedelegeerd bestuurder van de nv hebben minstens gedeeltelijk betrekking op de opdrachten van openbare dienst van , gelet op de uitgebreidheid van de opdrachten van openbare dienst die moet vervullen en de verwevenheid met de andere activiteiten van . De gedelegeerd bestuurder van de nv wordt benoemd door de Koning bij een in Ministerraad overlegd Koninklijk Besluit. De zoektocht naar een nieuwe gedelegeerd bestuurder ging uit van de minister van overheidsbedrijven zelf. Deze tussenkomst van de overheid in de benoemingsprocedure wordt verklaard door de bijzondere rol die de gedelegeerd bestuurder van vervult, gelet op de taken van openbare dienst die aan de nv zijn toevertrouwd. De aanstelling van een gedelegeerd bestuurder van de nv kan dan ook niet los worden gezien van haar taken van openbaar nut. De juridische bijstand in het kader van deze aanstelling kan evenmin los worden gezien van deze taken van openbaar nut.

De opdracht toevertrouwd aan de heer die rechtstreeks betrekking heeft op de aanstelling van deze gedelegeerde bestuurder en de hierbij te volgen aanstellingspiste, heeft dan ook minstens gedeeltelijk betrekking op de taken van openbare dienst die door de nv worden verricht. Bijgevolg was de overheidsopdrachtenreglementering van toepassing en diende de opdracht in mededinging te worden gesteld.

13.

Ten tijde van de feiten luidde artikel 2, lid 1 van de Wet Overheidsopdrachten als volgt: "In de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie worden de opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten van de aanbestedende overheden bedoeld in artikel 26 gegund na mededinging en op forfaitaire basis, volgens de wijzen voorzien in titel IV van dit boek."

toont in casu niet aan dat zij de opdracht op voorhand heeft geraamd in het kader van de toepassingsvoorwaarden van artikel 39 § 1 en artikel 39 § 2, dat zij één van de toegelaten gunningswijzen van artikel 39 §

1 heeft gevolgd of dat zij beroep mocht doen op één van de hypothesen van artikel 39 § 2 (onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking).

Uitzonderlijk kan gebruik worden gemaakt van een onderhandelingsprocedure zonder naleving van de bekendmakingsprocedure van artikel 53, lid 2 KB 10 januari 1996, doch indien mogelijk na raadpleging van meerdere dienstenverleners, in de in artikel 39 § 2 Overheidsopdrachtenwet limitatief opgesomde gevallen. De beslissing om te onderhandelen zonder voorafgaande bekendmaking moet echter uitdrukkelijk worden gemotiveerd (zie onder meer D. D'HOOGHE, o.c. nr. 670 en 728). Zelfs indien zou blijken dat de nv terecht beroep zou hebben gedaan op artikel 39 §2, wat zij echter in de huidige procedure niet aanvoert, moet worden vastgesteld dat niet wordt aangetoond dat zij deze keuze afdoende heeft gemotiveerd, zij in de onmogelijkheid was meerdere dienstverleners te contacteren, en dat zij die onmogelijkheid om meerdere dienstverleners te raadplegen uitdrukkelijk heeft gemotiveerd. De toewijzing van een opdracht zonder voorafgaande raadpleging van meerdere ondernemers is onwettig wanneer niet blijkt dat uitsluitend de gekozen ondernemer bekwaam was om de opdracht uit te voeren (zie onder meer D. D'HOOGHE, o.c. nr. 665-669 en 730 en R.v.St. 29 juni 1994, bvba Aquarius, nr. 48.317).

De overeenkomst blijkt tenslotte niet schriftelijk te zijn vastgelegd (artikel 110 § 1 KB van 10 januari 1996), en geen prijs werd op voorhand vastgelegd. Nochtans vereist de toepassing van de drempels als bepaald in de overheidsopdrachtenwet dat de waarde van de opdracht op voorhand wordt geraamd.

14.

De wetgeving op de overheidsopdrachten is van openbare orde in de mate dat ze de overheid verplicht om voor de gunning van overheidsopdrachten op de mededinging een beroep te doen en de gegadigden op een gelijke manier te behandelen (zie onder meer in die zin D. D'HOOGHE, o.c. nr. 323).

De nv schond de basisprincipes van de overheidsopdrachtenwet, nu de opdracht in geheel niet in mededinging werd gesteld. De schending van het basisbeginsel van de vaste prijs is op zich ook een schending van het gelijkheidsbeginsel (C. DE CONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht*, Boek I, tweede uitgave, Antwerpen, Maklu, 2004, 67).

Een dergelijke handelswijze is strijdig met de openbare orde.

De overeenkomst die tot stand kwam in strijd met regels van openbare orde is absoluut nietig.

Deze nietigheid heeft een terugwerkende kracht: het contract wordt geacht nooit te hebben bestaan (zie onder meer in die zin L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, p.707, nr. 561 en W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, 88-93). Aan

nietige overeenkomsten kunnen geen rechtsgevolgen worden toegekend. Bijgevolg kan een nietige overeenkomst niet de grondslag vormen voor de schade geleden door de niet- of slechte uitvoering van het contract (zie onder meer in die zin Antwerpen 11 oktober 1999, *T. aann.* 2000, 140; Arbh. Luik 25 maart 1996, *J.T.T.*; 1997, 155 en Luik 3 oktober 1978, *RDD* 1979, 717).

De nv _____ kan bijgevolg geen vordering instellen tot vergoeding van de schade die zij stelt te hebben geleden ten gevolge van een beweerde contractuele fout van de heer _____

De nv _____ blijkt zich in haar gedinginleidende dagvaarding te beperken tot het instellen van een vordering op grond van contractuele aansprakelijkheid en een beweerde contractuele fout. Op geen enkel ogenblik in de huidige procedure verwijt zij de heer _____ een schending van de wet, dan wel de algemene zorgvuldigheidsnorm, vreemd aan de concrete opdracht die _____ aan meester _____ :n aan de cvba _____ heeft gegeven.

De vordering van de nv _____ wordt afgewezen als ongegrond. Er is geen reden om de voorlegging van bijkomende stukken te bevelen.

15.

De Wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat, *B.S.* 31 mei 2007 (hierna Wet Verhaalbaarheid Erelonen) trad in werking op 1 januari 2008 (zie artikel 10 van het KB van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat, hierna het KB van 26 oktober 2007). Zij is van toepassing op de zaken die hangend zijn op het moment dat de wet in werking treedt, met name die rechtsgedingen die nog beslecht moeten worden op 1 januari 2008, zoals de huidige zaak (artikel 13 van de wet).

Alvorens te oordelen over de kosten van het geding en de tegenvordering van de bvba _____ en de cvba _____ worden de debatten heropend teneinde partijen toe te laten standpunt in te nemen over de gevorderde rechtsplegingsvergoeding onder de nieuwe wet.

**OM DEZE REDENEN,
DE RECHTBANK,**

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken, zoals gewijzigd,

Rechtsprekend in eerste aanleg, op tegenspraak,

Zegt voor recht dat er geen reden is om de voorlegging te bevelen van de beslissing van het bevoegde orgaan van

Verklaart de vordering van de nv ongegrond. Wijst haar ervan af.

Alvorens uitspraak te doen over de gerechtskosten en de tegenvordering van de bvba en de cvba met betrekking tot de kosten van juridische bijstand, heropent de debatten op 6 juni 2008 voor 15 minuten teneinde partijen toe te laten een aangepaste omstandige staat van kosten in te dienen.

Zegt voor recht dat verwerende partijen en vrijwillig tussenkomende partijen hun kostenstaat dienen neer te leggen ten laatste op 21 maart 2008
Zegt voor recht dat de nv haar kostenstaat dient neer te leggen ten laatste op 25 april 2008

Houdt de beslissing over de gerechtskosten aan.

Aldus gevonnist en uitgesproken ter openbare terechtzitting van de vierentwintigste kamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, op 28 februari 2008
waar aanwezig waren en zitting namen:

Hilde Vanparys, alleenzetelend rechter,
Cathy Kint, griffier



KINT



VANPARYS