

Relaties in het recht



Loth Van der Auwermeulen (ed.)
Jonas Voorter (ed.)

| OWL PRESS |



DANKWOORD

Het boek dat voor u ligt, verzamelt de werken van zowel collega's verbonden aan de faculteit rechten van de UHasselt, als collega's verbonden aan andere rechtenfaculteiten of actief elders in het juridisch werkveld. De auteurs vertegenwoordigen een aantal van de domeinen waarnaar binnen CORE (Centrum voor Overheid en Recht) onderzoek gebeurt. Zij analyseren elk vanuit hun eigen domeinexpertise de wijze waarop het recht bepaalde relaties vormgeeft. *'Relaties in het recht'* vormen namelijk de rode draad doorheen dit boek.' Het recht geeft relaties op verschillende manieren vorm. De verschillende wijzen waarop het recht relaties tussen verschillende rechtssubjecten vormgeeft, zijn te onderscheiden in twee categorieën: een nauwkeurige wijze van regulering enerzijds en een algemene wijze van regulering anderzijds. Wanneer het recht een relatie nauwkeurig reguleert, kan het de relatie vrij direct sturen om bepaalde (maatschappelijke) doelen te verwezenlijken. In de gevallen waarin het recht een relatie meer algemeen omkadert, biedt dit in bepaalde mate ruimte aan de betrokken rechtssubjecten. De ene manier van vormgeven is niet beter dan de andere. Wel is het noodzakelijk dat de mate waarin het recht de regie over een bepaalde relatie in handen houdt, toegespitst is op de actuele noden van de betreffende relatie en de ambities van de partners die ze aangaan. De auteurs van dit verzamelwerk gaan, vanuit hun expertise, in op een van de manieren waarop het recht een relatie vorm kan geven. Deze bundeling van expertises leidt, o.i., tot een divers en inzichtrijk werk over de rol die het recht kan en zal spelen in de vormgeving van onze maatschappij.

Dit boek is het resultaat van teamwerk. We zijn elk van de personen die hebben bijgedragen tot dit werk, erkentelijk en wensen hen dan ook nadrukkelijk te bedanken.

Allereerst willen we de collega-onderzoekers hartelijk danken voor hun gewaardeerde bijdragen aan dit boek en de fijne samenwerking. Jullie kregen van ons geen eenvoudige opdracht: een korte kernachtige bijdrage schrijven waarin jullie niettegenstaande de beperkte omvang inzicht geven in de techniciteit van jullie onderzoek. Zonder jullie welwillendheid jullie hieraan te wagen, hadden we onze ambitie om dit kernachtige en tegelijkertijd omstandig ontledende boek uit te brengen, kunnen opbergen.

Eveneens een welgemeend woord van dank aan prof. dr. Steven Van Garsse en prof. dr. Petra Foubert, respectievelijk vice-decaan onderzoek en decaan van de rechtenfaculteit van de UHasselt. Dank om in dit project te geloven en om met ons mee te denken. Het is geen evidentie dat twee enthousiaste - maar misschien toch ook ietwat onbezonnen - onderzoekers, de kans krijgen om een facultaire publicatie samen te stellen. Jullie geloven als trek- kers van onze faculteit even sterk in de ambities van gevestigde waarden in de academische wereld als in de ambities van jonge onderzoekers. Als jonge onderzoekers, plukken wij dankbaar de vruchten van deze aanpak. Het was een eer om onder jullie goedkeurend oog de auteurs van dit boek te verenigen en dit boek te mogen samenstellen.

Ook een welgemeend woord van dank aan de administratieve duizendpot- ten binnen onze faculteit. Wij academici kunnen steeds bij jullie terecht en dat was voor dit boekproject niet anders.



EDITORIAL

Stellen dat het recht handelt over relaties, is een open deur intrappen. Relaties vormen het kernthema van veel – zo niet alle – rechtsregels. Relaties tussen burgers onderling, tussen burgers en de overheid en tussen overheden onderling (op alle niveaus) krijgen allemaal op een of andere manier vorm door rechtsregels. Het recht kan daarbij fungeren als *matchmaker* die partijen actief dichterbij elkaar brengt of als *bemiddelaar* die partijen faciliteert in het zelfstandig opbouwen van hun relatie.

De wijze waarop het recht de verschillende relaties benadert is geen statisch gegeven, maar kan veranderen onder invloed van verschillende maatschappelijke ontwikkelingen. Vandaag valt het bijvoorbeeld op dat er vanuit maatschappelijk en beleidsmatig oogpunt een grote vraag is naar meer duurzaamheid, waarin men oog heeft voor de economische, ecologische en sociale noden van de huidige en toekomstige generaties. Daarnaast hebben recente gebeurtenissen, zoals de corona-pandemie, aangetoond dat er tevens nood is aan weerbaarheid van rechtssubjecten die hen wapenen tegen verwachte en minder verwachte schokken of gebeurtenissen en bestand zijn tegen de uitdagingen van de toekomst.

Het recht – in de brede zin van het woord – heeft de verantwoordelijkheid om bij te dragen aan het nastreven van voormelde noden. In dit boek reflecteren verschillende auteurs over de wijze waarop het recht vandaag verschillende relaties benadert. De bijdragen zijn onderverdeeld in twee delen die de besproken relaties onderverdelen op basis van de mate waarin het recht intervenueert in de besproken relaties. Aan de ene kant kan de wetgever beslissen om een regeling uit te werken die de verschillende aspecten van een concrete relatie gericht stuurt (DEEL 1). Er zal hier in bepaalde mate ruimte zijn voor invulling door de betrokken partijen, maar de focus ligt op een sterkere inmenging vanwege de overheid. Aan de andere kant kan de wetgever zich beperken tot het aanbieden van een kader op basis waarvan de verschillende betrokken partijen zelf hun concrete relaties kunnen vormgeven (DEEL 2). Het recht geeft op deze manier ruimte voor innovatie en de mogelijkheid om in te spelen op snel veranderende omstandigheden.

In dit boek komen beide verschijningsvormen van overheidsinmenging in het licht van de transitie naar meer duurzame en weerbare relaties aan bod. Wat betreft de sterkere overheidsinmenging, zoomen Steven Van Garsse en Alexander Verschave in op de relatie tussen aanbestedende overheden en dienstverleners. Wanneer een overheidsopdracht wordt gegund, klinkt het in de wandelgangen soms dat “de opdracht reeds verkocht was”. In deze bijdrage onderzoeken de auteurs hoe er wordt omgegaan met belangenconflicten bij overheidsopdrachten. Zij staan stil bij de bepalingen vervat in de overheidsopdrachtenwet en andere parallelle regelingen. Vervolgens behandelen Eric Lanckswert en Tammy Philipsen de concrete regeling van de attentieplicht in het kader van de Vlaamse bestuursrechtspraak. Het opzet van deze bijdrage is te onderzoeken of er binnen het Vlaams bestuurs(proces)recht plaats is voor deze nauwgezette gereguleerde (pro) actieve(re) rol in hoofde van de burger, inzonderheid binnen het omgevingsrecht, en zo ja, binnen welke grenzen? De auteurs leggen expliciet de link met het idee van behoorlijk burgerschap, waardoor er ook ruimte is voor een meer ethische dimensie. In het derde hoofdstuk van dit eerste deel zoomen Alicia Hendricks en Petra Foubert in op de relatie tussen werkgever en werknemer. Zij doen dit vanuit het perspectief van het geboorte- en zorgverlof en de degelijke behandeling en non-discriminatie van kinderen. De EU heeft een goed ontwikkeld systeem van geboorte- en zorgverlof voor (voornamelijk biologische) werkende ouders. De rechten van het kind worden echter zelden in overweging genomen. In deze bijdrage wordt, vanuit de invalshoek van het Handvest van de Grondrechten van de EU, gezocht naar de betekenis van gelijkheid en non-discriminatie tussen kinderen bij de toegang tot geboorte- en zorgverlof. De bedoeling is te komen tot een meer veerkrachtig juridisch kader dat aantoonbaar bijdraagt aan duurzame relaties tussen kinderen en hun ouders. Aan het einde van het eerste deel zoomen Tom Bonne en Celine Vangheel in op de rol die het fiscaal recht speelt in de relatie tussen vzw’s (of andere rechtsfiguren) en de vennootschappen waarin zij participeren, dit vanuit het perspectief van de vennootschapsbelasting.

In het tweede deel staan relaties centraal waarin de wetgever zich beperkt tot het scheppen van een algemeen kader. Joeri Vandendriessche en

Caroline Van Esbroeck gaan in op het idee van *Land Value Capturing*. Zij koppelen dit idee aan het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking met als insteek te komen tot een conceptueel kader voor duurzame investeringen. Vervolgens neemt Liesbeth Todts het digitaliseringsaspect onder de loep. Zij doet dit in het licht van de lokale besluitvormingsprocessen. Verder gaat Loth Van der Auwermeulen in op de relatie tussen het Europese bevoegdheidsniveau en lokale besturen. Het Europees recht vraagt veel van lokale besturen. Een van de zaken die het Europees recht oplegt aan lokale besturen, is de verplichting om het Europees recht op directe wijze toe te passen. In deze bijdrage zal blijken dat het regelgevend kader waarop Vlaamse lokale besturen kunnen terugvallen bij de nakoming van hun Europese uitvoeringsverplichting zeer ruim is. Tot slot bestuderen Jonas Voorter, Dario Petosa en Laura Sallaerts het Nederlandse bouwteammodel. Zij doen dit in het licht van de transitie naar een circulaire economie. In deze bijdrage bekijken zij of het Nederlandse bouwteammodel ook een plaats kan krijgen in de Belgische rechtsorde. Het (summer) toepasselijk kader binnen het Belgisch burgerlijk recht lijkt alvast mogelijkheden te bieden, al zijn parallelle initiatieven noodzakelijk.

Het verduurzamen en weerbaar maken van onze relaties doet zich in alle rechtstakken voor. De verschillende bijdragen tonen aan dat de ene benadering niet per se beter werkt dan de andere. Het komt erop aan om steeds concreet te bekijken welke rol het recht het best kan spelen om de verschillende relaties naar een hoger (lees: duurzaam en weerbaar) niveau te tillen. Het recht moet zich met andere woorden de ene keer opstellen als de perfecte *matchmaker* en de andere keer fungeren als de noodzakelijke *bemiddelaar*.

Loth Van der Auwermeulen en Jonas Voorter

INHOUD

DEEL 1 Het recht als matchmaker	17
1. <i>Schatje mag ik een opdracht? - Over belangen- en andere relationele conflicten in het overheidsopdrachtenrecht</i>	19
2. <i>De attentieplicht binnen de bestuursrechtspraak in het licht van behoorlijk burgerschap</i>	41
3. <i>Gelijke behandeling en non-discriminatie van kinderen met betrekking tot geboorte- en zorgverlof: de mogelijkheden van het EU-Handvest</i>	72
4. <i>De participatie van een vzw, stichting, erkende CVSO of CV erkend in SO in een andere vennootschap: aanleiding voor onderwerping aan de vennootschapsbelasting?</i>	95
DEEL 2 Het recht als bemiddelaar	109
1. <i>Land value capture en ongerechtvaardigde verrijking: juridische relevantie?</i>	111
2. <i>Digitalisering in het lokale besluitvormingsproces</i>	136
3. <i>Geëuropeaniseerde lokale besturen: verwickeld in een juridische driehoeksverhouding</i>	151
4. <i>Een verhoogde samenwerking in het bouwproces door middel van een bouwteam: Kunnen wij het (circulair) maken?</i>	176

DEEL 1

HET RECHT



**ALS
MATCHMAKER**



1. Schatje mag ik een opdracht? - Over belangen- en andere relationele conflicten in het overheidsopdrachtenrecht

Prof. Dr. Steven Van Garsse – Hoogleraar faculteit rechten Universiteit Hasselt – Advocaat-vennoot Equator Advocaten

Mr. Alexander Verschave – Navorsers faculteit rechten Universiteit Hasselt – Advocaat Advocalex

Inleiding

1. Belangenconflicten en situaties van belangenverstremming zijn thema's die de afgelopen jaren meer en meer aandacht kregen. Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op diverse recente rapporten van Audit Vlaanderen bij enkele (West-Vlaamse) lokale besturen, evenals naar een rapport over de Vlaamse omroep voor radio en televisie.^{1,2} Aangezien (de meeste) overheidsopdrachten betaald worden met overheidsmiddelen, is het van groot belang dat die middelen op een transparante en correcte manier worden besteed. Het opzet van de regelgeving inzake overheidsopdrachten is overigens een kader scheppen voor transparantie, het vermijden

¹ Onder meer, M. VERBERGT, "Waar Verwilt is, is een weg", *De Standaard* 29 januari 2022; S. ROMBAUT, "Gerechtigd onderzoek na audit bij VRT", *VRTNWS* 28 mei 2021.

² Ook op Europees niveau wordt hier namelijk melding van gemaakt in meerdere onderzoeksrapporten, zie o.m. M. HAFNER, J. TAYLOR, E. DISLEY, S. THEBES, M. BARBERI, M. STEPANEK en M. LEVI, *The Cost of Non-Europe in the area of Organised Crime and Corruption*, Brussel, European Parliamentary Research Service, 2016, 152 p.

van misbruiken, het waarborgen van de vrije mededinging en het garanderen dat inschrijvers zich op gelijke voet bevinden, evenals vermijden dat de integriteit van een aanbestedende dienst in vraag gesteld wordt of kan worden.³ Elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst ten aanzien van bepaalde inschrijvers of bepaalde inschrijvingen moet worden uitgebannen.⁴ Niet in het minst wanneer er ook corruptie mee gemoeid zou gaan. Geld dat toebehoort aan de overheid, dient namelijk niet op onrechtmatige wijze te worden afgewenteld naar personen die betrokken zijn bij een overheidsopdracht en dit noch aan de zijde van de overheid, noch aan de zijde van de opdrachtnemer.⁵ Voorts dient de besluitvorming bij de toewijzing en de uitvoering van de opdracht op een objectieve en onpartijdige wijze te gebeuren. Vriendjespolitiek en belangenverstrengelingen dienen daarom te worden tegengegaan op proactieve wijze. Vanuit dat opzicht werd er in de Belgische Overheidsopdrachtenwet⁶ een regeling voorzien die belangenconflicten dient tegen te gaan.

2. In deze bijdrage wordt er – in kort bestek – onderzocht wat een belangenconflict is in het licht van de regelgeving inzake overheidsopdrachten, wat vervolgens de gevolgen zijn indien men zich in een van de gevallen van een belangenconflict bevindt en hoe de specifieke regeling voorzien in de overheidsopdrachtenwet zich verhoudt tot andere – gemeenrechtelijke – regelingen. Vervolgens wordt er stilgestaan bij de sanctionering van het

3 Zie in dezelfde zin T. BRUYNINCKX, "Belangenvermenging", *OoO* 2020, afl. 2, 197; P. FLAMEY en E. MEES, "Integriteit, uitsluiting en self cleaning bij overheidsopdrachten" in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL en B. DEMEULENAERE (eds.), *Jaarboek overheidsopdrachten 2015-2016*, Brussel, EBP, 2016, (627) 643-645; M.-A. FLAMME, "Favoritisme et confusion d'intérêts dans les marchés publics", *T.Ann.* 2006, 322-327.

4 HvJ 12 maart 2015, C-538/13, *eVigilo*; HvJ 6 november 2014, C-42/13, *Cartiera dell'Adda*; HvJ 29 april 2004, C-496/99, *Succhi di Frutta*;

5 Zie in dat kader bijvoorbeeld ook het VN-Verdrag tegen Corruptie (UNCAC) (Verdrag ter bestrijding van corruptie, gedaan te New York op 31 oktober 2003 en door België bekrachtigd op 25 september 2008 via de wet van 8 mei 2007 houdende instemming met het Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie, gedaan te New York op 31 oktober 2003, BS 18 november 2008) In het bijzonder kan er worden gewezen op de bepaling vervat in artikel 9, e) van het Verdrag: "Elke Staat neemt, indien nodig, maatregelen tot regeling van de aangelegenheden die de medewerkers belast met de gunning van opdrachten betreffen, zoals de eis inzake de opgave van financiële belangen voor sommige overheidsopdrachten, selectieprocedures voor voornoemde medewerkers en eisen inzake opleiding."; M. HAFNER, J. TAYLOR, E. DISLEY, S. THEBES, M. BARBERI, M. STEPANEK en M. LEVI, *The Cost of Non-Europe in the area of Organised Crime and Corruption*, Brussel, European Parliamentary Research Service, 2016, 152 p.

6 Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, BS 14 juli 2016.

niet-naleven van de regelgeving met betrekking tot de belangenconflicten. Afsluitend worden er enkele slotbeschouwingen geformuleerd.

I. Een belangenconflict: een poging tot definitie in de Overheidsopdrachtenwet

3. Een eerste vraag is wat er wordt begrepen onder de notie 'belangenconflict'. In de Europese overheidsopdrachtenrichtlijn⁷, alsook in de omzetting ervan in de Belgische Overheidsopdrachtenwet, wordt dit begrip enigszins verduidelijkt. Zo beoogt het begrip "ten minste iedere situatie waarin een bij de plaatsing of de uitvoering betrokken ambtenaar, openbare gezagsdrager of andere persoon die op welke wijze ook aan de aanbesteder verbonden is, met inbegrip van de namens de aanbesteder optredende aanbieder van aanvullende aankoopactiviteiten, alsook elke persoon die bij de plaatsing of op het resultaat ervan invloed kan hebben, direct of indirect financiële, economische of andere persoonlijke belangen heeft die geacht kunnen worden hun onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de plaatsing of de uitvoering in het gedrang te brengen."⁸

4. Er kan worden opgemerkt dat het begrip ruim omschreven is en daarenboven slechts het *minimum minimorum* lijkt te vormen van een belangenconflict. Zo omvat het begrip belangenconflict *ten minste* de situatie die hierboven omschreven werd. Dit geeft niet bijzonder veel houvast. Ook naar de invulling van de afzonderlijke constitutieve elementen rijzen er vragen, zoals zal blijken uit onderstaande bespreking. Zeker is wel dat niet enkel gevallen van corruptie worden beoogd, maar een resem situaties waarbij er objectieve tegenstrijdigheden qua belangen

7 Zie artikel 24 van 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.

8 Artikel 6, §1, tweede lid wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, BS 14 juli 2016.

bestaan. Een moreel element is dan ook niet relevant in het licht van de doelstelling van deze bepaling.⁹

5. Hieronder gaan we dieper in op het toepassingsgebied van die bepaling, in eerste instantie wordt het personele toepassingsgebied afgebakend, vervolgens het materiële toepassingsgebied.

1.1. Personeel toepassingsgebied

6. Het personele toepassingsgebied van de definitie strekt zich uit tot vrijwel elke persoon die op welke wijze ook aan de aanbestedende dienst verbonden is. Dit zijn zowel ambtenaren, openbare gezagsdragers als aankoopverantwoordelijken. Het is niet vereist dat het personeelsleden zijn, in statutaire of contractuele zin, ook elke persoon die bij de plaatsing of op het resultaat ervan invloed kan hebben, wordt getroffen door deze definitie. Dit impliceert dat ook externe adviseurs van de aanbestedende dienst zoals studie bureaus en hun (voormalige) medewerkers onder het personele toepassingsgebied kunnen vallen.¹⁰ In de uitoefening van hun functie voor de aanbestedende overheid handelen zij namelijk ook in het kader van het algemeen belang dat vooropgesteld wordt door de aanbestedende overheid. Wanneer zij nadien of tegelijkertijd ook zouden deelnemen aan de opdracht zelf of de inschrijver adviseren, dan kan er wel een belangenconflict ontstaan.

9 Ger. 20 maart 2013, T-415/10, Nexans France; zie ook: F. JUDO en R. DEWULF, "Artikel 6", in S. VAN GARSSE (ed.), *Artikelsgewijze commentaar op de wetgeving overheidsopdrachten, Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten*, Brussel, Politeia, currens. De auteurs maken de vergelijking met de voorheen gehanteerde "belangenvermenging" en concluderen o.i. terecht dat er met het begrip "belangenconflict" meer de nadruk wordt gelegd op het bestaan van objectieve tegenstrijdigheden dan op de intentie om de marktwerking te verstoren; D. DRAGOS, "Article 24" in R. CARANTA en A. SANCHEZ-GRAELLS, *European public procurement, Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, (259) 261.

10 Ger. 13 oktober 2015, T-403/12, Intrasoft; A. DELVAUX, C. DEWOLF, e.a., *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten, Deel 1A. Wet van 15 juni 2006*, Brussel, Confederatie Bouw, 2014, 172; F. JUDO en R. DEWULF, "Artikel 6", in S. VAN GARSSE (ed.), *Artikelsgewijze commentaar op de wetgeving overheidsopdrachten, Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten*, Brussel, Politeia, currens.

7. Op zich valt dergelijke regeling toe te juichen vanuit de idee dat er alles aan moet worden gedaan om een belangenconflict te vermijden. Het is namelijk vanuit die optiek moeilijk(er) om niet door dit begrip te worden gecapteerd, dan wel om de regeling te proberen omzeilen. De omschrijving gaat immers uit van een soort *catch-all-principe*.

1.2. Materieel toepassingsgebied

8. Het materiële toepassingsgebied strekt zich uit over de gevallen waarbij de persoon die onder het toepassingsgebied valt, direct of indirect, financiële, economische of andere persoonlijke belangen heeft die geacht kunnen worden hun onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de plaatsing of de uitvoering in het gedrang te brengen.

FINANCIËLE, ECONOMISCHE OF ANDERE PERSOONLIJKE BELANGEN

9. Opgemerkt moet worden dat voor de notie van belangenconflict er steeds sprake dient te zijn van persoonlijke ofwel private belangen. Het idee van een belangenconflict gaat er namelijk vanuit dat er een tegenstrijd is tussen belangen van de persoon die een publieke functie bekleedt, of een persoon die daarbij nauw betrokken is en het publieke algemene belang dat door diezelfde persoon moet worden verdedigd in de uitoefening van zijn of haar functie.¹¹ De confrontatie van meerdere publieke belangen houdt, zo wordt aangenomen, normaliter geen belangenconflict in.¹²

10. Onder de notie persoonlijke belangen kunnen belangen worden begrepen van allerlei aard zoals familiale, politieke, professionele of van

11 N. NIKOLOV, "Conflict of interest in European public law", *Journal of Financial Crime* 2013, afl. 20(4), 406; D. SOLOVEICIK en K. SIMANSKIS, "The evolving concept of 'Conflict of Interests' in the EU Public Procurement Law", *EPPPL* 2017, afl. 2, (112) 113.

12 F. JUDO en R. DEWULF, "Artikel 6", in S. VAN GARSSE (ed.), *Artikelsgewijze commentaar op de wetgeving overheidsopdrachten, Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten*, Brussel, Politeia, currens.

seksuele aard.¹³ Tot het hebben van een persoonlijk belang kan er dan in de praktijk in de meeste gevallen ook relatief snel worden besloten.

... DIE GEACHT KUNNEN WORDEN HUN ONPARTIJDIGHEID EN ONAFHANKELIJKHEID BIJ DE PLAATSIING OF DE UITVOERING IN HET GEDRANG TE BRENGEN VANUIT DE OVERHEIDSZIJDE

11. Al moeten die belangen er ook toe leiden dat de persoon geacht kan worden zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid in het gedrang te brengen. Vraag is vanaf wanneer dit het geval is. Het lijkt daarbij voldoende dat de schijn bestaat dat het gelijkheidsbeginsel of de objectiviteit wordt geschonden om te besluiten dat er een belangenconflict voorhanden is. De schijn dat het gelijkheidsbeginsel of de objectiviteit wordt geschonden is evenwel perceptie, wat er eigenlijk ook toe leidt dat wanneer er sprake zou zijn van objectieve tegenstrijdigheden, deze enigszins zal worden ingevuld op basis van subjectieve veronderstellingen. Hoewel het in wezen de *conditio sine qua non* vormt om te besluiten tot een belangenconflict, voelt het duidelijk aan dat ‘het achten dat de onpartijdigheid en onafhankelijkheid in het gedrang wordt gebracht’ in de praktijk aanleiding zal geven tot discussie.

12. In bepaalde gevallen wordt er gelukkig wel een vermoeden ingeschreven waarbij de onpartijdigheid en onafhankelijkheid in het gedrang zou worden gebracht. Het betreft dan de gevallen, waarbij de persoon die onder het toepassingsgebied valt, bloed- of aanverwant is in de rechte lijn tot de derde graad en in de zijlijn tot de vierde graad, of in geval van wettelijk samenwoning, met een van de kandidaten of inschrijvers of met ieder ander natuurlijk persoon die voor rekening van een van hen een vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid uitoefent.¹⁴ Bijvoorbeeld wanneer de gedelegeerde bestuurder van een inschrijver de broer is van de contactpersoon bij de aanbestedende overheid, dan is er sprake van een belangenconflict.¹⁵ Dit is ook het geval indien de persoon

13 F. JUDO en R. DEWULF, “Artikel 6”, in S. VAN GARSSE (ed.), *Artikelsgewijze commentaar op de wetgeving overheidsopdrachten, Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten*, Brussel, Politeia, *currens*; M.-A. FLAMME, “Favoritisme et confusion d’intérêts dans les marchés publics”, *T.Aann.* 2006, 324.

14 Art. 6, §3, eerste lid, 1° wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, BS 14 juli 2016.

15 RvS 12 juli 2007, nr. 173.479, GIA Cataro.

die onder het toepassingsgebied valt, zelf of via een tussenpersoon eigenaar, mede-eigenaar of werkend vennoot is van een van de kandiderende inschrijvende ondernemingen dan wel in rechte of in feite, zelf of desgevallend via een tussenpersoon, een vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid uitoefent.¹⁶ Dit laatste vermoeden dient schijnbaar wel te worden genuanceerd, mede in het licht van de vierde paragraaf van artikel 6 van de Overheidsopdrachtenwet. Het houden van aandelen (dat niet gepaard gaat met enige vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid) zou op zichzelf niet volstaan om te besluiten tot een belangenconflict. Pas vanaf een participatie van meer dan vijf procent, geldt er een meldingsplicht¹⁷, terwijl de regeling in paragraaf 3 in wezen een onweerlegbaar vermoeden inschrijft van een belangenconflict wanneer men mede-eigenaar, ofwel aandeelhouder is.¹⁸ Het is dan ook de vraag hoe deze bepalingen zich tot elkaar verhouden.

13. Zoals hierboven aangegeven zal het vereiste van het ‘geacht worden van de onpartijdigheid en onafhankelijkheid in het gedrang te brengen’ in de praktijk aanleiding geven tot discussie. De huidige onverenigbaarheden en vermoedens dekken niet alle situaties op een sluitende wijze af wat rechtsonzekerheid in de hand werkt. Het valt dan ook *de lege ferenda* aan te raden dergelijke vermoedens, dan wel onverenigbaarheden verder te codificeren¹⁹ opdat er duidelijk(er) wordt in welke gevallen er geacht wordt een belangenconflict te zijn.

16 Art. 6, §3, eerste lid, 2° wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, BS 14 juli 2016.

17 “Art. 6, § 4. Indien de ambtenaar, de openbare gezagsdrager, de natuurlijke persoon of rechtspersoon bedoeld in paragraaf 1, tweede lid, zelf of via een tussenpersoon, één of meer aandelen of deelbewijzen ter waarde van ten minste vijf percent van het maatschappelijk kapitaal van een van de kandiderende of inschrijvende ondernemingen bezit, is hij verplicht de aanbesteder daarvan in kennis te stellen.”

18 In dat geval is men namelijk verplicht zich als ambtenaar te wraken, cf. artikel 6, §3, tweede lid wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, BS 14 juli 2016.

19 Dit ligt overigens in lijn met de aanbevelingen die geformuleerd worden door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OECD, *Organisation for Economic Co-operation and Development*) zie hiervoor OECD, *Recommendation of the Council on OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service*, OECD/LEGAL/0316 zoals raadpleegbaar op <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/130/130.en.pdf> (laatst geraadpleegd 30 juni 2023).