

De polsstokwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?

België –Preadvies Publiekrecht

Ingrid Opdebeek, gewoon hoogleraar bestuursrecht UAntwerpen, Advocaat Balie Provincie Antwerpen

Stéphanie De Somer, docent Vrije Universiteit Brussel, deeltijds docent UAntwerpen, Advocaat Balie Brussel

Inhoud

1. Inleiding en afbakening.....	2
2. Rol van de BBB voor het handelen van de overheid: algemene inzichten en verworvenheden.....	3
2.1. Begrip – belang	3
2.2. Geen codificatie van de BBB	3
2.3. Functies van de BBB	4
2.4. Plaats van de BBB in de hiërarchie der normen	5
2.5. Lijst van de naar Belgisch recht erkende BBB	5
3. Rol van de BBB voor het privaatrechtelijk handelen van de overheid	6
3.1. Toepassing van de BBB wanneer de overheid overeenkomsten sluit.....	7
3.1.1. Situering en begrip ‘afsplitsbare rechtshandeling’	7
3.1.2. Gevolgen voor de rechtsmachtverdeling tussen de gewone rechter en de bestuursrechter	9
3.1.3. Toepassing van de BBB op de afsplitsbare rechtshandeling <i>door de Raad van State</i>	10
3.1.4. Toepassing van de BBB op de afsplitsbare rechtshandeling <i>door de burgerlijke rechter</i>	11
3.1.5. Toepassing van de BBB op de uitvoering en beëindiging van de overeenkomst <i>door de burgerlijke rechter</i>	12
§1. Toepassing van de BBB op het ontslag van contractueel overheidspersoneel	13
1. Inleiding.....	13
2. Een strijd over “eenzijdigheid”.....	14
3. Rechtspraak van de arbeidsgerechten tot 2015: gebrek aan eensgezindheid	15
4. De hoogste rechtscollèges mengen zich vanaf 2015 in de discussie	16
5. Vergelijking met de eisen uit het arbeidsrecht.....	20
§2. Toepassing van de BBB op de uitvoering en beëindiging van overheidsopdrachten	22
§3. Andere voorbeelden van de toepassing van de BBB op de uitvoering of beëindiging van de overeenkomst	24
3.2. Toepassing van de BBB wanneer de overheid een private rechtsvorm aanneemt.....	25

3.2.1. Situering	25
3.2.2. Gevolgen voor de rechtsmachtverdeling tussen de gewone rechter en de bestuursrechter	26
3.2.3. Toepassing van de BBB wanneer de overheid optreedt in een private rechtsvorm	27
3.3. Toepassing van de BBB wanneer de overheid optreedt als ondernemer	27
3.3.1. Situering	27
3.3.2. Gevolgen voor de rechtsmachtverdeling tussen de gewone rechter en de bestuursrechter	27
3.3.3. Toepassing van de BBB wanneer de overheid optreedt als ondernemer	28
3.4. Tussenconclusie en voorstel <i>de lege ferenda</i>	29
3.5. Relevantie van het onderscheid tussen materiële en formele BBB?.....	31
3.5.1. Een principiële, maar te relativiseren onderscheid.....	31
3.5.2. Relevantie van het onderscheid voor de toepassing van de BBB op het publiekrechtelijk versus privaatrechtelijk handelen van de overheid.....	32
3.6. Verschillen in de wijze van toepassing van de BBB tussen de Raad van State en de gewone rechter / naargelang de overheid al dan niet gebruik maakt van ‘privaatrechtelijke bevoegdheden’?	33
4. Conclusie	34

1. Inleiding en afbakening

1. Zoals onze collega's die het Belgische preadvies vanuit privaatrechtelijk oogpunt verzorgden, achten wij het van belang aan het begin van deze bijdrage enige verduidelijking aan te brengen over hoe wij de opdracht hebben opgevat. Vanuit het Belgisch recht was het allesbehalve eenvoudig te bepalen welke van de door de organisatoren geformuleerde vragen nu bij voorkeur door publicisten zouden worden behandeld en welke de deskundigheid van een privatist vereisten. Zo hebben wij begrepen dat het aanbestedingsrecht in Nederland (vooral) door specialisten privaatrecht wordt bestudeerd en beoefend, terwijl dit in België als een onderdeel van het publiekrecht wordt beschouwd. De Belgische preadviseurs waren het er onderling over eens waren dat een aantal van de onderzoeksvragen die leidend zijn voor onze preadviezen, peilen naar een stand van zaken *in het recht als dusdanig*, zodat zij geen ander antwoord kunnen krijgen naargelang er met een publiek- dan wel privaatrechtelijke bril wordt naar gekeken. Voor een aantal vragen voelde het – wegens de traditionele, eerder historisch gegroeide verdeling van de kennis tussen publicisten en privatisten in België – bovendien ‘natuurlijker’ aan dat ofwel wij, ofwel onze collega's de vraag zouden beantwoorden. Dit alles komt erop neer dat – zoals de lezer verder zal vaststellen doorheen de paper en in de conclusie – wij **vooral een antwoord hebben geformuleerd op vragen 1 en 2**, en slechts hier en daar vragen 3 en 4 aanraken.

2. Rol van de BBB voor het handelen van de overheid: algemene inzichten en verworvenheden

2.1. Begrip – belang

2. De beginselen van behoorlijk bestuur (hierna: BBB) kunnen worden beschouwd als een onderdeel van de ruimere categorie van de **algemene rechtsbeginselen**¹ die moeten worden nageleefd niet alleen in de relatie tussen burger en bestuur, maar ook tussen besturen onderling. Zij kunnen worden beschouwd als concretisering, naar de overheid toe, van de algemene zorgvuldigheidsnorm die op eenieder rust.² VAN GERVEN ziet het als concretisering van algemene 'beginselen van behoorlijk handelen'.³ Volgens VANDENDRIESSCHE, GELDHOF en CARTON hebben BBB, zoals het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel "in essentie geen fundamenteel andere finaliteit dan principes uit het burgerlijk recht, zoals de goede trouw bij de uitvoering van een overeenkomst".⁴

3. De BBB worden wel eens 'het kloppend hart van het bestuursrecht' genoemd. Terecht: **regels komen en gaan, maar beginselen ... die blijven bestaan**. Wie de BBB niet kent, kent ook het bestuursrecht niet. In tijden van een steeds wijzigend en alsmaar complexer wordend bestuursrecht zijn die BBB een veilige gids, een kompas voor het overheidshandelen. Hoewel beginselen standvastiger zijn dan regels, vertonen zij wel een zekere soepelheid, zodat zij de tand des tijds kunnen doorstaan. De beginselen kunnen immers evolueren (in hun toepassingsgebied, uitzonderingen, draagwijdte, sancties bij niet-naleving, ..). Deze evoluties zijn vaak het gevolg van evoluties op Europees/internationaal vlak. Zo is het toepassingsgebied van de hoorplicht verruimd onder invloed van het Europees recht.

2.2. Geen codificatie van de BBB

4. Ondanks hun grote belang voor het Belgische bestuursrecht zijn de BBB in België **niet op algemene wijze gecodificeerd**. België beschikt niet zoals Nederland over een Algemene wet bestuursrecht, waarin belangrijke leerstukken van het bestuursrecht en een (belangrijk) deel van de

¹ Zie in dit verband A. BOSSUYT, "Algemene rechtsbeginselen" in I. VEROUGSTRAETE, J.-F. LECLERCQ, A. BOSSUYT en Th. ERNIQUIN, *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België 2002-2003*, <https://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/cass2002nl.pdf>, (102), 104 e.v. Ook M. VAN DAMME wijst erop dat BBB te herleiden zijn tot meer algemene rechtsbeginselen, maar dan in een aan het bestuursrecht aangepaste verschijningsvorm (M. VAN DAMME, "Goede trouw van burger en bestuur", *RW* 1989-90, 1108-1109. Zie ook P. POPELIER, 'Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen', in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006,(3), 6; I. MATHY, "Les principes généraux: genèse et consécration d'une source majeure du droit administratif" in S. BEN MESSAOUD en F. VISEUR (eds.), *Les principes généraux de droit administratif – Actualités et Applications Pratiques*, Brussel, Larcier, 2017, 21-58.

² I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1992, 30 e.v.

³ W. VAN GERVEN, 'Beginselen van behoorlijk handelen', *RW* 1982-83, 961-978.

⁴ F. VANDENDRIESSCHE, W. GELDHOF en A. CARTON, "De aard van de rechtsverhoudingen in de nutssectoren: reglementair of contractueel?" in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *XXXVIIe Postuniversitaire cyclus Willy Delva Economisch recht: ondernemingen, concurrenten en consumenten*, Mechelen, Kluwer, 2011, (189) 205.

BBB zijn gecodificeerd. Sinds kort beschikt Vlaanderen wel over een 'Bestuursdecreet'⁵ waarin een aantal bestuursrechtelijke regels werd gegroepeerd, maar de BBB als zodanig niet gecodificeerd zijn. Van vele van de BBB zijn echter wel sporen terug te vinden in regelgeving. Zo wordt het onpartijdigheidsbeginsel in diverse (sectorale) regelgeving geconcretiseerd (bv. in de regelgeving m.b.t. de overheidsopdrachten, de lokale besturen, het ambtenarentuchtrecht,...). Het gelijkheidsbeginsel is terug te vinden in de Grondwet (artt. 10 en 11 van de Grondwet). Deze normatieve verankering ontnemt deze beginselen echter niet hun karakter van 'beginsel'. Voor het begrip, de indeling, het toepassingsgebied, de draagwijdte enz. van de BBB is men dus in grote mate **aangewezen op de rechtspraak en de rechtsleer**.

2.3. Functies van de BBB

5. De BBB hebben diverse functies die in elkaar overvloeien. Van de BBB wordt traditioneel aangenomen dat zij **als primaire functie hebben de burger te beschermen tegen het eenzijdig overheidshandelen**. Bovendien beschikt de overheid bij het uitoefenen van die eenzijdige bevoegdheden vaak over een **grote discretionaire bevoegdheid**, een ruime beleidsvrijheid. Dergelijke bevoegdheid vraagt om een bijzonder 'tegengewicht'.

6. De BBB hebben als algemeen overkoepelend doel echter ook **het beschermen van het algemeen belang**. Hun naleving overstijgt dus het belang dat zij hebben voor de individuele burger. Deze beginselen kunnen immers bijvoorbeeld:

- eisen opleggen aan de overheid in verband met de zorgvuldige voorbereiding van beslissingen, zodat zij steeds met volledige kennis van zaken kan beslissen en alle in het geding zijnde belangen in haar oordeel kan betrekken (hoorplicht; zorgvuldigheidsbeginsel);
- het bestuur ertoe dwingen een bepaald beleid uit te tekenen waarbinnen individuele beslissingen moeten worden genomen (gelijkheidsbeginsel; rechtszekerheidsbeginsel);
- de samenstelling van een orgaan wijzigen wanneer (een schijn van) partijdigheid dreigt en de beslissing dus dreigt te zijn ingegeven door vooringenomenheid.

Zo beoogt de redelijketermijneis niet alleen het beëindigen van de rechtsonzekerheid waarin bijvoorbeeld een tuchtrechtelijk vervolgd ambtenaar zich bevindt, maar ook de ordentelijke werking van de administratie die vereist dat elke verstoring van de orde zo spoedig mogelijk wordt hersteld.⁶ Bij de hoorplicht wijst de Raad van State erop dat deze niet alleen als functie heeft het verlenen van een verweermogelijkheid aan de burger, maar ook het verzekeren dat de overheid over alle nuttige gegevens beschikt.⁷ Er zal dan ook altijd moeten worden gehoord wanneer de zorgvuldigheidsplicht dit vereist. Zo wordt de rekenschapsplicht in hoofde van de overheid gediend.

7. Ondanks het bestaan van uitvoerige bestuursrechtelijke regelgeving, zullen er soms **leemten zijn in de regelgeving of tegenstrijdigheden**. Zo kan, wanneer de regelgever heeft nagelaten een

⁵ Bestuursdecreet 7 december 2018, BS 19 december 2018. Dit decreet bevat onder meer bepalingen over de relatie tussen burgers en de overheid, organisatorische bepalingen (met o.a. de structuur van de Vlaamse administratie), bepalingen inzake deugdelijk bestuur, enz.

⁶ RvS 8 mei 2018, nr. 241.447, X.

⁷ Het Grondwettelijk Hof vermeldt – in zijn rechtspraak m.b.t. het ontslag van contractueel overheidspersoneel – trouwens (enkel) dat de hoorplicht aan de overheid wordt opgelegd wegens haar bijzondere aard, namelijk dat zij noodzakelijkerwijs als behoedster van het algemeen belang handelt en met volle kennis van zaken moet beslissen wanneer zij een ernstige maatregel neemt die verband houdt met het gedrag van de bestemming van de beslissing (GwH 6 juli 2017, nr. 86/2017).

termijn voor te schrijven aan de overheid, of slechts een termijn van orde⁸, de jurisprudentiële redelijketermijneis soelaas bieden.

2.4. Plaats van de BBB in de hiërarchie der normen

8. Over het statuut van de BBB in de hiërarchie der normen bestaat er geen eensgezindheid. Deze beginselen hebben o.i. **minstens wettelijke waarde** zodat een reglement er niet van kan afwijken⁹; **sommige beginselen hebben in ieder geval grondwettelijke waarde** (bv. het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel) en volgens bepaalde rechtsleer¹⁰ hebben al deze beginselen grondwettelijke waarde, zodat de formele wet ondergeschikt is aan de BBB en daar niet zonder meer mag van afwijken.

2.5. Lijst van de naar Belgisch recht erkende BBB

9. In het algemeen erkent de rechtspraak en rechtsleer het bestaan van de volgende BBB¹¹:
- het zorgvuldigheidsbeginsel;
 - de hoorplicht (het recht om op een nuttige wijze voor zijn standpunt naar voor te komen);
 - de redelijketermijneis.
 - het onpartijdigheidsbeginsel;
 - het motiveringsbeginsel;
 - het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel;
 - het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel;
 - het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

Soms wordt hier nog het beginsel van de *fair-play* aan toegevoegd, maar hiervan zijn niet zoveel toepassingen terug te vinden in de rechtspraak.

10. De transparantieplicht en de formelemotiveringsplicht¹² – niet te verwarren met de materiëlemotiveringsplicht – zijn volgens de Raad van State *geen* BBB. Het transparantiebeginsel ligt evenwel, minstens in het domein van de overheidsopdrachten en de verdeling van schaarse publieke rechten, in het gelijkheidsbeginsel besloten.¹³

⁸ Een termijn van orde is een termijn die wordt beschouwd als een niet substantiële vormvereiste, voorgeschreven in het belang van de goede werking van de overheid

⁹ Zo liet de Raad van State een reglement dat de bijstand van een advocaat verbood in een tuchtprocedure buiten toepassing, omdat geen enkele reglement afbreuk kan doen aan het recht van verdediging, dat het recht op bijstand van een raadsman impliceert (RvS 17 februari 1988, nr. 29.357, Leenders; RvS 25 oktober 1989, Noël). Zo oordeelde de Raad van State dat een tuchtreglement dat voor bepaalde feiten de tuchtstraf van de afzetting voorschrijft, niet kan beletten dat bij de straftoemeting het evenredigheidsbeginsel moet worden nageleefd (RvS 29 juni 2009, nr. 194.761, Delanghe).

¹⁰ P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006,(3),27-33.

¹¹ Wij baseren ons op de indeling gehanteerd in I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, tweede editie, 2019, 357-416; zie tevens I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 491p.

¹² RvS, 27 mei 2014, nr. 227.557, Martens.

¹³ Zie RvS 23 december 2015, nr. 233.355, nv Kinepolis Mega.

3. Rol van de BBB voor het privaatrechtelijk handelen van de overheid

11. De opdracht die aan deze bijdrage ten grondslag ligt, stelt de **‘privaatrechtelijke bevoegdheden’** van de overheid centraal. Daarbij wordt verwezen naar het gebruik van zowel privaatrechtelijke **instrumenten** als privaatrechtelijke **actoren**. Vertaald naar de Belgische context, onderscheiden wij voor deze paper **drie situaties waar de overheid bevoegdheden uitoefent die men als ‘privaatrechtelijk’ zou kunnen bestempelen**. Ten eerste maakt de overheid steeds vaker gebruik van *overeenkomsten* (3.1). Ten tweede richt zij steeds vaker *rechtspersonen* op waarbij in meerdere of mindere mate gebruik wordt gemaakt van het privaatrechtelijke verenigings-, stichtings- of vennootschapsrecht (3.2). Ten derde kan de overheid ook optreden *als ondernemer* waarbij zij (zuiver) commerciële of industriële handelingen stelt (3.3). We beschouwen dit als ‘privaatrechtelijke bevoegdheden’ omdat het telkens gaat om rechtsfiguren die in eerste instantie de relaties tussen particulieren beheersen.

12. Deze drie vormen van ‘privaatrechtelijk optreden’ van de overheid kunnen elk afzonderlijk, maar ook in combinatie met elkaar, een impact hebben op de vraag of de BBB in een concrete casus van toepassing zullen zijn. Dat komt in de eerste plaats omdat zij alle drie een impact kunnen hebben op de vraag of de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak rechtsmacht zal hebben om te oordelen over een bepaald geschil of niet. **De BBB zijn tot ontwikkeling gekomen in de rechtspraak van die Raad van State en hij past hen – voor zover wij hebben kunnen nagaan zonder enig onderscheid – toe op alle geschillen die onder zijn rechtsmacht vallen**. Onder de volgende titels lichten wij dan ook telkens toe in welke mate het uitoefenen van de genoemde ‘privaatrechtelijke bevoegdheden’ van belang is voor die rechtsmacht. Het is naar Belgisch recht immers niet zo dat het aanwezig zijn van één van die elementen van privaatrechtelijk optreden automatisch de rechtsmacht van de bestuursrechter uitsluit.

13. Ook de diverse **bijzondere bestuursrechters** die België (en vooral Vlaanderen) intussen rijk is, **passen de BBB toe**. Zij staan in dat verband overigens onder het ‘toezicht’ van de Raad van State, die t.a.v. hen de cassatierechter is (of – maar dat is de uitzondering – beroepsrechter met volle rechtsmacht). Zo kan de Raad onder meer nagaan of de bijzondere bestuursrechters de BBB correct toepassen.

Waar het onderworpen zijn van een handeling aan de rechtsmacht van de bestuursrechter de toepasselijkheid van de BBB lijkt te garanderen, is het omgekeerde niet *a priori* waar. Het is m.a.w. niet *omdat* de gewone rechter en niet de Raad van State – of een andere bestuursrechter – rechtsmacht heeft, dat de BBB geen toepassing zouden kennen. Zoals verder duidelijk zal worden, zijn er immers **heel wat voorbeelden van vonnissen en arresten uitgesproken door de gewone rechter waarin de BBB worden toegepast**.¹⁴ In die rechtspraak vindt men echter zelden algemene theoretische beschouwingen terug over de redenen waarom de BBB al dan niet worden toegepast. Er bestaat m.a.w. **weinig theorievorming in de rechtspraak van de gewone rechtscolleges over de vraag wanneer een geschil waarbij de overheid partij is (mede) genormeerd wordt door de BBB**.

¹⁴ Zie bv. de (oudere) rechtspraak van het Hof van Cassatie zoals geciteerd in A. BOSSUYT, “Algemene rechtsbeginselen” in I. VEROUGSTRAETE, J.-F. LECLERCQ, A. BOSSUYT en Th. ERNIQUIN, *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België 2002-2003*, <https://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/cass2002nl.pdf>, (102), 104 e.v. Sommige geschillen over het publiekrechtelijk handelen van de overheid, zoals het fiscaal contentieux, vallen overigens onder de rechtsmacht van de burgerlijke rechtscolleges.

14. Het zelf trachten te induceren van een dergelijke theorie plaatst de onderzoeker bovendien voor een bijzondere methodologische uitdaging. De rechtspraak van de gewone rechtscolleges wordt in België immers nog steeds niet integraal openbaar gemaakt in een officiële databank. Men is dus in grote mate aangewezen op commerciële databanken en tijdschriften, aan wie (wellicht) slechts een fractie van de rechtspraak wordt aangeboden ter publicatie. Elke theorievorming die vertrekt vanuit de bestaande rechtspraak heeft dan ook haar beperkingen.¹⁵

15. Gelet op het voorgaande, gaan wij hierna telkens na, voor elk van de drie vormen van 'privaatrechtelijk handelen' die wij onderscheiden, wat de impact ervan is op de rechtsmachtverdeling. Wanneer de conclusie luidt dat de keuze voor het private optreden maakt dat niet de bestuursrechter, maar de gewone rechter bevoegd is, gaan we - in de mate van het mogelijke - na of dit ook betekent dat de BBB geen toepassing vinden.

3.1. Toepassing van de BBB wanneer de overheid overeenkomsten sluit

3.1.1. Situering en begrip 'afsplitsbare rechtshandeling'

16. "Het ene overheidscontract is het andere niet".¹⁶ Overeenkomsten met de overheid kan men opdelen enerzijds in de '**gewone**', **overeenkomsten**, die kunnen worden gesloten door eenieder, en dus ook de overheid (zoals een arbeidsovereenkomst) (*'contrats de l'administration'*) en anderzijds de '**bestuursrechtelijke**' **overeenkomsten**, waarbij afwijkingen aan het gemene burgerlijke recht worden aangebracht door bijzondere publiekrechtelijke regelingen (*'contrats administratifs'*).¹⁷ Deze laatste kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op het leveren van werken, goederen en/of diensten aan de overheid (de aannemingsovereenkomst, de concessieovereenkomst) maar kunnen ook betrekking hebben op de uitvoering van het beleid (beleidsovereenkomsten of convenanten) of de relatie regelen tussen de overheid en een overheidsbedrijf (beheerscontracten). De ongelijkheid tussen de contractspartijen is hier de regel omdat het algemeen belang voorrang moet krijgen op het individuele belang van de medecontractant.

17. Anders dan in Nederland wordt in België de overeenkomst met de overheid niet beschouwd als één geheel. Bij het contractueel handelen van de overheid is het 'startpunt' van het contractueel handelen **de eenzijdige beslissing om een welbepaald contract te sluiten** met (een) welbepaalde persoon of personen. Het betreft dus de administratieve eindbeslissing van de procedure tot het sluiten van een overeenkomst.¹⁸ Deze administratieve eindbeslissing van bijvoorbeeld de procedure tot verkoop is als zodanig afsplitsbaar van de verkoopovereenkomst die erna wordt gesloten.¹⁹

¹⁵ De auteurs danken in dat verband Mter. Matthias De Groot, advocaat Balie Brussel (Stibbe) en vrijwillig wetenschappelijk medewerker aan de UAntwerpen, Mter. Cédric Vandekeybus, advocaat Balie Provincie Antwerpen (Schoups) en vrijwillig wetenschappelijk medewerker aan de UAntwerpen, en het advocatenkantoor Schoups, omdat zij ons op het spoor brachten van enkele interessante uitspraken in het aanbestedingscontentieux.

¹⁶ S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER en K.-J. VANDORMAEL, *Overheidscontracten, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag, Boom, 2015, 13, 23.

¹⁷ Deze bevoorrechte contractpositie van de overheid is ingegeven door de noodzaak om de drie basisbeginselen van de openbare dienst te vrijwaren: het veranderlijkheidsbeginsel, het continuïteitsbeginsel en de benuttingsgelijkheid.

¹⁸ RvS 5 mei 2011, nr. 212.929, nv Grondmaatschappij van België e.a.

¹⁹ RvS 8 oktober 2018, nr. 242.547, Foubert e.a.

18. Ook een **eenzijdige beslissing genomen na de totstandkoming van het contract** kan echter een afsplitsbare rechtshandeling zijn. Het schoolvoorbeeld hiervan is de beslissing van de toezichthoudende overheid tot vernietiging of niet-goedkeuring van de beslissing tot het sluiten van een overeenkomst.²⁰ Ook de vernietiging door de toezichthoudende overheid van een beslissing die verband houdt met de uitvoering of beëindiging van een overeenkomst²¹, zoals het ontslag van een contractueel personeelslid van de overheid, wordt beschouwd als een afsplitsbare akte.²² Hetzelfde geldt voor de eenzijdige gezagshandeling opgelegd door de concessieverlenende overheid aan een domeinconcessiehouder om de betrokken site te ontruimen bij wijze van bewarende veiligheidsmaatregel om een acuut veiligheidsrisico te ondervangen, dus om reden van algemeen belang en los van de domeinconcessieovereenkomst.²³

19. De rechtsfiguur van de afsplitsbare akte is vooral bekend in de sector van de specifieke overheidscontracten, zoals de overheidsopdrachten en de concessies, waarbij de *gunning* van de overheidsopdracht²⁴ of de concessie²⁵ aan een welbepaald persoon een typevoorbeeld is van een afsplitsbare akte. Maar de rechtsfiguur geldt evenzeer bij de beslissing tot het sluiten van 'gewone' contracten, zoals een arbeidsovereenkomst²⁶, de verkoop van een grond²⁷, een erfpachtovereenkomst²⁸, een dading²⁹ enz.

20. Van zodra een handeling ingebed in een contractueel procédé echter de **uitvoering of beëindiging van een overeenkomst** betreft, gaat het niet langer om een afsplitsbare handeling. Zijn om die reden **geen afsplitsbare aktes**:

- de eenzijdige beëindiging van een concessieovereenkomst wegens een contractuele wanprestatie³⁰;
- de eenzijdige beëindiging door de overheid van een gebruiksovereenkomst met betrekking tot een stuk grond op grond van een contractuele clause die deze mogelijkheid biedt³¹;

²⁰ Zie bv. RvS 21 juni 2011, nr. 214.025, nv Heijmans Bouw; RvS 27 september 2016, nr. 235.871, scrl Intercommunale d'Étude et de Gestion. Zie ook de talrijke verwijzingen in M. DE GROOT en F. VANDENDRIESSCHE, "Recht van terugkoop – Kunnen de toezichthoudende overheid en de Raad van State optreden tegen een beslissing van een gemeente die met die beslissing haar contractuele verbintenissen schendt?" (noot onder RvS 21 juni 2011, nr. 214.025, NV Heijmans Bouw), *T.Gem.* 2012, (170) 175.

²¹ De toezichthoudende overheid is hier, in tegenstelling tot de Raad van State, wél toe bevoegd, daar de grondwettelijke rechtsmachtverdeling enkel van toepassing is op rechters en niet op toezichthoudende besturen.

²² RvS 19 februari 2008, nr. 179.869 en 179.870, Fosses-la ville; In dezelfde zin RvS 15 februari 2002, nr. 103.610 OCMW Houyet. De beslissing van de toezichthoudende overheid wordt in dit geval beschouwd als het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van het geschil en niet de onderliggende beslissing tot beëindiging van het contract.

²³ RvS 27 oktober 2015, nr. 232.713, nv Mexico Natie. *In casu* was er een probleem met de veiligheid van de kaaimuur.

²⁴ Vaste rechtspraak, zie bv. RvS 15 februari 2012, nr. 217.992, nv Bulvano; RvS 3 januari 2017, nr. 236.957, la s.a. Bodarwe.

²⁵ RvS 17 oktober 2012, nr. 221.056, Vaessen (concessie van het openbaar domein); RvS 1 december 2016, nr. 236.642, sprl Claer Channel Belgium (concessie van het openbaar domein).

²⁶ RvS 24 april 2012, 219.034, Dumont; RvS, Algemene Vergadering, 4 maart 2016, nr. 234.035, Goedseels.

²⁷ RvS 28 mei 1997, nr. 66.428, De Backer (onderhandse verkoop); RvS 8 april 2008, nr. 181.804, nv Divorim; RvS 5 mei 2011, nr. 212.929, de NV Grondmaatschappij van België e.a.(onderhandse verkoop); RvS 8 oktober 2018, nr. 242.547, Foubert e.a. (schorsingsarrest)(openbare verkoop doch niet volgens juiste modaliteiten); RvS, 1 oktober 2019, nr. 245.581, Foubert e.a. (vernietigingsarrest).

²⁸ RvS 3 juli 2002, nr. 108.712, Stad Ciney; RvS 7 november 2013, nr. 225.385, nv Kinopolis Mega; RvS 23 december 2015, nr. 233.355, nv Kinopolis Mega.

²⁹ RvS 9 december 2016, nr. 236.720, Vereniging der Belgische foornijveraars e.a.; RvS 21 mei 2019, nr. 244.552, De Liedekerke e.a.

³⁰ RvS 14 oktober 2014, nr. 228.744, nv Synergie.

³¹ RvS 7 november 2013, nr. 225.385, nv Kinopolis Mega; RvS 26 januari 2016, nr. 233.635, Van Craen.

- de eenzijdige weigering door de overheid om beroepservaring opgedaan in de privésector in aanmerking te nemen voor het berekenen van de geldelijke anciënniteit bij een arbeidsovereenkomst³².

Wanneer echter aan een bestaande overeenkomst (in casu een concessieovereenkomst) dergelijke substantiële wijzigingen worden aangebracht dat ze in werkelijkheid moeten worden geacht een nieuwe concessieovereenkomst in te houden, is er opnieuw sprake is van een afsplitsbare akte.³³

3.1.2. Gevolgen voor de rechtsmachtverdeling tussen de gewone rechter en de bestuursrechter

21. Wat het contractueel handelen van de overheid betreft, **heeft de Raad van State *principieel* rechtsmacht voor de zogenaamde ‘afsplitsbare rechtshandelingen’.**³⁴ Dit geldt zowel ten aanzien van ‘gewone’ overeenkomsten als ten aanzien van ‘bestuurlijke’ contracten. Hieronder bespreken we dan ook eerst de toepassing van de BBB door de Raad van State op de afsplitsbare rechtshandeling (3.1.3).

22. De rechtsmacht van de Raad van State wat de afsplitsbare rechtshandeling betreft is evenwel slechts *principieel* of *residuaire*. **In een aantal gevallen zal niet de Raad van State, maar een rechtcollege van de gewone rechtsorde kennis nemen van het beroep tegen een afsplitsbare rechtshandeling.** De wetgever kan het betrokken contentieux immers expliciet onttrekken aan de Raad van State en toewijzen aan de burgerlijke rechter. Wanneer de overheid die het contract heeft afgesloten geen ‘administratieve overheid’ is en om die reden niet onder de rechtsmacht van de Raad van State valt (zie *infra*, randnummer 77-79), zal de burgerlijke rechter bovendien altijd over rechtsmacht beschikken. Daarenboven kan de benadeelde partij haar beroep tegen de afsplitsbare rechtshandeling ook vaak zo inkleden dat het de erkenning van een subjectief recht zal betreffen, waarvoor de Raad van State hoe dan ook geen rechtsmacht heeft. De vraag rijst of de gewone rechter dan evenzeer en op dezelfde wijze de BBB toepast (3.1.4.).

23. Ongeacht de aard van de overeenkomst, is **de gewone rechter exclusief bevoegd voor alle geschillen over de uitvoering en de beëindiging van de overeenkomst.**³⁵ Deze geschillen hebben immers betrekking *op burgerlijke rechten* waarvoor krachtens artikel 144 van de Grondwet uitsluitend de gewone hoven en rechtbanken over rechtsmacht beschikken. Daar het beslechten van contractuele disputen tot de *core business* van de burgerlijke rechter behoort en deze veel meer dan met de BBB vertrouwd is met de principes en regels van het verbintenissenrecht, rijst de vraag of hier een plaats is weggelegd voor de toepassing van de BBB (3.1.5).

24. Op dit principe bestaat er één jurisprudentiële uitzondering: wanneer aan een concessieovereenkomst (de concessie van een openbare dienst of van het openbaar domein) een einde wordt gesteld om redenen van algemeen belang (dus niet: wegens een contractuele

³² RvS 2 oktober 2019, nr. 245.605, Jaspers.

³³ RvS 1 december 2016, nr. 236.642, sprl Clear Channel Belgium.

³⁴ Met die nuance dat moet worden nagegaan of de ‘overheid’ kan worden gekwalificeerd als een ‘administratieve overheid’ in de zin van art. 14, §1 en §3 RvS-Wet. Dat is o.m. van belang bij de gunning van overheidsopdrachten, daar het begrip ‘aanbestedende overheid’ uit het EU-recht een veel ruimere draagwijdte kent dan het Belgische begrip ‘administratieve overheid’, dat het personeel toepassingsgebied van het beroep bij de Raad van State afbakt.

³⁵ Bv. RvS 31 maart 2011, nr. 212.335, Bekaert e.a.; RvS 23 december 2015, nr. 233.355, nv Kinopolis Mega; RvS 19 januari 2016, nr. 233.529, Provinciale en Intercommunale Drinkwatermaatschappij der Provincie Antwerpen, *T.Gem.* 2016, 262, noot B. WARNEZ; RvS 21 september 2018, nr. 242.403, Gemeenten St.-Lambrechts-Woluwe en Oudergem; RvS 2 oktober 2019, nr. 245.605, Jaspers.

wanprestatie) acht de Raad van State zich wél bevoegd.³⁶ De Raad van State geeft aan rechtsmacht te hebben bij een beëindiging van het contract die niet voortvloeit uit een contractuele wanprestatie of uit het contract of het Burgerlijk Wetboek, maar uit het prerogatief dat de overheid geniet ingevolge de aard van het contract, i.e. de mogelijkheid om het te allen tijde te beëindigen in het algemeen belang. Alhoewel de Raad van State hier niet expliciet de term ‘afsplitsbare handeling’ gebruikt, is er o.i. geen reden om dit soort beslissingen niet als zodanig te kwalificeren. Het is niet ondenkbaar dat deze rechtspraak geldt voor alle bestuursrechtelijke overeenkomsten. Bovendien rijst de vraag of deze rechtspraak ook niet zal gelden voor een eenzijdige wijziging van de overeenkomst om redenen van algemeen belang.

3.1.3. Toepassing van de BBB op de afsplitsbare rechtshandeling *door de Raad van State*

25. De afsplitsbare akte is een eenzijdige bestuurlijke rechtshandeling. Zij volgt dus het regime van de gewone eenzijdige bestuurlijke rechtshandeling, zodat **de BBB hierop onverkort van toepassing zijn** en de Raad van State de naleving ervan kan controleren.

26. Zo kan de Raad van State kan bij de afsplitsbare rechtshandeling allereerst de wettigheid toetsen van **de beslissing om contractueel te handelen**, bijvoorbeeld door te oordelen dat de beslissing tot een contractuele indienstneming onwettig is.³⁷ De Raad van State kan tevens een wettigheidscontrole uitoefenen over de **aard van het contract** dat wordt gekozen. Zo kan hij oordelen dat de overheid, bij de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid inzake de wijze waarop zij haar onroerende goederen vervreemdt, al dan niet de grenzen van de redelijkheid is te buiten gegaan door in de concrete omstandigheden van de zaak te hebben gekozen voor een onderhandse verkoop van een perceel in de plaats van een openbare verkoop.³⁸

27. Verder kan de Raad van State de beslissing ook op **alle andere (inhoudelijke en formele³⁹) aspecten** toetsen, en dus ook wat de naleving betreft van de BBB.⁴⁰ Aldus werd de beslissing van de overheid om een perceel grond onderhands te verkopen (in het concrete geval) strijdig geacht met het gelijkheids-, het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel.⁴¹ De gunning van een overheidsopdracht werd vernietigd wegens schending van de materiële motiveringsplicht.⁴² De beslissing tot een openbare verkoop van een perceel werd geschorst en vervolgens vernietigd daar de juiste modaliteiten/procedure voor een openbare verkoop niet werden gevolgd.⁴³

³⁶ Vgl. RvS 25 september 2007, nr. 174.964, Rudelopt; RvS 4 september 2008, nr. 186.074, asbl Tourisme Social de Chimay; RvS 14 oktober 2014, nr. 228.744, nv Synergie. Zie M. DE GROOT, “De rechtsmachtverdeling tussen de burgerlijke rechter en de Raad van State voor de eenzijdige beëindiging van overeenkomsten: het motief voor de beëindiging van een concessie als demarcatie criterium” (noot onder RvS 14 oktober 2014, nr. 228.744, nv Synergie, *RW* 2015-16, 265-270. De Raad van State geeft aan rechtsmacht te hebben bij een beëindiging van het contract die niet voortvloeit uit een contractuele wanprestatie of uit het contract of het Burgerlijk Wetboek, maar uit het prerogatief dat de overheid geniet *ingevolge de aard van het contract, i.e. de mogelijkheid om het te allen tijde te beëindigen in het algemeen belang*. Het is niet ondenkbaar dat dit voor alle ‘publiekrechtelijke’ contracten geldt.

³⁷ RvS, algemene vergadering, 4 maart 2016, nr. 234.035, Goedseels.

³⁸ RvS 5 mei 2011, nr. 212.929, nv Grondmaatschappij van België e.a.

³⁹ Zo kan de Raad van State nagaan of de beslissing wel werd genomen door de bevoegde overheid (RvS 9 december 2016, nr. 236.720, Vereniging der Belgische foornijveraars e.a.)

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld RvS, 23 april 2015, nr. 230.941, Pirson (afsplitsbare handeling inzake huur).

⁴¹ RvS 28 mei 1997, nr.66.428, bvba De Backer (schorsingsarrest). In het hierop volgende vernietigingsarrest werd evenwel enkel vernietigd wegens schending van de zorgvuldigheidsplicht (RvS 28 oktober 1997, nr. 69.199, De Backer).

⁴² RvS 15 februari 2012, nr. 217.992, nv Bulvano.

⁴³ RvS 8 oktober 2018, nr. 242.547, Foubert e.a. (schorsingsarrest); RvS 1 oktober 2019, nr. 245.581, Foubert e.a. (vernietigingsarrest).

28. Het verlenen van een erfpacht, zonder een voorafgaande oproep tot mededinging bij het toewijzen van een overeenkomst met een duidelijk grensoverschrijdend belang is hoe dan ook niet in overeenstemming met de vereisten van de artikelen 49 en 56 van het VWEU, met de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie en strookt in het bijzonder niet met de verplichting om een passende mate van openbaarheid te garanderen.⁴⁴ Op grond van het interne gelijkheidsbeginsel geldt trouwens evenzeer een transparantieplicht.⁴⁵

29. In zoverre niettemin één of meer middelen van aard mochten zijn de Raad van State ertoe te brengen om zich uit te spreken over de geldigheid van het contract en de subjectieve rechten die de contractpartijen eraan ontleen, zou de Raad van State zich wat dat middel of die middelen betreft, zonder rechtsmacht moeten verklaren.⁴⁶ Deze rechtsmacht is evenwel middel per middel te onderzoeken.⁴⁷ Door zich uit te spreken over een beroep tot nietigverklaring of een vordering tot schorsing van de afsplitsbare rechtshandeling, doet de Raad van State in beginsel geen uitspraak over de overeenkomst zelf of de burgerrechtelijke gevolgen ervan.⁴⁸ De nietigverklaring van de afsplitsbare akte blijft hoe dan ook zonder gevolgen voor het contract.⁴⁹ Ze brengt niet automatisch de nietigverklaring van de overeenkomst met zich.⁵⁰ Er is dus geen sprake van een ‘onbestaand’ contract of van een ‘nietigheid van rechtswege’ van het contract.⁵¹ Alleen de gewone rechter is immers bevoegd om zich uit te spreken over de wettigheid van het contract en, eventueel, de nietigheid ervan te constateren.⁵²

3.1.4. Toepassing van de BBB op de afsplitsbare rechtshandeling *door de burgerlijke rechter*

30. Zoals eerder aangegeven, zal soms de gewone (burgerlijke) rechter uitspraak doen over de wettigheid van afsplitsbare rechtshandelingen. De voorbeelden die wij hebben aangetroffen, betreffen allemaal het **aanbestedingscontentieux**. Gunningsbeslissingen van aanbestedende overheden die geen ‘administratieve overheden’ zijn (zie *infra*, randnummer 77-79), moeten immers bij de burgerlijke rechter worden bestreden. Van deze rechtspraak is maar weinig gepubliceerd, zodat het moeilijk is om na te gaan welk gewicht de BBB precies hebben in dit contentieux. Toch zijn er **voldoende voorbeelden die aantonen dat de gewone rechter de BBB – indien hij daarom wordt gevraagd – wel degelijk toepast.**

31. In een zaak waarin de beslissing werd aangevochten van een vzw (die onder de overheidsopdrachtenwetgeving viel) om de offerte van een inschrijver onregelmatig te verklaren, stelde het Hof van Beroep te Brussel vast dat de overheid over een discretionaire bevoegdheid beschikte. Het betrof immers een zogenaamde ‘niet-substantiële onregelmatigheid’, op basis waarvan

⁴⁴ RvS 23 december 2015, nr. 233.355, nv Kinapolis Mega.

⁴⁵ RvS 23 december 2015, nr. 233.355, nv Kinapolis Mega.

⁴⁶ De Raad van State interpreteert soms wel contracten, maar niet met het oog op het bepalen van de rechten en verplichtingen van partijen. Soms moet hij het contract interpreteren om na te gaan of hij over rechtsmacht beschikt of om na te gaan of het beroep tegen een eenzijdige bestuurlijke rechtshandeling ontvankelijk is. Zie bv. RvS 19 januari 2016, nr. 233.529, de Provinciale en Intercommunale Drinkwatermaatschappij der Provincie Antwerpen, waar de Raad van State naging of een vermeende overeenkomst daadwerkelijk bindende engagementen bevatte, opdat hij kon beoordelen of er sprake was van een afsplitsbare rechtshandeling die aan zijn rechtsmacht onderworpen was.

⁴⁷ RvS 9 december 2016, nr. 236.720, Vereniging der Belgische foornijveraars e.a.

⁴⁸ RvS 5 mei 2011, nr. 212.929, nv Grondmaatschappij van België e.a. RvS 9 december 2016, nr. 236.720, Vereniging der Belgische foornijveraars e.a.; RvS 8 oktober 2018, nr. 242.547, Foubert e.a. (schorsingsarrest).

⁴⁹ RvS 9 december 2016, nr. 236.720, Vereniging der Belgische foornijveraars e.a.

⁵⁰ RvS, algemene vergadering, 4 maart 2016, nr. 234.035 Goedseels.

⁵¹ RvS, algemene vergadering, 4 maart 2016, nr. 234.035 Goedseels.

⁵² RvS, algemene vergadering, 4 maart 2016, nr. 234.035 Goedseels.

de overheid de offerte *mag*, maar *niet moet* weren. Het Hof besloot dat het kon toezien op de gegrondheid van de motieven tot wering, zonder zich in de plaats van de aanbesteder te stellen. Gegeven de motivering die de aanbesteder in dat verband aan het Hof kon voorleggen, oordeelde het dat de aanbesteder niet had gehandeld “*met schending van de algemene beginselen van openbaar bestuur*”. Het Hof gebruikt hier weliswaar niet de geijkte terminologie, maar het is o.i. duidelijk dat het Hof in wezen heeft willen toetsen aan de **materiële motiveringsplicht** als BBB.⁵³

32. In een aantal andere arresten gaan de gewone rechtscolleges na of een aanbestedende overheid de ‘algemene **zorgvuldigheidsplicht**’ heeft gerespecteerd bij het nemen van (voor)beslissingen inzake de gunning van overheidsopdrachten, zoals bij het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes en i.h.b. bij de beoordeling van de aanwezigheid van zgn. ‘abnormale prijzen’.⁵⁴ Van deze uitspraken is telkens slechts een uittreksel gepubliceerd en daaruit kan niet altijd met zekerheid worden afgeleid of de rechter hier toetst aan de algemene zorgvuldigheidsnorm uit artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, dan wel aan het zorgvuldigheidsbeginsel als BBB, als hij dat in het eigenlijke vonnis al zou verduidelijken.⁵⁵ Die vaststelling is op zichzelf interessant, daar zij aangeeft dat het met name wat de zorgvuldigheidsplicht betreft, wellicht weinig verschil zal maken of men refereert aan het BBB, dan wel aan de algemene zorgvuldigheidsplicht die krachtens het algemeen verbintenissenrecht op eenieder rust, maar waarbij in het geval van de overheid de vergelijking wordt gemaakt met een ‘normaal, zorgvuldig overheid geplaatst in dezelfde omstandigheden’.

33. Het Hof van Beroep van Gent paste het principe dat beslissingen van de overheid op rechtsgeldige motieven moeten berusten (d.i. de **materiële motiveringsplicht**) toe op de beslissing van een vzw tot heraanbesteding van een opdracht.⁵⁶ Het Hof van Beroep van Bergen paste op datzelfde type beslissing reeds het **vertrouwensbeginsel** toe. Het kende meer bepaald een schadevergoeding toe aan een inschrijver omdat de overheid bij het stopzetten van de initiële procedure had aangekondigd te zullen overgaan tot de aankondiging van een nieuwe procedure met hetzelfde voorwerp, maar zich uiteindelijk niet naar die verklaring had gedragen en daar ook geen (deugdelijke) motieven voor had aangedragen.⁵⁷

3.1.5. Toepassing van de BBB op de uitvoering en beëindiging van de overeenkomst *door de burgerlijke rechter*⁵⁸

34. Zoals eerder toegelicht, moeten geschillen over de *uitvoering en beëindiging* van overeenkomsten altijd worden beslecht door de gewone rechter. Het is in dit domein dat zich de laatste jaren naar Belgisch recht de belangrijkste discussies over het al dan niet toepasselijk zijn van de BBB zich hebben afgespeeld. De rechtspraak die dit debat op gang heeft getrokken betreft de beëindiging van arbeidsovereenkomsten door de overheid (§1). Voor het overige is over de toepassing

⁵³ Brussel 1 december 2003, *Res Jur.Imm.* 2004, 235.

⁵⁴ Zie Rb. Brussel 11 april 2014, *OOO* 2014, 375; Rb. Brussel (kortgeding) 13 juni 2018, *OOO* 2019, 439.

⁵⁵ Zie echter wel Rb. Brussel 2 augustus 2018, *OOO* 2018, 742, waar de rechter oordeelde dat de aanbestedende overheid de algemene zorgvuldigheidsplicht niet had geschonden door een opdracht te gunnen aan een vzw zonder te onderzoeken of die opdracht binnen het maatschappelijk doel of de specificiteit van die vzw paste. Het uittreksel verwijst uitdrukkelijk naar art. 1382 BW als wettelijke basis.

⁵⁶ Gent 8 januari 2010, *NJW* 2010, 765, noot J. GOOSSENS.

⁵⁷ Bergen 14 september 2010, *OOO* 2011, 138.

⁵⁸ We brengen hier gemakshalve ook de geschillen onder m.b.t. de *geldigheid* van overeenkomsten (vorderingen tot nietigverklaring) of bedingen in overeenkomsten, daar die vaak rijzen in de fase van de uitvoering.

van de BBB op de uitvoering en beëindiging van overeenkomsten heel wat minder geschreven.⁵⁹ We trachten de *status quo* in het debat over het ontslag van contractueel overheidspersoneel toch te vergelijken met de (beperkte, gepubliceerde) rechtspraak inzake de toepassing van de BBB op de uitvoering van overheidsopdrachten, d.i. een typisch bestuursrechtelijke overeenkomst (§2). Ten slotte bespreken we rechtspraak i.v.m. andere types overeenkomsten (§3).

§1. Toepassing van de BBB op het ontslag van contractueel overheidspersoneel

1. Inleiding

35. Steeds meer overheidspersoneel wordt in België tewerkgesteld met een arbeidsovereenkomst.⁶⁰ Binnen één en hetzelfde bestuur wordt soms hetzelfde werk verricht door een statutair (eenzijdig aangesteld en in beginsel vastbenoemd) personeelslid enerzijds en een contractant anderzijds. Dat heeft een debat teweeggebracht in de rechtspraak en de rechtsleer over de gelijke behandeling van beide categorieën overheidspersoneel.⁶¹

Eén aspect van dat debat betreft de vraag of en in hoeverre de overheid bij het nemen van besluiten ten aanzien van een contractueel personeelslid de BBB in acht moet nemen. We besteden hier uitvoerig aandacht aan, omdat voor geen enkel ander type overeenkomst het debat over de toepasselijkheid van de BBB op de beëindiging ervan zo expliciet is gevoerd.

36. Wanneer een statutair personeelslid wordt benoemd, moet de overheid bij het voorbereiden en nemen van die beslissing de BBB respecteren. Ook voor de aanwerving van een contractueel personeelslid wordt dat inmiddels aanvaard. De beslissing tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst is immers een zogenaamde ‘afsplitsbare rechtshandeling’ (zie *supra* 3.1.1.).

Wat het statutair personeel betreft, moeten ook de eenzijdige rechtshandelingen genomen tijdens de aanstelling (bv. de beslissing om al dan niet te bevorderen, evaluatiebeslissingen, tuchtsancties, ordemaatregelen enz.) voldoen aan de eisen die voortvloeien uit de BBB. Hetzelfde geldt voor de beslissing tot beëindiging van het statutaire dienstverband (bv. het tuchtrechtelijk ontslag, het ontslag wegens beroepsongeschiktheid enz.). Wat het contractueel personeel betreft, is er op dit vlak de laatste jaren een hevig debat ontstaan.⁶² Het debat ging **initieel bijna uitsluitend over de toepassing van de hoorplicht** bij het *ontslag* van het personeelslid. Intussen heeft het zich echter ook uitgebreid naar andere BBB, zoals het onpartijdigheidsbeginsel en de redelijkheidstermijneis.

⁵⁹ Er zijn enkele uitzonderingen. Zie bv. T. LEYS, “De beslissing van de publiekrechtelijke rechtspersoon tot herroeping van een privaat recht op het openbaar domein: al dan niet onderworpen aan de beginselen van behoorlijk bestuur?”, *TBP* 2017, 192-199.

⁶⁰ Zie bv. de cijfers in R. JANVIER, *Hervorming van de pensioenen in de overheidssector. Stand van zaken anno 2018 met een visie op de toekomst*, Brugge, die Keure, 2018, 9 en 10.

⁶¹ Zie o.a. Zie R. JANVIER en K. JANSSENS, *De mythe van het statuut voorbij? De nieuwe overheidswerknemer is opgestaan!*, Brugge, die Keure, 2003, 375 p.; R. JANVIER, “Over overheden, contractanten en ambtenaren: geen vrijblijvende ‘ménage à trois’” in M. De VOS en I. PLETS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 13-19; I. DE WILDE, R. JANVIER en A. DE BECKER, “Naar een principiële contractuele tewerkstelling in de Belgische publieke sector? Genese van het contractueel dienstverband, stand van zaken en een blik op de toekomst”, *CDPK* 2017, 366-390.

⁶² Zie o.a. D. CUYPERS, “Beginselen van behoorlijk bestuur in personeelsmateries: zowel voor ambtenaren als voor overheidscontractanten?”, *TSR* 2015, 3-72; R. VALKENEERS, “Zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op arbeidscontracten in de publieke sector?”, *TSR* 2014, 309-367.

37. Dit debat loopt bovendien parallel met dat over de toepassing van de Wet Motivering Bestuurshandelingen op het ontslag van een contractueel personeelslid van de overheid.⁶³ Dat is geen toeval. De BBB zijn een jurisprudentiële constructie, voornamelijk ontwikkeld in de rechtspraak van de Raad van State, in een contentieux waarin het eenzijdig overheidsoptreden centraal staat. De Wet Motivering Bestuurshandelingen heeft als materieel toepassingsgebied de individuele *eenzijdige* bestuurlijke rechtshandeling en ook deze is niet primair bedoeld om te worden toegepast in de wederkerige relatie bestuur-bestuurde. De vraag rijst echter of een evolutieve interpretatie van het toepassingsgebied van deze waarborgen aan de orde is.

2. Een strijd over “eenzijdigheid”

38. Gelet op de context waarbinnen de BBB en de Wet Motivering Bestuurshandelingen tot ontwikkeling zijn gekomen, d.i. het bieden van rechtsbescherming tegen het eenzijdig overheidsoptreden, is **de vraag gerezen waar, in het kader van een arbeidsovereenkomst met de overheid, de eenzijdige relatie eindigt en de wederkerige begint.** Welke handelingen gesteld in het kader van contracten en met name een arbeidsovereenkomst zijn ‘eenzijdig’ (genoeg) om er de BBB en de Wet Motivering Bestuurshandelingen op van toepassing te achten?

39. Voor de volledigheid geven we mee dat critici van de stelling dat de overheid bij het ontslag van een contractueel personeelslid de BBB zou moeten respecteren, ook hebben ingeroepen dat een overheid, wanneer zij optreedt als werkgever, niet zou optreden ‘als bestuur’.⁶⁴ De overheid zou dus met een ander ‘petje’ op handelen en daardoor enkel de regels van het arbeidsovereenkomstenrecht (het privaatrecht) en niet die van het bestuursrecht moeten respecteren. Die stelling overtuigt o.i. niet, zeker nu het contractueel overheidspersoneel in de regel evenzeer zal worden ingeschakeld voor de behartiging van een openbare dienst als het statutair personeel. De overheid blijft dus ook in haar hoedanigheid van werkgever overheid en moet in dat kader handelen met het oog op het algemeen belang, ook wanneer zij beslissingen neemt met betrekking tot de personen die via een arbeidsovereenkomst voor haar werken.

40. De belangrijkste discussie betreft evenwel de vraag of het ontslag kan worden beschouwd als een ‘eenzijdige’ handeling. Op het eerste gezicht lijkt een ontslag in ieder geval ‘eenzijdig’, in die zin dat het initiatief uitgaat van één partij, *in casu* de overheid, als werkgever. Vanuit juridisch oogpunt kan aan het adjectief ‘eenzijdig’ echter ook een andere, engere betekenis worden gegeven. Zo kan ‘eenzijdig’ in het bestuursrecht verwijzen naar het overheidsprerogatief, d.w.z. de bevoegdheid om een bestuurde verplichtingen of lasten op te leggen zonder zijn toestemming. Het betreft dan

⁶³ Zie bv. A. COOLSAET, “Contractueel overheidspersoneel” in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 2013, (521) 522-532; D. CUYPERS, “Beginselen van behoorlijk bestuur in personeelsmateries: zowel voor ambtenaren als voor overheidscontractanten?”, *TSR* 2015, (3) 37-38 met referenties naar de diverse standpunten in rechtspraak en rechtsleer; A. DE BECKER, “De motivering van het ontslag van een arbeidscontractant in de publieke sector”, *RW* 2007-08, 90-102; S. GILSON, “Le congé notifié à un agent contractuel de la fonction publique et l’irruption de la loi du 29 juillet 1991: une véritable exception à la règle d’absence de motivation du congé en droit social” in *Motivation et motifs du congé*, Waterloo, Kluwer, 2006, 119-143; K. SALOMEZ, “Ontslag van contractanten in overheidsdienst, publiekrecht of privaatrecht?”, *RW* 2008-09, 1481-1485; B. WEEKERS, “De ontslagbrief gericht aan een door een arbeidsovereenkomst met de gemeente verbonden personeelslid: uitdrukkelijk motiveren of niet?”, *T.Gem.* 2005, 233-237.

⁶⁴ In die zin bv. K. BLEBAUT, “Moet het ontslag van een contractueel personeelslid in overheidsdienst gemotiveerd worden?”, *Soc.Weg.* 2008, (7) 9; A. DE BECKER, “Het ontslag van arbeidscontractanten in de publieke sector” in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (145) 169-171; I. VANDEN POEL, “Motivering van het ontslag van een contractant in overheidsdienst: een bres in het Belgische ontslagrecht?”, *TSR* 2011, (115) 145-147.

machten die de overheid onderscheiden van particulieren en die de ongelijkheidsrelatie tussen burger en bestuur kenmerken. In zijn meest enge betekenis gaat het dan enkel om de zogenaamde ‘imperiumbevoegdheden’, een begrip dat vooral bepalend is voor de kwalificatie van privaatrechtelijk vormgegeven rechtspersonen als ‘administratieve overheden’ in de zin van artikel 14 RvS-Wet.⁶⁵ Het beperken van het toepassingsgebied van de BBB tot deze ‘gezagshandelingen’ is echter niet in lijn met de huidige rechtspraak van de Raad van State.

41. De geschillen met betrekking tot de uitvoering en beëindiging van arbeidsovereenkomsten afgesloten met de overheid komen, gelet op de grondwettelijke rechtsmachtverdeling, steeds terecht bij de gewone rechter en met name bij de arbeidsgerechten. Het zijn dus in eerste instantie de arbeidsrechtbanken en de arbeidshoven geweest die in België uitspraak hebben moeten doen over de kwalificatie van het ontslag als een EBR.

3. Rechtspraak van de arbeidsgerechten tot 2015: gebrek aan eensgezindheid

42. Tot 2015 werd de rechtspraak van de arbeidsgerechten gekenmerkt door uiteenlopende visies. Hoewel het beeld zeker niet zwart / wit was, leken de Franstalige arbeidsgerechten zich eerder uit te spreken vóór een toepassing van de hoorplicht op het ontslag, terwijl hun Nederlandstalige collega’s hier eerder weigerachtig tegenover stonden.

43. Wanneer een ontslagen werknemer gelijk kreeg van het arbeidsgerecht, omdat hij ten onrechte niet werd gehoord naar aanleiding van zijn ontslag, viel het op dat de arbeidsgerechten worstelden met de sanctie die zij aan dergelijke gebrek zouden koppelen. Wanneer een statutair ambtenaar voor de Raad van State succesvol zijn (bijvoorbeeld tuchtrechtelijk) ontslag aanvecht wegens een miskennis van de BBB, zal dit in beginsel leiden tot de vernietiging van de ontslagbeslissing. Die wordt dan geacht nooit te hebben bestaan. De betrokkene moet in beginsel gere-integreerd worden. De arbeidsgerechten daarentegen beschikken niet over de rechtsmacht om het ontslag te vernietigen of om de re-integratie te bevelen.⁶⁶ Eén van de **uitdagingen** is dus het **vinden van een gepaste sanctie voor de overheid die deze waarborgen met de voeten treedt** of – beter en correcter – een **gepaste vorm van rechtsherstel** voor de werknemer die hiervan het slachtoffer wordt.

44. In vele gevallen erkende de arbeidsrechtbank of het Arbeidshof *principieel* dat de werknemer recht had op een **schadevergoeding** voor de schade die voortvloeide uit het overtreden van de hoorplicht (of de Wet Motivering Bestuurshandelingen). Het **bewijzen van de omvang van de schade** en de begroting van de vergoeding gaven in de praktijk echter aanleiding tot **problemen**. Dit leidde er

⁶⁵ Het Hof van Cassatie definieert de imperiumbevoegdheid als de bevoegdheid “*de eigen verplichtingen tegenover anderen eenzijdig te bepalen of [de] verplichtingen van die anderen eenzijdig vast te stellen*” (Cass. 6 september 2002, AR C.01.0382.N; Cass. 6 september 2002, AR C.02.0177.N.). De Raad van State spreekt over de “*exorbitante bevoegdheid om in het rechtsverkeer ter verwezenlijking van doeleinden die van algemeen belang zijn eenzijdig anderen bindende verplichtingen te kunnen opleggen, meer bepaald door de eigen verplichtingen tegenover anderen eenzijdig te bepalen, of door de verplichtingen van die anderen eenzijdig vast te stellen, welke verplichtingen onder meer kunnen bestaan in het moeten erkennen of ondergaan van bevoegdheden of rechten welke door het met het openbaar gezag toegerust orgaan aan derden worden gegeven*” (RvS 27 juli 1979, nr. 19.776, Scheuermann). Zie hierover I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht: Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 329-331, waar blijkt dat dit begrip een eerder restrictieve invulling krijgt in de recente rechtspraak.

⁶⁶ Zie bv. Arbrb. Charleroi 18 juli 2007, *JTT* 2008, 172 *et seq.*, noot S. GILSON.

vaak toe dat vaak geen of een relatief beperkte vergoeding werd toegekend. De rechter past daarbij meestal de 'verlies van een kans'-leer toe.⁶⁷

4. De hoogste rechtscolleges mengen zich vanaf 2015 in de discussie

45. Op 12 oktober 2015 sprak uiteindelijk het Hof van Cassatie zich uit.⁶⁸ Aan dit arrest lag een uitspraak ten grondslag van het arbeidshof van Gent, waarin het een fout had vastgesteld in hoofde van het bestuur wegens het niet respecteren van de hoorplicht en de Wet Motivering Bestuurshandelingen bij een ontslag.⁶⁹ **Het Hof van Cassatie oordeelde echter dat de Wet Motivering Bestuurshandelingen en de hoorplicht niet van toepassing zijn op het ontslag van een contractueel personeelslid in overheidsdienst.** Het steunde zijn redenering op de wetsgeschiedenis van de Wet Motivering Bestuurshandelingen, maar zonder enige concrete verwijzing naar een relevante passage in die wetsgeschiedenis. In realiteit biedt de wetsgeschiedenis hierover geen uitsluitel. Toen de wet in 1991 tot stand kwam, heeft de wetgever er wellicht niet bij stil gestaan dat de vraag naar de toepassing ervan op eenzijdige beslissingen verbonden met overeenkomsten in de toekomst zo prangend zou worden. Precies om die reden beriep het arbeidshof te Gent zich ook op een 'evolutieve interpretatie' van de wet om zijn oordeel te staven.

46. Iets minder dan een jaar later liet ook de **Raad van State** van zich horen over deze kwestie. De Raad **sloot zich aan bij de cassatierechtspraak**: noch de Wet Motivering Bestuurshandelingen, noch de BBB, zijn van toepassing op het ontslag van een contractueel personeelslid. *In casu* was de bestreden beslissing er echter een van de toezichthoudende overheid, die een ontslagbeslissing van een intercommunale had vernietigd wegens strijdigheid met o.a. de hoorplicht, zodat de Raad van State over rechtsmacht beschikte.⁷⁰

Ook enkele arbeidsgerechten sloten zich vrijwel meteen aan bij de cassatierechtspraak. Daarbij waren ook Franstalige arbeidsgerechten.⁷¹

47. In de rechtsleer gaf het cassatiearrest echter al gauw aanleiding tot **kritiek**. Die kritiek kon o.i., wat de hoorplicht betreft, worden bijgevallen. In de mate dat de stelling van het Hof van Cassatie zou zijn ingegeven door het onderscheid tussen een overheid handelend als overheid, en een overheid

⁶⁷ Zie bv. Arbrb. Brussel 30 november 2006, *Soc.Kron.* 2008, 268 (schending hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur - schadevergoeding van 1250 euro); Arbrb. Gent 10 november 2008, *Soc.Kron.* 2013, 396, noot J. JACQMAIN (schending Wet Motivering Bestuurshandelingen en hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur - geen schadevergoeding omdat men er niet in slaagde de schade te bewijzen); Arbh. Bergen 10 januari 2011 (schending normatieve hoorplicht; schadevergoeding van 12500 euro); Arbh. Brussel 14 februari 2012, *JTT* 2012, 213 (schending Wet Motivering Bestuurshandelingen en hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur - geen schadevergoeding want geen reëel verlies van een kans volgens de rechter).

⁶⁸ Cass. 12 oktober 2015, AR S.13.0026.N., Stad Oostende/P.V., *APT* 2016, 93, *JLMB* 2016, 528, *JTT* 2016, 27, concl. H. VANDERLINDEN, *Or.* 2016, 112, weergave I. PLETS, *RAGB* 2016, 943, noot V. DOOMS, *Rev.dr.commun.* 2016, 11, concl. H. VANDERLINDEN, noot J. BOUVIER en J. VAN BOL; S. GILSON, F. LAMBINET en Z. TRUSGENACH, "Licenciement des contractuels de la fonction publique il ne faut ni audition préalable ni motivation! Vraiment? (1/2)", *BJS* 2015, nr. 554, 7-10; S. DE SOMER en V. VUYLSTEKE, "De Wet Motivering Bestuurshandelingen en het ontslag van de overheidscontractant: het langverwachte oordeel van het Hof van Cassatie en een blik op de toekomst", *T.Gem.* 2016, 125-138; E. TIMBERMONT en A. MECHELYNCK, "Geen ontslagmotivering voor arbeidscontractanten", *NJW* 2017, 822-835; R. VALKENEERS, "Roma locuta, sed causa non finita: de Formele Motiveringwet en de beginselen van behoorlijk bestuur (dan toch) wel van toepassing op arbeidsovereenkomsten in de publieke sector?", *Soc.Kron.* 2016, 355-366.

⁶⁹ Arbeidsh. Gent 24 april 2012, onuitg.

⁷⁰ RvS 27 september 2016, nr. 235.871, Intercommunale d'Étude et de Gestion; S. DE SOMER en V. VUYLSTEKE, noot onder RvS 27 september 2017, nr. 235.871, *T.Gem.* 2017, 58-59.

⁷¹ Zie bv. Arbeidsh. Bergen 24 november 2015, www.juridat.be; Arbeidsh. Bergen 5 juli 2017, www.juridat.be; Arbeidsh. Luik 14 april 2016, *JLMB* 2016, 1761.

handelend als privépersoon⁷², lijkt de motivering ons in ieder geval *niet* pertinent. Of de overheid nu eenzijdig, dan wel contractueel handelt: zij handelt in beide gevallen in het algemeen belang en met gemeenschapsgeld, zodat er op het eerste gezicht geen reden is om het contractueel handelen met minder waarborgen te omringen. Zoals eerder aangegeven, zijn de BBB niet alleen ontwikkeld om een tegengewicht te bieden tegen (willekeurig) eenzijdig overheidsoptreden, maar hebben zij ruimer tot doel te verzekeren dat de overheid in haar besluitvorming het algemeen belang voor ogen houdt. De overheid is en blijft een overheid, ook wanneer zij een (arbeids)contract sluit.⁷³

48. Centraal in heel wat van de kritiek stond de vraag of de rechtspraak van het Hof van Cassatie geen discriminatie creëert tussen statutaire en contractuele personeelsleden.⁷⁴ Het antwoord op die vraag kwam er in **drie belangrijke arresten van het Grondwettelijk Hof.**

49. In een arrest van juli 2017 gaf het Grondwettelijk Hof een antwoord op de prejudiciële vraag van de Franstalige arbeidsrechtbank te Brussel. Samengevat kwam die vraag erop neer of de artikelen 32, 3^o⁷⁵ en 37, §1⁷⁶ van de Arbeidsovereenkomstenwet, in die zin geïnterpreteerd dat zij een beletsel vormen voor het recht van een door de overheid tewerkgestelde werknemer om voor zijn ontslag te worden gehoord, de artikelen 10 en 11 Gw. schenden, nu dat recht wel wordt gewaarborgd voor statutairen door het beginsel *audi alteram partem*. Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat statutaire en contractuele personeelsleden in het licht van de finaliteit van de hoorplicht wel degelijk twee vergelijkbare groepen zijn. **De hoorplicht wordt volgens het Hof immers opgelegd aan de overheid wegens haar bijzondere aard, namelijk dat zij noodzakelijkerwijs als behoedster van het algemeen belang handelt en met volle kennis van zaken moet beslissen** wanneer zij een ernstige maatregel neemt die verband houdt met het gedrag van de bestemming van de beslissing. Het Hof beantwoordde de vraag van de arbeidsrechtbank dan ook bevestigend en besloot tot een **discriminatie**.⁷⁷ Het kwam in een arrest van februari 2018 tot dezelfde conclusie wat de hoorplicht bij een ontslag om dringende reden betreft.⁷⁸

50. Wat de niet-toepasselijkheid van de Wet Motivering Bestuurshandelingen betreft, besloot het Grondwettelijk Hof in een arrest van juli 2018 dat er geen sprake was van een discriminatie tussen

⁷² Dit lijkt althans de visie te zijn van Advocaat-generaal VANDERLINDEN in zijn conclusie bij het cassatiearrest: "(...) *dat eenmaal tot contractsluiting is overgegaan de overheid zijn positie als overheid verlaat en een gewone werkgever wordt. Op dat ogenblik is er geen nood meer aan de correcties die de beginselen van behoorlijk bestuur aanbrengen op de bevoorrechte positie van een bestuur ten aanzien van een bestuurde*".

⁷³ Zie in die zin ook het aangehaalde arrest GwH 6 juli 2017, nr. 86/2017, r.o. B.7., tweede paragraaf: "*Dat beginsel [van de hoorplicht] is aan de overheid opgelegd wegens haar bijzondere aard, namelijk dat zij noodzakelijkerwijs als behoedster van het algemeen belang handelt en dat zij met volle kennis van zaken moet beslissen wanneer zij een ernstige maatregel neemt die verband houdt met het gedrag of de persoon van de adressaat ervan.*" (Onderstreping toegevoegd door de auteurs.)

⁷⁴ Wat de niet-toepasselijkheid van de Wet Motivering Bestuurshandelingen betreft, rees bovendien de vraag naar een mogelijke discriminatie tussen werknemers in de publieke sector en werknemers in de private sector. Intussen was er die laatste categorie immers cao nr. 109 tot stand gekomen, die een recht op formele motivering van de ontslagbrief waarborgt na een verzoek van de werknemer.

⁷⁵ "Behoudens de algemene wijzen waarop de verbintenissen te niet gaan, nemen de verbintenissen voortspruitende uit de door deze wet geregelde overeenkomsten een einde: [...] 3^o door de wil van een der partijen, wanneer de overeenkomst voor onbepaalde tijd werd gesloten, of ingeval een dringende reden tot beëindiging voorhanden is."

⁷⁶ Betreffende de opzegging van de arbeidsovereenkomst die voor onbepaalde tijd is gesloten.

⁷⁷ GwH 6 juli 2017, nr. 86/2017; S. DE SOMER en V. VUYLSTEKE, noot onder GwH 6 juli 2017, nr. 86/2017, *T.Gem.* 2017, 269-270; V. VUYLSTEKE en S. DE SOMER, "Licenciement des agents contractuels et principe audi alteram partem: la Cour constitutionnelle se fait entendre", *APT* 2017, 205-217; V. VUYLSTEKE en S. DE SOMER, "Actualités : la Cour constitutionnelle considère que le principe d'audition devrait s'appliquer au licenciement des agents contractuels du secteur public", *Rev.dr.comm.* 2017, 34-35.

⁷⁸ GwH 22 februari 2018, nr. 22/2018.

statutairen en contractuelen.⁷⁹ Hier was er volgens het Hof geen sprake van een voldoende vergelijkbaarheid tussen beide categorieën van personeelsleden in het licht van de finaliteit van de wet, namelijk het effectief garanderen van het recht op toegang tot de rechter en het vermijden van zogenaamde ‘blinde beroepen’.⁸⁰

51. In de recente rechtspraak van de arbeidsgerechten lijkt de visie van het Grondwettelijk Hof inzake de hoorplicht de bovenhand te halen.⁸¹ **Opvallend is de zorg waarmee sommige rechtscolleges de naleving van de hoorplicht benaderen en toetsen, rekening houdend met de rechtspraak van de Raad van State over de draagwijdte van dit beginsel.** Een treffend voorbeeld vindt men in een arrest van het arbeidshof te Brussel van 5 december 2017 met betrekking tot een ontslag om dringende reden. Het Hof stelde vast dat de ontslagen werknemer *in casu* wel werd gehoord, maar zonder respect voor de modaliteiten die daarvoor moeten worden gerespecteerd, zoals het recht om op voorhand te weten wat er wordt verweten, voldoende tijd om het verweer voor te bereiden en het recht om te worden bijgestaan door een raadsman naar keuze. Het Hof kende een schadevergoeding *ex aequo et bono* toe van 5000 euro wegens het verlies van een kans om zijn betrekking te hebben behouden indien hij zich nuttig had kunnen verantwoorden.⁸²

52. Het niet-respecteren van de hoorplicht houdt echter niet automatisch in dat het personeelslid een kans heeft verloren. Zo stelde het arbeidshof te Brussel recent nog (eigen onderstreping):

“En effet, s’il ressort d’une jurisprudence majoritaire que la sanction du licenciement opéré par une autorité publique, sans audition préalable de l’agent contractuel, consiste en des dommages et intérêts devant réparer la perte de chance pour celui-ci de conserver son emploi, il faut que cette perte de chance qui doit être appréciée en fonction des circonstances particulières et propres à chaque cause, soit certaine et non probable.”

Het Hof stelde in deze zaak vast dat de ontslagen werknemer geen enkel element aandroeg om het verlies van een kans te staven, maar ook dat de omstandigheden en de context van het ontslag eerder lieten vermoeden dat zijn kansen om zijn betrekking te houden onbestaande waren.⁸³

53. Hier situeert zich op het eerste gezicht **een belangrijk verschil met de hoorplicht zoals die in het publiekrecht wordt toegepast door de bestuursrechter.** De Raad van State gaat met name wanneer hij vaststelt dat de hoorplicht is geschonden in de regel niet na of het horen een reëel effect zou hebben gehad op de eindbeslissing. De bestuursrechter lijkt er (impliciet) van uit te gaan dat er altijd een kans is (hoe miniem ook) dat het horen tot een andere beslissing zou hebben geleid.⁸⁴ De

⁷⁹ GwH 5 juli 2018, nr. 84/2018, *JT* 2019, 161, noot V. VUYLSTEKE en S. DE SOMER, *JTT* 2018, 345, noot E. TIMBERMONT; V. VUYLSTEKE en S. DE SOMER, "Motivation formelle du licenciement des agents contractuels du secteur public : la Cour constitutionnelle entre en jeu (noot onder GwH 5 juli 2018, nr. 84/2018)", *JT* 2019, 16.

⁸⁰ Het Hof gebruikte hier het argument ontwikkeld in S. DE SOMER en V. VUYLSTEKE, "De Wet Motivering Bestuurshandelingen en het ontslag van de overheidscontractant: het langverwachte oordeel van het Hof van Cassatie en een blik op de toekomst", *T.Gem.* 2016, 125-138. Nu de formelemotiveringsplicht geen beginsel van behoorlijk bestuur is, gaan wij op deze rechtspraak niet verder in.

⁸¹ Zie bv. Arbh. Bergen 26 januari 2018, *JLMB* 2018, 1847: schadevergoeding van 2500 euro voor een schending van de hoorplicht (verlies van een kans); Arbh. Brussel 8 juni 2018, *JTT* 2018, 353: schadevergoeding van 5000 euro voor een schending van de hoorplicht (verlies van een kans).

⁸² Arbh. Brussel 5 december 2017, *JTT* 2018, 101.

⁸³ Arbh. Brussel 4 november 2019, *JTT* 2020, 47. Zie ook bv. Arbh. Brussel 25 april 2018, *JTT* 2018, 351.

⁸⁴ Bovendien kan art. 14, §1, tweede lid RvS-Wet, d.i. de vereiste van het belang bij het middel, o.i. *in casu* niet worden toegepast. Uit dat artikel volgt immers dat aan de betrokkene geen waarborg mag zijn ontnomen. In beginsel betekent het niet respecteren van de hoorplicht wanneer die van toepassing is altijd dat er een waarborg werd ontnomen. Men kan

arbeidsgerechten daarentegen – of toch een aantal onder hen - gaan na of er voldoende aanwijzingen zijn dat het ontslag onvermijdelijk was. In dat laatste geval wordt het niet-naleven van de hoorplicht niet gesanctioneerd. Dit lijkt in strijd te zijn met het klassieke toepassingsgebied van de hoorplicht. De hoorplicht is weliswaar niet van toepassing als de feiten vaststaan of vatbaar zijn voor eenvoudige constatering, maar enkel als er sprake is van een gebonden bevoegdheid.⁸⁵ Bij een ontslag zal aan die laatste voorwaarde in principe nooit voldaan zijn: de werkgever zal altijd over een zekere discretionaire bevoegdheid beschikken.⁸⁶

54. Anders dan wat het geval is voor het ontslag van een statutair personeelslid, **leidt het niet-respecteren van de hoorplicht in geval van ontslag van een contractueel personeelslid van de overheid niet tot de onregelmatigheid, onwettigheid of nietigheid van het ontslag.** De eventuele schade die voortvloeit uit dit gebrek is een bijzondere schade, waarvan de compensatie moet worden onderscheiden van de vergoeding ex artikel 39, §1 Arbeidsovereenkomstenwet.⁸⁷ Ook in de rechtspraak werd dit al expliciet bevestigd (eigen onderstreping):

“Le manquement du C.P.A.S. de Forest à ses obligations d’audition préalable a ainsi fait perdre à D. une chance d’éviter son licenciement. Ce dommage consistant en la perte d’une chance d’éviter le licenciement est distinct de celui qui résulte de la perte de l’emploi elle-même, qui est couvert par l’indemnité compensatoire de préavis.”⁸⁸

Sommige arbeidsgerechten oordeelden niettemin reeds dat het niet horen van een werknemer in het kader van een ontslag om dringende reden tot de onregelmatigheid van het ontslag leidt. Aldus wordt aan de betrokkene een opzeggingsvergoeding toegekend.⁸⁹

55. Meestal wordt enkel de materiële, i.e. financiële schade, die men heeft geleden vergoed. Sommige rechtspraak erkende echter reeds dat uit een schending van de hoorplicht niet alleen materiële, maar ook morele schade⁹⁰ kan voortvloeien.⁹¹

56. Opvallend is dat de arbeidsgerechten zelden expliciet zijn over de **grondslag voor deze schadevergoeding** (en ook de eisers lijken niet aan te geven op welke rechtsgrond zij zich baseren).⁹² Veelal wordt aangenomen dat het hier gaat om **de leer van het rechtsmisbruik in contractuele relaties, die wordt gekoppeld aan de plicht tot goede trouw ex artikel 1134, derde lid van het**

eventueel argumenteren dat dit niet zo is wanneer vaststaat dat de beslissing dezelfde was geweest ook indien de betrokkene zou zijn gehoord, maar het lijkt ons eerder onwaarschijnlijk dat de Raad van State dit snel zal aanvaarden.

⁸⁵ Bv. RvS 3 april 2012, nr. 218.806, X; RvS 5 maart 2012, nr. 218.303, Mathy.

⁸⁶ Ten aanzien van statutair personeel bestaat er soms een gebonden bevoegdheid tot ontslag, bijvoorbeeld bij het ontslag wegens beroepsongeschiktheid na een (dubbele) negatieve evaluatie. De betrokkene zal dan echter wel gehoord zijn n.a.v. de voorafgaande negatieve evaluatiebesluiten.

⁸⁷ I. DE WILDE, “Hoor- en (formele) motiveringsplicht bij het ontslag van een overheidscontractant: een stand van zaken na een woelige periode”, *T.Gem.* 2019, (2) 15.

⁸⁸ Arbh. Brussel 8 juni 2018, *JTT* 2018, 353. Zie ook bv. Arbrb. Gent 10 november 2008, *Soc.Kron.* 2013, 396, noot J. JACQMAIN.

⁸⁹ Zie Arbrb. Antwerpen (afdeling Hasselt) 28 mei 2018, *Limb.Rechtsl.* 2019, 168, noot R. VALKENEERS. Zie ook Arbh. Brussel 5 december 2017, *JTT* 2018, 101: hier kende het Hof én een opzeggingsvergoeding én een bijzondere schadevergoeding toe.

⁹⁰ D.i. schade die verband houdt met de psychologische gevolgen van het ontslag.

⁹¹ Zie bv. Arbrb. Brussel 13 juni 2019, www.juridat.be (2500 euro materiële en 1000 euro morele schadevergoeding).

⁹² De rechter moet nagaan of er uit de schending van deze waarborgen schade voortvloeit *die niet gecompenseerd wordt door de opzeggingsvergoeding*. De schade mag dus niet voortvloeien uit het ontslag zelf, maar uit de schending van het beginsel van behoorlijk bestuur.

Burgerlijk Wetboek.⁹³ Dit lijkt te impliceren dat het niet respecteren van een beginsel van behoorlijk bestuur een schending inhoudt van die verplichting tot goede trouw, zodat de uit het privaatrecht voortvloeiende verplichting tot het handelen in goede trouw, wat de overheid betreft, de verplichting lijkt in te houden om te handelen met respect voor de BBB. **De BBB worden aldus geïncorporeerd in een privaatrechtelijke norm van behoorlijk handelen.** Dit is in lijn met de stelling van LIERMAN, VAN DE WEYER en VANDORMAEL dat de invulling van de gedragsregels die voortvloeien uit het principe van de goede trouw worden bepaald en geconcretiseerd aan de hand van het criterium van de redelijke en billijke contractant geplaatst in dezelfde omstandigheden. *“Er dient met andere woorden rekening te worden gehouden met o.m. de aard van de overeenkomst, de intensiteit van de contractuele band en, in dit kader van bijzonder belang, de specifieke hoedanigheid van de contracterende partijen. Het lijkt dan ook vanzelfsprekend dat aan een overheid in dit verband hogere eisen kunnen worden gesteld, eisen die o.m. worden ingevuld door toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur.”*⁹⁴

57. Het debat heeft tot nu toe vooral betrekking gehad op de toepassing van de hoorplicht. Voorlopig vindt men over de andere BBB nog maar weinig rechtspraak. Het Hof van Cassatie stelt in zijn arrest van 12 oktober 2015 dat aan de regeling voor het ontslag in de Arbeidsovereenkomstenwet geen afbreuk kan worden gedaan op grond van *“een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur”* (eigen cursivering). Het Hof lijkt dus niet alleen de toepassing van de hoorplicht uit te sluiten, maar ook van andere BBB. Het arbeidshof te Brussel lijkt daar opnieuw anders over te denken. In een arrest van 9 januari 2018 dat een ontslag om dringende reden betrof, toetste het Hof de procedure aan zowel het **onpartijdigheidsbeginsel** als de **redelijketermijneis**.⁹⁵ In beide gevallen trok het Hof de parallel met wat volgens de **rechtspraak van de Raad van State** geldt in een tuchtprocedure ten aanzien van statutairen en verwees het ook expliciet naar die rechtspraak. Hier is dus zonder meer sprake van een **reflexwerking**. Het ontslag om dringende reden werd onregelmatig bevonden en er werd een opzeggingsvergoeding toegekend. *In casu* was de sanctie van de onregelmatigheid verantwoord, daar het niet naleven van het beginsel van behoorlijk bestuur, d.i. de redelijketermijneis, aanleiding gaf tot een schending van artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet zelf (i.e. de niet tijdige kennisgeving van de dringende reden).

[5. Vergelijking met de eisen uit het arbeidsrecht](#)

58. De regels van het arbeidsovereenkomstenrecht met betrekking tot de beëindiging van een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur verankeren geen algemene verplichting voor de werkgever om de werknemer te horen alvorens over te gaan tot ontslag.⁹⁶ Zowel bepaalde rechtspraak als bepaalde rechtsleer hebben echter reeds uit andere rechtsbronnen een verplichting afgeleid om een werknemer vooraf te horen. Die verplichting zou dan kunnen worden afgeleid uit **artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek** en het principe van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten. Ook artikel 6 EVRM wordt in dit verband aangehaald. Opvallend is dat het

⁹³ Bv. A. CASTADOT, “Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (deuxième partie)”, *JTT* 2017, (17) 21; I. DE WILDE, “Hoor- en (formele) motiveringsplicht bij het ontslag van een overheidscontractant: een stand van zaken na een woelige periode”, *T.Gem.* 2019, (2) 14.

⁹⁴ S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER en K.-J. VANDORMAEL, *Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaatrecht en publiekrecht, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2015, (13) 74-75. In dezelfde zin T. LEYS, “De beslissing van de publiekrechtelijke rechtspersoon tot herroeping van een privaatrecht op het openbaar domein: al dan niet onderworpen aan de beginselen van behoorlijk bestuur?”, *TBP* 2017, (192) 198.

⁹⁵ Arbh. Brussel 9 januari 2018, *JLMB* 2018, afl. 22, 1036.

⁹⁶ J. DE VREESE en I. PLETS, “Een bloemlezing van de rechtspraak 2018”, *Or.* 2020, (9) 14.

toepassingsgebied van die 'privaatrechtelijke' hoorplicht gelijk spoort met dat van de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur: het moet gaan om een ontslag voor motieven die verband houden met verwijtbaar gedrag in hoofde van de werknemer.⁹⁷

59. Het arbeidshof van Brussel deed in een arrest van augustus 2016 een opvallende poging om de cassatierechtspraak te respecteren en de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur niet toe te passen, maar tegelijkertijd ook de ontslagen werknemer tegemoet te komen. Het viel het Hof van Cassatie bij in zijn oordeel dat noch de BBB, noch de Wet Motivering Bestuurshandelingen van toepassing zijn, maar kende toch een schadevergoeding toe van 3500 euro wegens het verlies van een kans, omdat het niet voorafgaand horen ertoe had geleid dat de overheid een beslissing had genomen op basis van onvolledige informatie. Volgens het Hof had de werkgever zijn ontslagrecht op abusievelijke wijze uitgeoefend en aldus het beginsel van de goede trouw geschonden. Er werd een schadevergoeding van 3500 euro toegekend.⁹⁸ Hier legt de rechter, zonder dat expliciet te zeggen, een verband met de **algemene zorgvuldigheidsplicht die op eenieder rust, en die in contractuele verhoudingen onder meer voortvloeit uit het beginsel van de goede trouw**. In sommige gevallen zal een ontslagbeslissing alleen maar zorgvuldig tot stand kunnen komen wanneer de betrokkene werd gehoord.⁹⁹ Dat kan zowel voor private als voor publieke werkgevers het geval zijn. Daarvoor heeft men de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur niet nodig.

60. Bovenstaande rechtspraak 'dekt' echter maar één doelstelling van de hoorplicht af, d.i. het vermijden dat het bestuur een onzorgvuldige beslissing neemt, omdat het niet kan oordelen met een volledige kennis van zaken. **In het publiekrecht heeft de hoorplicht echter nog een andere finaliteit, zijnde het bieden van een recht op verweer aan een bestuurde voor wie een ongunstige beslissing dreigt.**¹⁰⁰ Voor die finaliteit lijkt men minder steun te vinden in de principes van het privaatrecht / arbeidsrecht. Opvallend is dat het Grondwettelijk Hof in zijn eerder geciteerde rechtspraak ook enkel de eerste finaliteit van de hoorplicht benadrukt.

61. In sommige gevallen lijkt het horen van de werknemer ook moeilijk verenigbaar met de procedure die de wetgever voorzag. Dat is met name het geval bij een ontslag om dringende reden, waar in de praktijk heel wat uitdagingen kunnen rijzen om de hoorplicht enerzijds en de verplichting tot kennisgeving van het ontslag binnen drie werkdagen na kennisname van het feit dat de dringende reden rechtvaardigt te verzoenen.¹⁰¹

62. Heel recent heeft de (Franstalige) arbeidsrechtbank van Brussel een nieuwe prejudiciële vraag gesteld aan het Grondwettelijk Hof. De vraag luidt kort samengevat of artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet, die de regeling over het ontslag om dringende reden verankert, zo gelezen dat het uitsluit dat een werknemer *in de privésector* gehoord zou worden voorafgaand aan het ontslag, het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel schendt, daar het beginsel *audi alteram partem* (de

⁹⁷ Zie voor dit alles B.-H. VINCENT en A. VANGANSBEEK, "De l'obligation d'audition préalable avant de licencier dans le secteur privé", *Or.* 2019, (7) 16-17 met talrijke referenties.

⁹⁸ Arbh. Brussel 19 augustus 2016, *Soc.Kron.* 2016, 382-389.

⁹⁹ S. DE SOMER en V. VUYLSTEKE, "De Wet Motivering Bestuurshandelingen en het ontslag van de overheidscontractant: het langverwachte oordeel van het Hof van Cassatie en een blik op de toekomst", *T.Gem.* 2016, (125) 137.

¹⁰⁰ Zie voor deze dubbele finaliteit: RvS 5 april 1995, nr. 52.710, Wery; RvS 24 maart 2011, nr. 212.226, Hittélet; RvS 19 september 2011, nr. 215.204, Van Biervliet.

¹⁰¹ Zie art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet. Zie hierover o.a. V. VUYLSTEKE en S. DE SOMER, "La Cour constitutionnelle se prononce sur l'application du principe audi alteram partem en cas de licenciement pour motif grave", *APT* 2018, 86-89; V. VUYLSTEKE en S. DE SOMER, "L'arrêt de la Cour constitutionnelle concernant le principe d'audition préalable en cas de licenciement pour motif grave et ses implications pour les pouvoirs locaux", *Rev.dr.comm.* 2018, 66-68; B.-H. VINCENT en A. VANGANSBEEK, "De l'obligation d'audition préalable avant de licencier dans le secteur privé", *Or.* 2019, (7) 18-20.

hoorplicht) wel van toepassing is op (het ontslag van) statutairen.¹⁰² De vergelijking met statutairen is wellicht wat ongelukkig gekozen en zou kunnen betekenen dat de toetsing aan de artikelen 10 en 11 Gw. al strandt bij de vergelijkbaarheidstoets. Een vergelijking met het contractueel overheidspersoneel was wellicht eerder aangewezen geweest en zou interessante rechtspraak kunnen opleveren. De zaak is nog hangende en een antwoord laat wellicht nog enkele maanden op zich wachten. De prejudiciële vraag op zich is echter al interessant, daar een positief antwoord zou betekenen dat de **BBB binnenkort ook zuiver private relaties zouden kunnen gaan beheersen**, i.h.b. wanneer er sprake is van een partijenrelatie die wordt gekenmerkt door ongelijkheid.

§2. Toepassing van de BBB op de uitvoering en beëindiging van overheidsopdrachten

63. Het koninklijk besluit tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten d.d. 14 januari 2013 bevat specifieke en gedetailleerde regels, die soms toepassingen vormen van de BBB. Zo volgt uit artikel 48 dat een opdrachtnemer die blijk heeft gegeven van een aanzienlijke of voortdurende tekortkoming bij de toepassing van een wezenlijk voorschrift in de loop van de uitvoering van de opdracht door de aanbestedder, voor een periode van drie jaar van deelname aan haar opdrachten worden uitgesloten. De betrokkene moet dan wel vooraf worden *gehoord*. De vraag rijst evenwel of dit een beslissing is ‘ter uitvoering’ van het contract, zeker nu de Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, kennis neemt van het beroep tegen die beslissing. Het lijkt veeleer te gaan om een afsplitsbare rechtshandeling, d.i. een akte die volgt op (de uitvoering van) de overeenkomst.

64. De vraag rijst echter of de burgerlijke rechter ook zonder normatieve verankering van een BBB bereid is dat beginsel toe te passen en – zo ja – hoe dat beginsel zich dan verhoudt tot de regels van privaats verbintenissenrecht (contractenrecht) die ook van toepassing (kunnen zijn).

65. Een vonnis van de rechtbank van Brussel van 30 juli 2018 is in dat verband interessant. *In casu* had de opdrachtgever gebruik gemaakt van een zogenaamde ‘**ambtshalve maatregel**’, zoals voorzien in artikel 47 van het eerder vermelde KB Uitvoering van 14 januari 2013. De opdrachtgever had meer bepaald beslist tot **het sluiten van een overeenkomst met een derde voor rekening van de in gebreke blijvende aannemer**, overeenkomstig artikel 47, §2, 3° van het KB. De rechtbank wees in dit verband op de verplichting van de opdrachtgever om te goeder trouw te handelen, wat volgens de rechtbank in casu betekende dat *“deze zware contractuele sanctie maar kan worden toegepast wanneer de aannemer werkelijk in gebreke was en de sanctie een redelijke band van evenredigheid vertoont met de ernst van de tekortkomingen van de aannemer. Meer in het bijzonder zal moeten blijken dat de tekortkomingen van de aannemer in hoofde van het bestuur een gegronde vrees konden doen ontstaan dat deze de opdracht niet meer binnen een normale tijdsperiode tot een goed einde zou kunnen brengen.”*¹⁰³ Hoewel de rechtbank niet als dusdanig verwijst naar het **evenredigheidsbeginsel** als beginsel van behoorlijk bestuur, wordt het principe van de goede trouw hier wel ingevuld a.d.h.v. het evenredigheidsbeginsel, dat overigens ook een principe van (Europees) aanbestedingsrecht is.

66. In een recent (onuitgegeven) arrest van de ondernemingsrechtbank te Brussel stond dan weer de rechtsgeldigheid centraal van een **besteksbepaling die geldboetes verankerde indien de**

¹⁰² Prejudiciële vraag d.d. 24 februari 2021 met rolnr. 7518 (FR).

¹⁰³ Rb. Brussel 30 juli 2018, *OOO* 2019, 440. Zie eerder ook al Rb. Brussel 8 december 2017, *OOO* 2019, 288, waar de rechtbank ook verwijst naar de verplichting om over een “behoorlijke rechtvaardiging” te beschikken om de ambtshalve maatregel op te leggen, wat in essentie een verwijzing is naar de materiële motiveringsplicht.

onderneming bepaalde verplichtingen niet zou nakomen. Aan de rechtbank werd gevraagd de verenigbaarheid van deze bepaling met **artikel 1231, §1, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek** te beoordelen. Krachtens die bepaling kan de rechter, ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar, de straf die bestaat in het betalen van een geldsom verminderen, wanneer die som kennelijk het bedrag te boven gaat dat de partijen konden vaststellen om de schade wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst te vergoeden. Een toetsing aan deze bepaling deed de rechter besluiten dat er geen reden tot matiging was. De onderneming op wie het strafbeding zou worden toegepast, riep echter ook een schending in van het **evenredigheidsbeginsel als BBB**. De rechter overwoog dat de BBB algemene rechtsbeginselen zijn, die de wet aanvullen en hiërarchisch boven de algemene en individuele uitvoeringsbesluiten van de administratieve overheden staan. **De rechter overwoog tevens dat het evenredigheidsbeginsel in casu mogelijk tot een andere uitkomst zou leiden dan de toepassing van artikel 1231, §1, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek.** Voor die laatste bepaling moet de rechter de sanctie immers beoordelen in het licht van de *potentiële schade*, terwijl het evenredigheidsbeginsel een beoordeling in het licht van de *feiten* vereist en aldus – zo oordeelde de rechtbank – in het licht van de *werkelijke schade*. Zodoende heropende de ondernemingsrechtbank de debatten zodat de aanbestedende overheid de werkelijk geleden schade zou kunnen begroten en de rechtbank nadien uitspraak zou kunnen doen over een eventuele schending van het evenredigheidsbeginsel.¹⁰⁴ De rechter past het BBB toe, ook al is er een specifieke regel in het burgerlijk recht die de toetsing door de rechter van het strafbeding regelt. **De invulling die de rechter hier geeft aan het evenredigheidsbeginsel leidt hier ook tot méér waarborgen voor de contractspartij van de overheid, die op deze basis mogelijk wél een vermindering van het strafbeding kan bekomen.**

67. De eerste uitspraak (rechtbank Brussel) illustreert de bereidheid van de burgerlijke rechter om privaatrechtelijke normen (de verplichting tot “goede trouw”) in te vullen in het licht van publiekrechtelijke verplichtingen en meer bepaald de verplichting, verankerd in een BBB, om na te gaan of het handelen van de overheid geen onevenredige gevolgen heeft. In de tweede uitspraak (ondernemingsrechtbank Brussel) leidt de toepassing van een BBB tot een andere oplossing – en tot meer waarborgen voor de wederpartij – dan de principes uit het privaatrecht. De rechter geeft hiermee dus aan dat de overheid “nog niet klaar is” wanneer zij de principes uit het privaatrecht die haar contractspartij beschermen tegen onevenwichtig handelen, niet heeft overtreden. Daarbovenop komen immers nog eens de waarborgen die voortvloeien uit de BBB. Deze rechtspraak sluit aan bij de stelling van WAUTERS, die ervoor pleit de vraag naar de toepasselijkheid van de BBB te bekijken vanuit de rechtsbescherming van de burgers. In het licht van de grondwettelijke traditie om de burger te beschermen tegen het handelen van de overheid dienen deze beginselen volgens de auteur ook van toepassing te zijn op het contractueel handelen van de overheid, *tenzij het privaatrecht in afdoende en vergelijkbare beschermingsmechanismen zou voorzien*.¹⁰⁵

68. Opvallend is dat met betrekking tot de uitvoering of beëindiging van overheidsopdrachten in de rechtspraak of rechtsleer nog geen echt debat werd gevoerd over de toepasselijkheid van de BBB, zoals dat wel het geval is m.b.t. de arbeidsovereenkomst afgesloten door een bestuur. In dat laatste debat is het precies het bestaan van een specifiek privaatrechtelijk wettelijk kader, zijnde het arbeidsovereenkomstenrecht, dat het Hof van Cassatie doet besluiten tot de niet-toepasselijkheid van

¹⁰⁴ Orb. Brussel 10 april 2020, onuitg.

¹⁰⁵ K. WAUTERS, “De toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur in het raam van de uitvoering van een overheidsovereenkomst naar Belgisch recht”, in A. BUIJZE, Ph. LANGBROEK en R. WIDDERSHOVEN (eds.) *Goed bestuur in perspectief. Liber Amicorum Henk Addink*, Deventer, Wolters Kluwer, (135), 146-147. (Eigen cursivering.)

de BBB. De redenering luidt hier dus: *Privatrecht bricht öffentliches Recht*.¹⁰⁶ Die redenering wordt niet toegepast in de (toegegeven, schaarse) rechtspraak die wij hebben gevonden in het aanbestedingscontentieux. Daar wordt het toepasselijke privaatrecht gelezen in het licht van de BBB of wordt in geval van een tegenstrijdige uitkomst op basis van privaatrecht en publiekrecht, de strengere publiekrechtelijke regel toegepast. Deze rechtspraak heeft voor zover wij konden nagaan nooit het Hof van Cassatie bereikt, dus de vraag of de cassatierechter die praktijk zou bekrachtigen, is onzeker.

§3. Andere voorbeelden van de toepassing van de BBB op de uitvoering of beëindiging van de overeenkomst

69. Wij vonden voor het overige nog enkele andere uitspraken terug waarin de rechter de BBB toepast op de uitvoering en/of beëindiging van een contract.

70. Zo oordeelde het arbeidshof te Brussel dat een personeelslid van een vrije onderwijsinstelling de door de overheid teveel betaalde wedde niet moest terugbetalen omdat de overheid door haar handelswijze gerechtvaardigde verwachtingen had opgewekt over het bedrag van de wedde. Het **rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel** maakten volgens het Hof dat de overheid haar recht op terugvordering had verwerkt. Het Hof legde hier ook **de link met het burgerlijk recht**: de overheid had als schuldeiser door haar eigen schuldige nalatigheid de schuld onrechtmatig doen aangroeien en had daardoor het principe van de goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomsten (artikel 1134, 3° Burgerlijk Wetboek) geschonden. Ook haar burgerrechtelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek was in het geding.¹⁰⁷ Door LIERMAN, VAN DE WEYER en VANDORMAEL is terecht opgemerkt dat het Hof hier geen rechtstreeks causaal verband vaststelde tussen de schending van de goede trouw en die van de BBB: de goede trouw werd niet miskend *omdat* het vertrouwensbeginsel was geschonden.¹⁰⁸ Het lijkt er niettemin op dat hetzelfde gedrag, d.i. het jarenlange stilzitten van de overheid, het Hof deed besluiten tot een schending van én het vertrouwensbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur én het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten.

71. Wat de geldigheid van contractuele bedingen in overeenkomsten met de overheid betreft, halen LIERMAN, VAN DE WEYER en VANDORMAEL een interessant vonnis aan in verband met een exoneratiebeding in een overeenkomst tussen een nutsbedrijf en zijn gebruiker. Volgens de vrederechter die kennis nam van het betrokken geschil, konden de BBB en de wetten van de openbare dienst worden beschouwd als *“de publiekrechtelijke tegenhanger van het in het algemeen contractenrecht geldende criterium dat een exoneratiebeding, om geoorloofd te zijn, niet elke betekenis mag ontnemen aan het door de partijen beoogde contract”*. Volgens de rechter kon men dus besluiten tot de ongeoorloofdheid van een dergelijke exoneratieclausule indien deze het voorwerp van de openbardiensttaak uitholde.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Het Hof van Cassatie lijkt te suggereren dat de toepassing van de BBB strijdig zou zijn met het arbeidsovereenkomstenrecht, minstens wat de *geest* daarvan betreft (er is immers geen expliciete regel die het horen bij ontslag verbiedt).

¹⁰⁷ Arbh. Brussel 26 april 1996, RW 1996-97, 749.

¹⁰⁸ S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER en K.-J. VANDORMAEL, *Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2015, (13) 75-76.

¹⁰⁹ Vred. Antwerpen 9 februari 2010, T.Vred. 2012, 333-334; S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER en K.-J. VANDORMAEL, *Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2015, (13) 77.

72. Zo stelde de vrederechter te Leuven vast dat de Vlaamse Huisvestingsmaatschappij en de door haar erkende vennootschappen belast zijn met een openbare dienst, zijnde de sociale huisvesting in het algemeen en de verkoop en het verhuren van volkswoningen in het bijzonder. Deze maatschappijen dienen dan ook te werken als een openbare dienst met het oog op het algemeen of het maatschappelijk belang en dienen daarbij de **algemene BBB** in acht te nemen. *In casu* oordeelde de vrederechter dat de huurders van een sociale woning erop mochten **vertrouwen** dat een door de Vlaamse Huisvestingsmaatschappij erkende vennootschap, als gespecialiseerde sociale verhuurder, een correcte huisprijsberekening zou maken op basis van de voorgelegde stukken en daarop later (*in casu* twee jaar later) niet zou terugkomen.¹¹⁰

73. De vrederechter van Grâce-Hollogne oordeelde dan weer dat **de omstandigheid dat de sociale huisvestingsmaatschappijen burgerlijke contractuele middelen gebruiken om de openbare dienst te verwezenlijken die hen is toevertrouwd, hen niet ontslaat van de plichten van een goed bestuur**. De sociale huisvestingsmaatschappij kan de huurder pas opzeggen nadat zij de belangen van haar gebruikers met elkaar heeft vergeleken en de modaliteiten en gevolgen van de beslissing zorgvuldig heeft afgewogen via een evenredige beoordeling met kennis van zaken. Klachten van afzonderlijke of verenigde medehuurlers, maar zonder voldoende nauwkeurigheid zodat de huurder niet in staat is zich daartegen te verdedigen, bezitten niet de minste bewijswaarde.¹¹¹

74. Wanneer de Belgische Staat door zijn handelswijze de **legitieme verwachting** heeft gewekt dat een bepaalde ambtenaar bevoegd was om de kennisgeving van een overdracht van schuldvordering (gelinkt aan een overheidsopdracht) in ontvangst te nemen, is die overdracht tegenstelbaar aan de Belgische Staat, ook al was die ambtenaar in werkelijkheid niet bevoegd.¹¹²

3.2. Toepassing van de BBB wanneer de overheid een private rechtsvorm aanneemt

3.2.1. Situering

75. Wanneer de overheid rechtspersonen opricht zijn er *grosso modo* drie mogelijkheden. De rechtspersoon kan worden opgericht :

- met een **zuiver publieke rechtsvorm**¹¹³;
- met een **zuiver private rechtsvorm**, d.w.z. volgens de dwingende regels van het privaatrecht (bv. het Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek Vlaanderen, d.i. een stichting);
- met een **hybride rechtsvorm** (waarbij een deel van de regels van het privaatrecht van toepassing is) (bv. de NMBS of het Havenbedrijf Antwerpen, zijnde naamloze vennootschappen van publiekrecht).

76. Daarnaast kan de overheid rechtspersonen die van oorsprong privaatrechtelijk zijn (ontsproten zijn aan het privaatrechtelijk initiatief) belasten met taken van algemeen belang (zoals

¹¹⁰ Vred. Leuven 30 mei 2000, *RW* 2002-03, 271.

¹¹¹ Vred. Grâce-Hollogne 29 november 2001, *JLMB* 2002, 1810.

¹¹² Bergen 23 april 1996, *JT* 1997, 80-83.

¹¹³ Deze publiekrechtelijke rechtspersonen hebben *steeds een sui generis-statuu*t: elke publiekrechtelijke rechtspersoon word afzonderlijk, 'op maat' ontworpen.

vrije onderwijsinstellingen of autokeuringsinstanties). In dit geval is er naar Belgisch recht vaak sprake van 'uitbesteding' (bijvoorbeeld via een concessie van (openbare) dienst).

3.2.2. Gevolgen voor de rechtsmachtverdeling tussen de gewone rechter en de bestuursrechter

77. Wanneer de overheid **klassieke (zuiver) publiekrechtelijke rechtspersonen** opricht is zij hierbij niet gebonden aan de typendwang van het verenigings-, vennootschaps- of stichtingsrecht en kiest zij in beginsel vrij de vormgeving van de rechtspersoon.¹¹⁴ Deze rechtspersonen zijn opgericht door of krachtens een wetskrachtige norm, hebben publiekrechtelijke taken en meestal ook prerogatieven. Zij worden beschouwd als 'organieke' openbare diensten. **Zij worden gekwalificeerd als 'administratieve overheden' waarvan alle eenzijdige bestuurlijke rechtshandelingen in beginsel¹¹⁵ aanvechtbaar zijn voor de Raad van State.** De organieke band met de overheid is hier doorslaggevend. Het begrip 'administratieve overheid' is een kernbegrip ter afbakening van de bevoegdheid van de Raad van State¹¹⁶ maar is niet wettelijk gedefinieerd. Het is een dynamisch en evolutief begrip ten gevolge van jurisprudentiële evoluties in de rechtspraak van zowel de Raad van State als het Hof van Cassatie dat in deze kwestie, als attributierechter, het laatste woord heeft.

78. Wanneer de overheid **hybride rechtspersonen** opricht, zijn er afwijkingen van de dwingende regels van privaatrecht, en zal de Raad van State hen meestal gelijkschakelen met publiekrechtelijke rechtspersonen voor de kwalificatie als 'administratieve overheid'. **Hij past op deze rechtspersonen, net als op de 'klassieke' publiekrechtelijk vormgegeven rechtspersonen, dan ook de BBB toe.**

79. Wanneer de overheid rechtspersonen opricht in **zuivere privaatrechtelijke vorm** worden deze rechtspersonen in beginsel *niet* beschouwd als of gelijkgesteld met 'administratieve overheden', *tenzij* wanneer zij over **imperiumbevoegdheid** beschikken; dit is de bevoegdheid tot het stellen van gezagshandelingen. Niet elke eenzijdige rechtshandeling uitgaande van een rechtspersoon belast met overheidstaken is echter een gezagshandeling. Het Hof van Cassatie definieert de imperiumbevoegdheid als de bevoegdheid om de "*eigen verplichtingen tegenover anderen eenzijdig te bepalen of (de)verplichtingen van de anderen eenzijdig vast te stellen*".¹¹⁷ Het begrip wordt thans in de rechtspraak meestal ingevuld, in die zin dat, naast het bestuur en de rechtstreekse bestemming van de handeling, ook 'derden' door de handeling in kwestie moeten gebonden zijn.¹¹⁸ Deze rechtspersonen worden dus slechts beschouwd als een administratieve overheid in die gevallen wanneer zij optreden op grond van hun imperiumbevoegdheid. De bevoegdheid van de bestuursrechter is hier dus beperkt tot die handelingen die kunnen worden gekwalificeerd als

¹¹⁴ Het is echter ook mogelijk dat bij wetskrachtige norm een algemeen kader wordt uitgewerkt met een typologie van publiekrechtelijke rechtspersonen, waarvan besturen dan gebruik kunnen maken. Zie bijvoorbeeld de mogelijkheid tot oprichting van extern verzelfstandigde agentschappen in publieke rechtsvorm (autonome gemeentebedrijven) of in private rechtsvorm voor de Vlaamse lokale besturen.

¹¹⁵ Bij wetskrachtige norm kunnen eenzijdige bestuurlijke rechtshandelingen worden onttrokken aan de rechtsmacht van de Raad van State. Zie bovendien *infra*: als deze rechtspersonen optreden als ondernemingen, is de conclusie (mogelijk) anders (1.3.2.).

¹¹⁶ Art. 14, §1 en §3 RvS-Wet. Daarnaast is het begrip ook belangrijk voor het bepalen van het toepassingsgebied van belangrijke federale wetgeving, zoals de Wet Motivering Bestuurshandelingen.

¹¹⁷ Cass. 6 september 2002, AR C.01.0382.N; Cass. 6 september 2002, AR C.02.0177.N.

¹¹⁸ Zie hierover uitgebreid S. DE SOMER, "Het begrip 'administratieve overheid' en zijn Vlaamse aanverwanten" in S. DE SOMER (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure, 2020, 379-421.

gezagshandelingen¹¹⁹, omdat alleen in die hoedanigheid de rechtspersoon wordt gelijkgesteld met een 'administratieve overheid'. **Aangezien de bestuursrechter de BBB toepast op elke onder zijn rechtsmacht vallende 'administratieve overheid', is dat ook het geval voor de privaatrechtelijk vormgegeven entiteit wanneer die een gezagshandeling stelt.** Er is hier bovendien een belangrijke link met het contractueel handelen van de overheid, besproken onder 1.1. Uit vaste rechtspraak van de Raad van State volgt immers dat afsplitsbare rechtshandelingen, zoals gunningsbeslissingen in het aanbestedingsrecht, nooit gezagshandelingen zijn.¹²⁰

3.2.3. Toepassing van de BBB wanneer de overheid optreedt in een private rechtsvorm

80. Uit het voorgaande volgt dat de eenzijdige beslissingen van rechtspersonen met een private rechtsvorm in de regel onder de rechtsmacht van de gewone rechtscolleges zullen vallen. Heel vaak zal het daarbij gaan om afsplitsbare handelingen, dan wel om handelingen in de sfeer van de uitvoering en/of beëindiging van de overeenkomst. **Uit de rechtspraakanalyse onder titel 2.1. lijkt te volgen dat de rechtsvorm van de 'overheid' geen invloed heeft op de bereidheid van de burgerlijke rechter om de BBB al dan niet toe te passen** (zie bv. de rechtspraak besproken onder randnummers 31, 33 en 70 m.b.t. vzw's, waaronder een vrije onderwijsinstelling).

3.3. Toepassing van de BBB wanneer de overheid optreedt als ondernemer

3.3.1. Situering

81. De overheid zal soms ook handelingen stellen die men traditioneel associeert met ondernemerschap, zoals het **aanbieden van goederen en diensten op een markt**. Soms kaderen die in een taak van openbare dienst.¹²¹ In andere gevallen zijn zij **zuiver commercieel of industrieel van aard**, d.w.z. dat er geen openbare dienst mee gemoeid is.¹²² Vooral in dat laatste geval¹²³ zal de overheid ook vaak in concurrentie treden met particuliere ondernemingen.

3.3.2. Gevolgen voor de rechtsmachtverdeling tussen de gewone rechter en de bestuursrechter

82. De Raad van State heeft zich **zonder rechtsmacht** verklaard om kennis te nemen van **het beroep tegen de eenzijdige rechtshandelingen gesteld door de federale autonome**

¹¹⁹ De rechtspraak over de invulling van dit begrip is niet altijd helder, maar voor de hand liggende voorbeelden zijn de bevoegdheid tot het nemen van examenbeslissingen (intussen vaste rechtspraak, zie bv. RvS 3 augustus 2012, De Munck) en de bevoegdheid tot onteigening (zie bv. RvS 3 maart 2011, nr. 211.775, nv PIT Antwerpen).

¹²⁰ Zie o.a. RvS 31 juli 2012, nr. 220.398, sprl S.H.S. Computer; RvS 2 december 2014, nr. 229.444, sa Decom; RvS 19 februari 2008, nr. 179.864, nv Houben; RvS 5 mei 2015, nr. 231.125, cvba HUB; RvS 28 juli 2016, nr. 235.561, nv Fabricom.

¹²¹ Men denke aan een overheidsbedrijf zoals de NMBS dat tickets verkoopt voor personenvervoer, wat een openbare dienst uitmaakt.

¹²² Men denke aan een overheidsbedrijf zoals Proximus wanneer het, in concurrentie met andere telecombedrijven, abonnementen voor internet en televisie verkoopt. Men denke ook aan het optreden van financiële instellingen in overheidshanden, zoals Belfius.

¹²³ Al is het niet uitgesloten dat de overheid ook taken van commerciële aard die wél taken van algemeen belang / openbare dienst zijn samen met / naast ondernemingen uit de privésector verricht. Het gaat dan vaak om de *non profit*-sector. Men denke aan ziekenhuizen of rusthuizen.

overheidsbedrijven in het kader van hun taken van zuiver commercieel of industrieel belang.¹²⁴ In die hoedanigheid treden deze overheidsbedrijven immers niet op als ‘administratieve overheden’. Het gaat hier nochtans om publiekrechtelijk vormgegeven / hybride rechtspersonen. Deze rechtspraak betreft die taken waarvoor deze overheidsbedrijven de concurrentie ondergaan van private ondernemingen. Deze staan tegenover de wettelijk opgesomde taken van openbare dienst waarover deze bedrijven nog beschikken. De vraag rijst of de Raad van State ook zonder een duidelijke, wettelijk verankerd onderscheid tussen deze twee types taken zou aanvaarden dat taken die in mededinging met andere ondernemingen worden verricht aan zijn rechtsmacht ontsnappen.

83. Naar aanleiding van de inwerkingtreding van het Wetboek Vennootschappen en Verenigingen (WVV) is een discussie ontstaan over de (mogelijke) impact van **artikel 2:44 WVV**¹²⁵ voor de rechtsmacht van de Raad van State. Krachtens die bepaling spreekt de ondernemingsrechtbank – d.i. een rechtscollege van de rechterlijke macht – de nietigheid uit van een besluit genomen door organen van een vennootschap. Een en ander zou tot gevolg kunnen hebben dat voortaan de handelingen uitgaande van organen van administratieve overheden waarop het WVV aanvullend van toepassing is, enkel kunnen worden nietig verklaard door de ondernemingsrechtbank en niet langer door de Raad van State.¹²⁶ Een wetsvoorstel dat een herformulering (ten gunste van de Raad van State) vooropstelde, werd aan de Raad van State, afdeling Wetgeving voorgelegd, die adviseerde om te werken met een interpretatieve wet, eerder dan met een wijzigingswet.¹²⁷ Die interpretatieve wet is er tot op vandaag nog steeds niet. Het is wachten op de wetgever of op rechtspraak waarin de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak zich uitsprekt over een exceptie betreffende zijn rechtsmacht gebaseerd op artikel 2:44 WVV.

3.3.3. Toepassing van de BBB wanneer de overheid optreedt als ondernemer

84. Het zuiver commercieel of industrieel handelen van de overheid, d.i. buiten elke taak van algemeen belang om, is volgens F. VANDENDRIESSCHE niet onderworpen aan de BBB, ook niet als het een ‘organieke overheid’ betreft (*infra*).¹²⁸ Wij hebben geen rechtspraak gevonden die dat tegenspreekt.

85. Indien de overheid commerciële handelingen stelt met het oog op het realiseren van taken van algemeen belang, lijken de BBB echter wel een rol te kunnen spelen. Zo oordeelde het hof van beroep van Gent oordeelde dat een schending van de BBB en meer bepaald van het gelijkheidsbeginsel een oneerlijke handelspraktijk in de zin van het economisch recht kan uitmaken. Het arrest betrof een OCMW dat een actie voor de aankoop van stookolie organiseerde. Door slechts contact op te nemen met een beperkt aantal leveranciers uit de regio en niet over te gaan tot een oproep was het gelijkheidsbeginsel geschonden. Mede door het in het systeem opnemen van een zeer

¹²⁴ RvS 10 maart 2003, nr. 116.818, Vanhecke met betrekking tot De Post, thans bpost; RvS 17 juni 2004 nr. 132.571, nv Algemene Ondernemingen Pieters-De Gelder met betrekking tot Belgacom, thans Proximus.

¹²⁵ En in het verlengde daarvan ook over art. 2:46 WVV, m.b.t. de bevoegdheid van de voorzitter van de ondernemingsrechtbank in geval van spoedeisendheid.

¹²⁶ Zie de uitgebreide analyse in T. COEN, “De weerslag van de inwerkingtreding van de artikelen 2:44 en 2:46 WVV op de rechtsmacht van de Raad van State”, *RW* 2019-2020, afl.8, 283-297.

¹²⁷ Adv.RvS nr. 66.666/2/AV bij het wetsvoorstel tot omzetting van Richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft, en houdende vennootschaps- en verenigingsbepalingen, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 553/3, 15 e.v.

¹²⁸ Althans wanneer de wetgever zelf het onderscheid heeft ingesteld tussen taken van algemeen belang en commerciële activiteiten: F. VANDENDRIESSCHE, “Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur” in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (35), 54 e.v.

groot aantal personen die geen enkele materiële steun van het OCMW behoeven, komt men tot een voorspelbaar, compleet bederven van de gewone markt der stookolieleveranciers. Ook die kennelijke **schending van het gelijkheidsbeginsel**, waaraan het OCMW als overheidsinstelling zich moet houden, vormt een **oneerlijke handelspraktijk**.¹²⁹ **Het Hof gebruikt de BBB hier dus om invulling te geven aan een begrip uit het economisch recht, voor een overheid die handel voert.**

86. Wij verwijzen voor het overige naar de bijdrage van collegae DELVOIE en FORNOVILLE.

3.4. Tussenconclusie en voorstel *de lege ferenda*

87. Onder de vorige titels zijn wij steeds nagegaan in hoeverre de gewone rechtscolleges, indien zij over rechtsmacht beschikken, bereid zijn de BBB toe te passen op de overheid wanneer die 'privaatrechtelijk' handelt. Daarbij is ook de interferentie tussen de diverse mogelijke vormen van 'privaatrechtelijk handelen' aan bod gekomen. De beschikbare rechtspraak is bijzonder schaars, dus elke conclusie is voorlopig en komt met een *caveat*. Uit de rechtspraak die wij konden verzamelen, bleek echter onder meer dat de burgerlijke rechtscolleges voor de toepassing van de BBB op het contractueel handelen van de overheid geen onderscheid lijken te maken tussen overheden met een publieke, hybride of private rechtsvorm.

88. Op basis van een teleologische benadering, die rekening houdt met de doelstellingen van de BBB, **verdedigt VANDENDRIESSCHE een genuanceerd toetsingskader om te oordelen of bepaalde entiteiten en/of de handelingen die zij stellen, onder het toepassingsgebied vallen van de BBB.** Daarbij gaat hij uit van de bijzondere positie van de overheid, die zich uit in de bevoegdheid om eenzijdig rechtshandelingen uit te vaardigen en dit op grond van (vaak ruime) discretionaire bevoegdheden. Tegenover dit prerogatief staan dan flankerende waarborgen voor de burgers en daarbij spelen de BBB een belangrijke rol. **De BBB hebben echter ook los van de context van imperiumbevoegdheden en/of gezagshandelingen een functie te vervullen.** Zij "*ambiëren om goede ethische (gedrags)regels op te leggen voor iedere handeling of beslissing die met een overheidsoptreden wordt (of kan worden) verbonden*". De overheid moet immers steeds handelen in het algemeen belang en realiseert haar doelstellingen via collectieve middelen. Ook hier bieden de BBB belangrijke **garanties op verantwoordelijk en integer overheidsoptreden**.¹³⁰ Ook wij wezen eerder op onder meer deze twee functies van de BBB.

89. Vertrekkend vanuit dit dubbele doel stelt VANDENDRIESSCHE voor om een onderscheid te maken tussen **twee categorieën van personen**.¹³¹

De eerste categorie zijn de zogenaamde '**organieke overheden**'. Het voorstel van de auteur luidt om voor de invulling van dat begrip uit te gaan van een geheel van 'indicatieve criteria', die niet allemaal moeten zijn vervuld, zolang de entiteit in kwestie maar in voldoende mate aan die criteria voldoet.¹³² Van deze organieke overheden zijn alle handelingen, dus zowel de eenzijdige, contractuele als

¹²⁹ Gent 29 maart 2010, *DCCR* 2011, 220, noot G. STRAETMANS; *NJW* 2011, 24, noot R. STEENNOT; *OOO* 2011, 496, noot; *OOO* 2012 (samenvatting), 149; *TGR-TWVR* 2010, 144, noot G. BALLON; *T.Gem.* 2011, 110.

¹³⁰ F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (35) 44-46.

¹³¹ *Ibid.*, 44-46.

¹³² Het gaat om de volgende criteria: de oprichting of erkenning door de overheid, de wil van de wetgever of oprichter, de bevoegdheid om gezagshandelingen te stellen of het beschikken over andere bijzondere prerogatieven, het belast zijn met een taak van algemeen belang of een openbare dienst, de controle of het toezicht door de overheid en de publiek- of privaatrechtelijke rechtsvorm.

feitelijke handelingen onderworpen aan de BBB. De handelingen die zij stellen buiten hun taken van algemeen belang (of openbare dienst) zijn niet onderworpen aan de BBB voor zover de wetgever het onderscheid tussen taken van openbare dienst en andere activiteiten zelf heeft verankerd in het regelgevende kader dat op deze entiteiten van toepassing is.¹³³

De tweede categorie is die van de **'niet-organieke overheden'**. Deze hebben als organisaties of rechtspersonen onvoldoende 'overheidsgehalte', zodat het niet verantwoord lijkt om de BBB in dezelfde mate op hen van toepassing te verklaren als op de organieke overheden. Dit betekent niet dat sommige van hun handelingen niet een zeker 'overheidsgehalte' kunnen hebben, zodat zij *voor die handelingen* wel aan de eisen van de BBB moeten voldoen. VANDENDRIESSCHE onderscheidt hier de gezagshandelingen enerzijds en de niet-gezagshandelingen die kaderen in een publiekrechtelijk procedé, zoals de wetgeving overheidsopdrachten, anderzijds.

90. Wanneer de afbakening van VANDENDRIESSCHE als uitgangspunt wordt genomen, zijn de BBB niet enkel van toepassing op 'administratieve overheden' (d.i. het begrip dat in beginsel de rechtsmacht van de Raad van State als annulatierechter *ratione personae* afbakent). Sommige privaatrechtelijke rechtspersonen zullen immers onder de noemer 'organieke overheid' vallen, zoals VANDENDRIESSCHE die definieert, zodat op hen de BBB ook van toepassing zijn.¹³⁴ Op andere zullen die beginselen van toepassing zijn omdat zij gezagshandelingen stellen *of* beslissingen nemen die zijn ingebed in publiekrechtelijke regelgeving. Privaatrechtelijk vormgegeven rechtspersonen zijn daarentegen enkel 'administratieve overheden' als en voor zover zij gezagshandelingen stellen, wat een veel strenger criterium is. Zo zal een vzw die volledig is vormgegeven conform de dwingende regels van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en die onder de wetgeving overheidsopdrachten valt, geen administratieve overheid zijn en zal haar beslissing om een bepaalde opdracht te gunnen niet kunnen worden aangevochten bij de Raad van State.¹³⁵ Voor wie de logica van het hierboven geschetste schema volgt, is die vzw bij de gunning van die opdracht echter wel onderworpen aan de BBB.

91. In de theorie van VANDENDRIESSCHE zijn de vraag naar het personeel toepassingsgebied van de BBB ('Op welke organen zijn zij van toepassing?') en de vraag naar het materieel toepassingsgebied ervan ('Op welke vormen van overheidshandelen zijn zij van toepassing?') nauw met elkaar verbonden. Zo zou voor organieke overheden die optreden binnen een taak van algemeen belang het contractuele handelen integraal onderworpen zijn aan de BBB; voor niet-organieke overheden geldt dat enkel voor zover zij optreden in het kader van een publiekrechtelijk procedé. In de rechtspraak die wij hiervoor bespraken, komt (de relevantie van) het onderscheid tussen 'organiek' en 'niet organiek' niet nadrukkelijk naar voren. In de rechtsleer is wel de vraag gerezen of aanbestedende diensten die geen administratieve overheden zijn (en o.i. in de meeste gevallen geen 'organieke overheden' zullen zijn zoals bedoeld door VANDENDRIESSCHE) de BBB moeten respecteren wanneer zij gunningsbeslissingen nemen in het kader van de wetgeving overheidsopdrachten.¹³⁶

¹³³ Dat laatste is bijvoorbeeld het geval voor de federale economische overheidsbedrijven die onderworpen zijn aan de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, BS 27 maart 1991.

¹³⁴ Men denke bijvoorbeeld aan de Vlaamse privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen, die over het algemeen niet over imperiumbevoegdheden lijken te beschikken, maar die zijn opgericht door de Vlaamse regering (na een decretale machtiging), belast zijn met een taak van algemeen belang of openbare dienst en (via de samenwerkingsovereenkomst) ook onder een zekere mate van overheidstoezicht staan.

¹³⁵ Beslissingen genomen in het kader van een overheidsopdracht zijn, zoals eerder aangegeven, immers geen gezagshandelingen.

¹³⁶ Zie bv. P. FLAMEY en C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachten – Algemeen deel*, Kluwer, 2017, 152-153.

92. Het zuiver commercieel of industrieel handelen van de overheid, d.i. buiten elke taak van algemeen belang om, is volgens de auteur nooit onderworpen aan de BBB, ook niet als het een 'organieke overheid' betreft. Wij hebben geen rechtspraak gevonden die dat tegenspreekt. Indien de overheid commerciële handelingen stelt met het oog op het realiseren van taken van algemeen belang, lijken de BBB echter wel een rol te kunnen spelen (*supra*, 3.2.3.).

93. Het voorstel van VANDENDRIESSCHE lijkt ons een **evenwichtige benadering** te zijn. Enerzijds wordt erkend dat de overheid, wanneer zij optreedt vanuit overwegingen van algemeen belang (wat ook kan blijken uit de inbedding van haar handelen in een door het publiekrecht beheerste procedure), *steeds* de BBB moet respecteren. Dat is zo ongeacht het instrument dat zij hanteert om die taken te behartigen: een eenzijdige handeling, dan wel een contract. Anderzijds worden zowel organieke als niet-organieke overheden *niet* verplicht die beginselen na te leven zodra zij optreden buiten dat takenpakket, vaak in mededinging met anderen. In dat laatste geval zou de toepassing van de BBB de overheid immers in een zwakkere concurrentiepositie plaatsen.

3.5. Relevantie van het onderscheid tussen materiële en formele BBB?

3.5.1. Een principieel, maar te relativiseren onderscheid

94. De BBB kan men opdelen in formele en materiële beginselen, wat **vooral belangrijk is bij het bepalen van de gevolgen van de vernietiging van een bestuurshandeling**. Bij de schending van een formeel BBB (bv. de hoorplicht, het onpartijdigheidsbeginsel) zal het *in beginsel* mogelijk zijn dat het bestuur, na het rechtzetten van het vormgebrek, een nieuwe, maar inhoudelijk identieke beslissing neemt.¹³⁷ Een overheid die de burger ondertussen wél heeft gehoord of een overheid die zetelt in een andere, onpartijdige samenstelling kan nog altijd bij haar initiële beslissing blijven als zij daar inhoudelijk goede redenen voor heeft. Bij vernietiging wegens schending van een materieel beginsel (bv. redelijkheidsbeginsel, materiële motiveringsplicht) zal het nemen van een identieke beslissing als de vernietigde beslissing daarentegen uitgesloten zijn.

95. Het onderscheid tussen formele en materiële beginselen **kan ook doorwerken in het aansprakelijkheidsrecht**. Om aanspraak te kunnen maken op een schadevergoeding moet niet enkel een fout¹³⁸ van het bestuur worden bewezen, maar ook de schade en het oorzakelijk verband tussen die fout en die schade. Wie bijvoorbeeld aanspraak maakt op een schadevergoeding wegens het niet formeel motiveren van een beslissing, zal moeten aantonen dat, indien het bestuur wél formeel had gemotiveerd, de beslissing voor hem gunstiger zou zijn uitgevallen of dat hier ten minste een reële kans toe bestond. Soms slaagt de burger niet in die bewijslast¹³⁹; soms wel en wordt een schadevergoeding toegekend voor het verlies van een kans op een gunstiger beslissing.¹⁴⁰ Reeds eerder hebben wij rechtspraak vermeld in dezelfde zin bij het niet horen in geval van ontslag van een contractueel personeelslid.

¹³⁷ Aldus bijvoorbeeld RvS 5 april 2011, nr. 21.397, Boeykens.

¹³⁸ Althans in het aansprakelijkheidscontentieux voor de burgerlijke rechter op grond van art. 1382 e.v. BW. Bij het schadevergoedingscontentieux voor de Raad van State is een door de Raad van State vastgestelde *onwettigheid* vereist (art. 11bis RvS-Wet).

¹³⁹ Gent 24 september 1996, CDPK 1997, 433.

¹⁴⁰ Brussel 23 april 1996, RW 1998-99, 296, noot I. Opdebeek; Gent 5 mei 2011, NJW 2012, nr. 261, 301, noot IB.

96. Toch is deze scheiding tussen formele en materiële beginselen in zekere mate ook **artificieel**, daar ook de naleving van vormvereisten tot doel heeft om tot een inhoudelijk zorgvuldige beslissing te komen. Zo heeft de hoorplicht niet alleen tot doel de burger de mogelijkheid te geven zijn zienswijze kenbaar te maken aan het bestuur, maar ook om het bestuur alle nodige informatie te bezorgen om met kennis van zaken een zorgvuldige beslissing te kunnen nemen.¹⁴¹ Zo heeft de redelijketermijneis niet alleen als doel de ordentelijke werking van het overheidsapparaat, maar ook om ervoor te zorgen dat eventuele bewijzen (van bijvoorbeeld tuchtfeiten) door het tijdsverloop niet teloor gaan en de rechten van de verdediging zouden worden geschonden. Ook de scheiding tussen de materiële- en de formelemotiveringsplicht is deels artificieel, daar de formele motivering niet een pro forma motivering mag zijn, maar een ‘afdoende’ motivering¹⁴² moet zijn, waardoor de link wordt gelegd met de materiëlemotiveringsplicht.

97. Bovendien zijn niet alle formele beginselen over één kam te scheren wat hun gevolgen betreft. Zo zal de schending van de redelijketermijneis wanneer deze gevolgen heeft voor de bewijsvoering, omdat bewijsmateriaal verloren is gegaan en de rechten van de verdediging geschonden zijn, bevoegdheidsverlies voor de overheid tot gevolg hebben. Hier kan er m.a.w. na de schending van een formeel BBB *geen* beslissing meer worden genomen. Deze rechtspraak vindt bijvoorbeeld toepassing in tuchtzaken en bij de bestraffing van milieu-inbreuken via bestuurlijke boetes.¹⁴³

98. Het onderscheid tussen formele en materiële beginselen is **ook niet echt relevant wat de aard van de rechterlijke controle betreft**. Op het eerste gezicht zou men geneigd zijn te denken dat een formeel en een materieel beginsel van behoorlijk bestuur anders worden getoetst, gelet op de beleidsvrijheid van het bestuur bij discretionaire bevoegdheden. Veeleer van belang is echter de vraag of de rechter toetst aan een norm die een concrete gedragsnorm voorschrijft dan wel of de rechter toetst aan een beginsel.¹⁴⁴ In dat laatste geval gaat de rechter immers allerlei feiten, beginselen en belangen tegen elkaar afwegen. Zo zal een schending van het onpartijdigheidsbeginsel – een formeel BBB - niet worden aanvaard als de toepassing ervan onverenigbaar is met de aard en de structuur van het betrokken orgaan, kortom met de goede werking van de dienst. Van de hoorplicht zal kunnen worden afgeweken om redenen van hoogdringendheid, dus opnieuw in het algemeen belang.

3.5.2. Relevantie van het onderscheid voor de toepassing van de BBB op het publiekrechtelijk versus privaatrechtelijk handelen van de overheid

99. Uit ons onderzoek is **niet gebleken dat het onderscheid tussen materiële en formele BBB relevant zou zijn** voor de vraag of, in welke mate en hoe de BBB worden toegepast op het privaatrechtelijk handelen van de overheid. Wat het **ontslag van contractueel overheidspersoneel** betreft, staat vooral het procedureel beginsel van de hoorplicht centraal in de rechtspraak. Voor het overige werden ook het onpartijdigheidsbeginsel en de redelijketermijneis, tevens **procedurele beginselen**, reeds toegepast op het ontslag. Dat de discussie niet draait over inhoudelijke beginselen en met name over het redelijkheidsbeginsel en de materiëlemotiveringsplicht, valt te verklaren door

¹⁴¹ RvS 5 april 1995, nr. 52.710, Wery; RvS 24 maart 2011, Hittélet; RvS 19 september 2011, nr. 215.204, Van Biervliet; RvVb 18 december 2012, nr. A/2012/0532.

¹⁴² Art. 3, tweede lid Wet Motivering Bestuurshandelingen.

¹⁴³ I. OPDEBEEK en C. VANDEKEYBUS, “De sanctie bij schending van de redelijketermijneis bij bestuurlijke handhavingsbesluiten. Capita selecta”, in I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Bestuurlijke handhaving. Hoe door de bomen het bos nog zien?*, Brugge, die Keure, 2018, 194-222.

¹⁴⁴ P. POPELIER, ‘Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen’, in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006,(3), 27.

het feit dat *in het arbeidsrecht zelf* een leerstuk is ontwikkeld voor de inhoudelijke toetsing van het ontslag: het ‘kennelijk onredelijk ontslag’. Dat het ontslag ‘kennelijk onredelijk’ kan zijn, onder meer omdat er geen deugdelijke motieven voor bestaan, geldt zowel voor contractueel personeel uit de particuliere sector als uit de overheidssector. Een belangrijk verschil is wel dat er met betrekking tot de *sanctie* voor de werkgever, d.i. de *vergoeding* waarop de werknemer aanspraak kan maken, thans een onderscheid en zelfs een discriminatie bestaat tussen beide categorieën van werknemers. Voor werkgevers in de privésector is er in de collectieve arbeidsovereenkomst ‘cao nr. 109’¹⁴⁵ immers een regeling uitgewerkt voor onder meer de omvang van de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Voor de publieke sector moet er bij wet een dergelijke regeling worden uitgevaardigd, maar die is er nog steeds niet. Het Grondwettelijk Hof heeft de wetgever nochtans al meerdere malen aangespoord om die tot stand te brengen. In afwachting van het optreden van de wetgever, komt het volgens het Grondwettelijk Hof aan de rechtscollèges toe om, met toepassing van het algemene verbintenissenrecht, de rechten van alle werknemers in de publieke sector bij een kennelijk onredelijk ontslag zonder discriminatie te vrijwaren, waarbij zij zich in voorkomend geval kunnen laten leiden door cao nr. 109.¹⁴⁶

100. In de **overige rechtspraak die wij bespraken** – buiten de context van het arbeidsrechtelijk ontslag – werden overigens **wél materiële BBB toegepast**, zoals het evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel (dat o.i. zowel materiële als formele componenten heeft).

3.6. Verschillen in de wijze van toepassing van de BBB tussen de Raad van State en de gewone rechter / naargelang de overheid al dan niet gebruik maakt van ‘privaatrechtelijke bevoegdheden’?

101. In het kader van ons onderzoek voor deze bijdrage, zijn ons **geen bijzondere verschillen opgevallen tussen de wijze waarop de bestuursrechter (Raad van State) enerzijds en de gewone rechter anderzijds de BBB invult.**¹⁴⁷

102. Een recent voorbeeld illustreert het samen sporen van de bestuursrechtelijke en burgerrechtelijke rechtspraak op dit vlak. In 2017 oordeelde de rechtbank van eerste aanleg te Brussel over een zaak waarin een gemeente een overeenkomst was aangegaan met een particulier waarin zij zich ertoe verbond een ruimtelijk plan van aanleg op te maken in een welbepaalde zin in ruil voor een betaling door die particulier. De rechtbank wees erop dat het gemeentelijk beleid inzake ruimtelijke ordening er niet op mag gericht zijn om de ontwikkelingsplannen van een bepaalde particulier te bevorderen. Indien de overheid het plan alsnog vaststelt met de bedoeling een zuiver privébelang te behartigen, maakt zij zich schuldig aan machtsafwending. Wanneer de overheid zich laat betalen voor het opstellen van een plan, leidt dat tot het onweerlegbaar vermoeden dat voor het bepalen van de inhoud van het plan het privébelang van de particulier zwaarder doorweegt dan de overwegingen van goede ruimtelijke ordening van het gebied, zoals uiteengezet in de toepasselijke regelgeving.¹⁴⁸ Een

¹⁴⁵ De cao geldt ook voor sommige publiekrechtelijke werkgevers, maar dit is een kleine minderheid.

¹⁴⁶ Zie GwH 30 juni 2016, nr. 101/2016; GwH 5 juli 2018, nr. 84/2018.

¹⁴⁷ Wij zijn niet nagegaan in hoeverre de gewone rechter de BBB anders invult wanneer hij het publiekrechtelijk handelen van de overheid beoordeelt dan wanneer hij haar privaatrechtelijk handelen beoordeelt. Daarvoor waren wij verplicht geweest het fiscaal contentieux in onze analyse te betrekken, wat gelet op de toegelaten omvang van deze paper, onmogelijk was geweest.

¹⁴⁸ Rb. Brussel 16 juni 2017, *TBO* 2018, 63.

overeenkomst heeft een ongeoorloofde oorzaak wanneer een doorslaggevende beweegreden om haar aan te gaan, ingaat tegen de wet of de openbare orde (artikel 1133 van het Burgerlijk Wetboek) en zij is dan absoluut nietig. Nu de regelgeving op de ruimtelijke ordening de openbare orde raakt, besloot de rechtbank tot de absolute nietigheid van de overeenkomst. De ongeoorlooftheid van de oorzaak werd hier dus in eerste instantie afgeleid uit de strijdigheid ervan met de wetgeving ruimtelijke ordening. Het betrof hier evenwel specifiek het niet respecteren van de *finaliteit* van die regelgeving, d.w.z. de doelstellingen van algemeen belang die er door worden gediend. Aldus was in wezen *machtsafwending* de reden voor de ongeldigheid van de overeenkomst. In België beschouwt men het verbod van machtsafwending niet als een afzonderlijk BBB (zoals dat in Nederland wel het geval is), maar vaak wordt het wel gezien als een verbijzondering van het onpartijdigheidsbeginsel. De Raad van State heeft de laatste jaren een reeks belangwekkende arresten gevelde waarin het de beslissing tot het aangaan van een overeenkomst vernietigde omdat het bestuur die overeenkomst met vooringenomenheid had gesloten, en dus met een schending van het onpartijdigheidsbeginsel. Twee heel recente voorbeelden betroffen met name overeenkomsten met projectontwikkelaars waarin bepaalde engagementen werden aangegaan i.v.m. de wijziging van plannen.¹⁴⁹

103. De burgerlijke rechter zal de BBB soms als zelfstandig toetsingskader gebruiken, soms ter invulling van specifiek burgerrechtelijke begrippen zoals de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten, of ter invulling van economischrechtelijke begrippen zoals oneerlijke handelspraktijken. Ook dat lijkt echter niet tot wezenlijk andere resultaten te leiden.

104. Enkel **wat de sanctie verbonden aan een overtreding van de hoorplicht bij het ontslag van overheidspersoneel betreft**, lijkt er een **verschil te bestaan tussen de vaste rechtspraak van de Raad van State en de rechtspraak van sommige arbeidsgerechten**. Zoals eerder toegelicht, zal de Raad van State aan de niet-naleving van de hoorplicht in beginsel *steeds* de schorsing en/of vernietiging van de beslissing koppelen. Sommige arbeidsgerechten gaan enkel over tot het toekennen van een schadevergoeding (zij kunnen niet schorsen en/of vernietigen) wanneer bijkomend is aangetoond dat het ontslag niet onvermijdelijk was, d.w.z. dat het horen tot een andere beslissing had kunnen leiden.

105. Voor het overige ziet men vaak, met name in het contentieux met betrekking tot het ontslag van contractueel overheidspersoneel, dat de gewone rechter expliciet verwijst naar de rechtspraak van de Raad van State over de BBB.

106. Ook lijken er niet meteen verschillen te bestaan tussen de wijze waarop de Raad van State de BBB invult wanneer hij kennis neemt van een beroep tegen een afsplitsbare rechtshandeling enerzijds en de wijze waarop hij dat doet voor andere, niet met de overeenkomst verbonden eenzijdige bestuurlijke rechtshandelingen. Er lijkt tevens geen verschil te bestaan tussen de wijze waarop de Raad van State de BBB invult t.a.v. afsplitsbare rechtshandelingen verbonden met gewone overeenkomsten enerzijds en bestuursrechtelijke overeenkomsten anderzijds. Ook de burgerlijke rechter lijkt deze twee types overeenkomsten niet verschillend te behandelen wat de invulling van de BBB betreft, al moeten wij nogmaals benadrukken dat de gepubliceerde rechtspraak schaars is.

4. Conclusie

¹⁴⁹ Zie hierover uitgebreid S. DE SOMER, "De invloed van beleidsovereenkomsten op de onpartijdigheid van het bestuur: 'partij = partijdig?', *T.Gem.* 2020, 209-223. Zie ook S. VERBEYST, "Voorafgaande contractuele afspraken nekken RUP Vijverhof. Welk lot is deze overeenkomsten nog beschoren?", *TROS* 2019, 229-236.

107. In dit preadvies hebben wij hoofdzakelijk rechtspraak van de gewone rechter geanalyseerd. **Voor zover het privaatrechtelijk handelen van de overheid onder de rechtsmacht van de bestuursrechter valt, is de toepassing van de BBB immers verzekerd.** Wij hebben geen kennis van rechtspraak waarin de Raad van State de BBB weigert toe te passen op een handeling die onder zijn rechtsmacht valt, noch wegens de aard van de verwerende partij (al dan niet privaatrechtelijk vormgegeven, al dan niet optredend als ondernemer), noch wegens de aard van de handeling zelf (al dan niet afsplitsbaar). De BBB zijn dan ook tot ontwikkeling gekomen in de rechtspraak van de Raad van State.

108. Elk onderzoek naar de toepasselijkheid van de BBB op het privaatrechtelijk handelen van de overheid in België wordt bemoeilijkt door de beperkte openbaarheid van de rechtspraak van de gewone rechtscolleges. Mogelijk hebben wij in deze paper slechts een tipje van de ijsberg kunnen belichten en blijft er dus (minstens voorlopig) heel wat verborgen. Zo halen vonnissen of arresten waarin eiser de toepassing van de BBB vraagt, maar niet verkrijgt, misschien de commerciële tijdschriften niet, wegens minder opvallend of ‘spannend’ dan een uitspraak waarin de rechter de BBB wél toepast.

109. Uit de gepubliceerde (of ons op andere wijze ter beschikking gestelde rechtspraak) kunnen wij niettemin de volgende voorzichtige conclusies trekken.

110. De meeste rechtspraak die wij hebben besproken, betreft de toepassing van de BBB door de gewone rechter op **handelingen die verbonden zijn met overeenkomsten**. Het gaat daarbij ofwel over zogenaamde **afsplitsbare rechtshandelingen**, ofwel over beslissingen die verband houden met de **uitvoering of beëindiging van de overeenkomst. Op beide types beslissingen lijken de gewone rechtscolleges de BBB – wanneer hen daarom wordt gevraagd – toe te passen.** Zij lijken die beginselen niet anders in te vullen dan de Raad van State (die meestal oordeelt over het ‘publiekrechtelijk’ optreden van de overheid), maar *verwijzen* integendeel precies steeds vaker nadrukkelijk naar die rechtspraak van die Raad van State. De burgerlijke rechter zal de BBB soms als zelfstandig toetsingskader gebruiken, soms ter invulling van specifiek burgerrechtelijke begrippen zoals de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten, of ter invulling van economischrechtelijke begrippen zoals oneerlijke handelspraktijken. Ook dat lijkt echter niet tot wezenlijk andere resultaten te leiden.

111. Of het bestuur in kwestie een publieke, dan wel een private rechtsvorm aanneemt, is zonder belang voor de gewone rechter. De rechter gaat niet in op het ‘overheidsgehalte’ van de rechtspersoon in kwestie en dus op de mate waarin het al dan niet om een ‘organieke overheid’ gaat, in de zin van de stelling van VANDENDRIESSCHE. Er lijkt ons een **probleem van proportionaliteit** te rijzen indien burgerlijke rechters zonder meer de BBB toepassen van zodra een rechtspersoon enige link met de overheid of het overheidsoptreden vertoont.

112. Het **onderscheid tussen formele en materiële BBB** heeft naar positief Belgisch recht in zijn algemeenheid **geen belang** voor de vraag in hoeverre de BBB toepassing vinden op het privaatrechtelijk handelen van de overheid. Zowel de Raad van State als de burgerlijke rechtscolleges passen beide categorieën van BBB toe op die aspecten van het privaatrechtelijk handelen van de overheid die onder hun rechtsmacht vallen.

113. De impact van het gegeven dat de overheid optreedt als ‘ondernemer’ werd slechts heel kort aangeraakt, daar hieraan uitgebreid aandacht wordt besteed in het preadvies van collega’s DELVOIE en FORNOVILLE.

114. **O.i. is met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof over de toepassing van de hoorplicht op het ontslag van contractueel overheidspersoneel, mogelijk een belangrijk proces in gang gezet.** Veelzeggend is immers de motivering van het Grondwettelijk Hof om de hoorplicht van toepassing te achten op het ontslag van een contractueel overheidspersoneelslid, namelijk dat de overheid noodzakelijkerwijze handelt *als behoedster van het algemeen belang en met kennis van zaken* moet beslissen als zij een ernstige maatregel neemt. Dat het Hof hier verwijst naar die specifieke functie van de BBB, en niet zozeer naar het corrigeren van de ongelijkheidsrelatie tussen burger en overheid, is belangrijk. De overheid blijft de overheid, ook wanneer zij contractueel handelt. Ook in dat geval treedt zij in de regel op in het algemeen belang en met gemeenschapsgeld. Er is dan ook geen reden om het contractueel handelen met minder waarborgen te omringen.¹⁵⁰

115. Een genuanceerde benadering van de toepasselijkheid van de BBB op het privaatrechtelijk handelen van de overheid heeft als voordeel fijnmazigheid en proportionaliteit, maar scoort niet bijzonder hoog op het vlak van **rechtszekerheid**. Het lijkt ons van belang dat de BBB ook hun **preventieve rol** kunnen vervullen, d.w.z. dat overheden hun gedrag er effectief aan aanpassen en het niet tot een geschil voor de rechter hoeft te komen. In het bijzonder voor rechtspersonen met een private rechtsvorm zou meer theorievorming welkom zijn over de vraag wanneer zij voldoende ‘overheidsgehalte’ hebben om integraal onderworpen te zijn aan de BBB. Een Algemene wet bestuursrecht, die een reeks indicatoren zou kunnen verankeren, zou hier soelaas kunnen bieden, maar die ambitie lijkt in België voorlopig opgeborgen.

¹⁵⁰ K. WAUTERS, “De toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur in het raam van de uitvoering van een overheidsovereenkomst naar Belgisch recht”, in A. BUIJZE, Ph. LANGBROEK en R. WIDDERSHOVEN (eds.) *Goed bestuur in perspectief. Liber Amicorum Henk Addink*, Deventer, Wolters Kluwer, (135), 145.