

**De polsstok van de beginselen  
van  
behoorlijk bestuur:  
export en reflexwerking?**





**De polsstok van de beginselen**  
**van**  
**behoorlijk bestuur:**  
**export en reflexwerking?**

Raymond Schlössels

Chris Jansen

Ingrid Opdebeek en Stéphanie De Somer

Jeroen Delvoie en Claire Fornoville



## **Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog**

Het Platform is opgericht in januari 2019 en heeft als missie het realiseren van een optimale wisselwerking tussen publiekrecht en privaatrecht en het voorkomen van onnodige verschillen tussen die twee werelden. Het Platform beoogt een ontmoetingsplaats te bieden voor juristen met een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke achtergrond. Daarin wordt geparticipeerd vanuit Nederland en België.

Deze reeks staat onder redactie van:

- \* Lidy Wiggers-Rust (raadsheer in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en raadsheer plaatsvervanger in het CBB)
- \* Steven Lierman (hoogleraar administratief recht en gezondheidsrecht KU Leuven en hoofddocent Universiteit Antwerpen)
- \* Rob Widdershoven (hoogleraar Europees bestuursrecht UU en advocaat-generaal voor bestuursrecht)
- \* Frank van Ommeren (hoogleraar staats- en bestuursrecht VU)
- \* Martijn Scheltema (advocaat en hoogleraar civiel recht EUR)
- \* Kurt Willems (professor onderwijsrecht en administratief recht KU Leuven)
- \* Gerbrant Snijders (advocaat-generaal bij de Hoge Raad)
- \* Frederik Peeraer (doctor-assistent Rechtsmethodologie Universiteit Gent en docent juridische argumentatieleer Universiteit Antwerpen)

e-mail: [platform@recht-in-dialoog.eu](mailto:platform@recht-in-dialoog.eu)

website: [www.recht-in-dialoog.eu](http://www.recht-in-dialoog.eu)

Aanbevolen citeerwijze:

Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog - reeks nr. 2

De inhoud van deze bundel is double blind gepeerreviewed.

ISBN: 9789462406964

Uitgeverij WLP

[info@wolfpublishers.nl](mailto:info@wolfpublishers.nl)



platform  
publiek- en  
privaatrecht  
in dialoog

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veeleelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), Platform en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

©2021 Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog

## **Inhoudsopgave beknopt**

*(Een uitgebreide inhoudsopgave per paper is aan het begin van ieder hoofdstuk opgenomen)*

|                                                                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Voorwoord</b>                                                                                                                                       | 7   |
| <i>Lidy Wiggers-Rust, voorzitter en Steven Lierman, vice-voorzitter</i>                                                                                |     |
| <b>Vraagpunten</b>                                                                                                                                     | 9   |
| <b>‘De polsstok van de beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?’</b>                                                                |     |
| <b>De beginselen van behoorlijk bestuur bij ‘privaat bestuur’: algemene normen, gevarieerde rechterlijke toetsing en organisatorische breuklijnen?</b> | 11  |
| <i>Raymond Schlössels</i><br><i>Nederland publiekrecht</i>                                                                                             |     |
| <b>Toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur door de Nederlandse burgerlijke rechter</b>                                                     | 45  |
| <i>Chris Jansen</i><br><i>Nederland privaatrecht</i>                                                                                                   |     |
| <b>De polsstokwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?</b>                                                           | 83  |
| <i>Ingrid Opdebeek en Stéphanie De Somer</i><br><i>België publiekrecht</i>                                                                             |     |
| <b>Lost in translation? Over de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur op “privaatrechtelijk” overheidshandelen</b>                       | 135 |
| <i>Jeroen Delvoie en Claire Fornoville</i><br><i>België privaatrecht</i>                                                                               |     |
| <b>Verslaglegging tweede expertmeeting Platform (21 mei 2021)</b>                                                                                      | 193 |
| <b>Deelnemerslijst expertmeeting van 21 mei 2021</b>                                                                                                   | 221 |



## Voorwoord

Voor ons ligt het mooie resultaat van de dialoog tijdens de tweede expert-meeting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog. Deze vond plaats op 21 mei 2021, vanwege Covid 19 online. Natuurlijk was het heel spijtig elkaar niet live te kunnen ontmoeten. Het bieden van een ontmoetingsplaats tussen juristen met een publiekrechtelijke en privaatrechtelijke achtergrond vormt één van de doelstellingen van het Platform. Door de uitwisseling die de moderators Martijn Scheltema en Kurt Willems tot stand wisten te brengen samen met de preadviseurs, werd deze online-meeting niettemin als verrijkend ervaren.

Dank aan Martijn en Kurt is op zijn plaats, evenals aan:

Raymond Schlössels (Nederland – publiekrecht)

Chris Jansen (Nederland – privaatrecht)

Ingrid Opdebeek en Stéphanie De Somer (België – publiekrecht)

Jeroen Delvoie en Claire Fornoville (België – privaatrecht)<sup>1</sup>

als auteurs van de (concept-)papers en videoclips die tevoren op de website van het Platform ([www.recht-in-dialoog.eu](http://www.recht-in-dialoog.eu)) werden geplaatst over het onderwerp van de meeting:

### **De polsstok van de beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?**

De inbreng van de moderators en auteurs, ook ter vergadering, inspireerde de deelnemende experts (samengesteld niet alleen uit juristen uit België en Nederland vanuit publiek- en privaatrecht, maar ook uit academie en praktijk en wat dat laatste betreft uit de verschillende gremia: wetgeving, rechterlijke macht en advocatuur) om aan de dialoog deel te nemen.

Het onderwerp werd voor de pauze belicht vanuit *de status quo* in publiekrecht en privaatrecht in Nederland en België. Erna stond centraal of er - opnieuw in publiekrecht en/of privaatrecht en in Nederland en/of België - behoefte bestaat aan *verruiming van het toepassingsbereik* van de beginselen van behoorlijk bestuur (export- en reflexwerking).

---

<sup>1</sup> Nadere gegevens over hen zijn te vinden in de deelnemerslijst die is opgenomen achterin deze bundel.

## VOORWOORD

De vraagpunten vanuit het Platform, die aan de basis van de bedoelde papers liggen, zijn hierna opgenomen samen met de papers zelf, het verslag van de dialoog, gehouden onder de Chatham House Rule<sup>2</sup>, en de lijst van deelnemers.

Dank van het Platform gaat ook uit naar Marin Coerts en Marie DeCock<sup>3</sup> voor hun toegewijde en zorgvuldige verzorging van het verslag van de meeting. Marie DeCock en haar collega Céline Jaspers hebben de meeting tevens online voor ons verzorgd.

Dank is daarnaast verschuldigd aan het Ministerie van Justitie en Veiligheid voor de startsubsidie voor dit door hem als uniek aangemerkte initiatief.

Wij wensen de lezer veel plezier toe bij het ontdekken van het resultaat van onze gedachtewisseling en hopen zo weer een steentje bij te dragen aan een duurzame en diepgaande kruisbestuiving tussen publiekrecht en privaatrecht. Het is van belang om te bevorderen dat wij de verhouding tussen beide beter kunnen overzien. Gelet op de vervagende grenzen tussen die gebieden hebben we daaraan allen in toenemende mate behoefte!

Namens het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog,

Lidy Wiggers-Rust, voorzitter en Steven Lierman, vice-voorzitter

---

<sup>2</sup> Wanneer een vergadering, of een deel daarvan, wordt gehouden onder de Chatham House Rule zijn de deelnemers vrij om de ontvangen informatie te gebruiken, maar noch de identiteit noch de connectie van de spreker(s), noch die van een andere deelnemer, mag worden onthuld. Het verslag van de expertmeeting is daarom geanonimiseerd (de voorzitter, auteurs-sprekers en de moderatoren vanzelfsprekend uitgezonderd). Zoals op de vergadering besproken is de lijst van deelnemers wel in de bundel opgenomen.

<sup>3</sup> Ook hun gegevens zijn in de deelnemerslijst vermeld.



## Vraagpunten

### ‘De polsstok van de beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?’

De eerste rechtspraak in Nederland over de gelding van de beginselen van behoorlijk bestuur ook bij het uitoefenen van privaatrechtelijke bevoegdheden door overheidslichamen is alweer ruim dertig jaar oud.<sup>1</sup>

Gegeven het voortgeschreden gebruik door de overheid van privaatrechtelijke instrumenten/privaatrechtelijke actoren bij de vervulling van taken van algemeen belang, is het relevant te bezien of en zo ja, in hoeverre die rechtspraak zich in de laatste decennia in Nederland en België heeft ontwikkeld.

#### Vraag 1:

*Hoe staat het intussen met de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur in het publiekrecht en het privaatrecht in Nederland en België? In hoeverre moet de overheid deze bij het uitoefenen van haar privaatrechtelijke bevoegdheden in acht nemen? Worden deze beginselen door de bestuurs- en burgerlijke rechter voor de overheid op gelijke wijze toegepast of maakt het in zoverre nog verschil of de overheid in het bestuursrecht of het privaatrecht opereert?*

#### Vraag 2:

*Dringt zich bij de beantwoording van de eerste vraag een onderscheid op tussen de materiële en de formele beginselen van behoorlijk bestuur?*<sup>2</sup>

*Als differentiatie blijkt tussen materiële en formele beginselen van behoorlijk bestuur dan wel differentiatie tussen de formele beginselen onderling, bestaat daarvoor dan een rechtvaardiging en zo ja, welke?*

---

<sup>1</sup> Vgl. Hoge Raad: HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, NJ 1987, 727 (*Amsterdam/ Ikon*) en HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9457, NJ 1987, 726 (*NGV/ Den Haag (Tolkentarieven)*).

<sup>2</sup> Vgl. voor Nederland Hoge Raad 9 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:AN6199 (*gemeente Coevorden – BV Gasfabriek en NV Rendo*). Daarin werd voor het bevoegd gezag, gegeven het privaatrechtelijk karakter van de concessieovereenkomst in kwestie, geen hoorplicht aangenomen. Zie ook Hoge Raad 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, waarin het formele rechtszekerheidsbeginsel een rol speelde bij de uitleg van erfpachtvoorwaarden. Zie voor België recente arresten van het Belgische Grondwettelijk Hof (*GwH*), namelijk het arrest nr. 2017/86 van 6 juli 2017, waarin het Hof – in het raam van het gelijkheidsbeginsel – oordeelde dat de hoorplicht voor ontslag van overheidspersoneel voor de overheid ook geldt ten aanzien van contractueel tewerkgesteld personeel. Dit geldt volgens het Hof dan weer niet voor de formele motiveringsplicht; zie arrest nr. 84/2018 van 5 juli 2018. In België bestaat ook specifieke regelgeving, waarin een hoor- en/of motiveringsplicht is opgenomen, voor geval deze zonder die wettelijke regeling niet zou bestaan.

*Speelt het Europese recht (bijvoorbeeld artikel 6 EVRM) in dit verband een rol en zo ja, welke?*

De overheid kan taken van algemeen belang zelf uitvoeren. Zij kan deze echter ook door private personen doen verrichten. Private personen zijn aan de beginselen van behoorlijk bestuur in beginsel niet gebonden.<sup>3</sup> Voor private personen gelden vanuit het privaatrecht andere vereisten, zoals bijvoorbeeld het vereiste van betamelijk/zorgvuldig handelen en de eisen van de redelijkheid en billijkheid/goede trouw.

De hypothese wordt wel geuit dat de beginselen van behoorlijk bestuur een betere bescherming bieden dan de zojuist genoemde privaatrechtelijke vereisten en dat daarom bij uitbesteding van overheidstaken sprake zou zijn van een tekort aan rechtsbescherming dat moet worden opgelost.

Vraag 3:

*Is dit zo?*

*i) Is er verschil in uitkomst als het gaat om ‘behoorlijk handelen’ in kwesties die het algemeen belang betreffen bij toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur en de genoemde privaatrechtelijke eisen en zo ja, in welke zin?*

*ii) Ondergaan genoemde privaatrechtelijke eisen als het gaat om ‘behoorlijk handelen’ invloed van het te behartigen algemeen belang en zo ja, hoe valt deze invloed te omschrijven?*

*iii) Zijn verschillen tussen privaat- en publiekrechtelijke eisen als het gaat om behoorlijk handelen, zo deze mochten blijken te bestaan, al dan niet te rechtvaardigen?*

*iv) Zo tussen die eisen niet te rechtvaardigen verschillen mochten bestaan, moet daarvoor dan – in het algemeen belang – naar een oplossing worden gezocht en gestreefd en zo ja, waaraan valt dan te denken?*

Vraag 4:

*i) Nemen private personen die taken van algemeen belang op zich nemen en daarmee opereren in het schemergebied tussen privaatrecht en publiekrecht, als het gaat om de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, nog een bijzondere positie in?*

*ii) Werken deze beginselen door naar dergelijke private actoren, bijvoorbeeld bij het gebruik van samenwerkingscontracten, beheerscontracten en/of subsidies?*

*iii) Zijn er op dit punt nog (specifieke) ontwikkelingen gaande in de functionele rechtsgebieden<sup>4</sup> en zo ja, welke zijn dit en welke is de achtergrond/herkomst ervan?*

---

<sup>3</sup> Vgl. Hoge Raad 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900, NJ 2013/572 m. nt. C.E.C. Jansen.

<sup>4</sup> Zoals bijvoorbeeld het milieurecht, het economisch recht, het aanbestedingsrecht, het onderwijsrecht en/of het gezondheidsrecht?

# De beginselen van behoorlijk bestuur bij ‘privaat bestuur’: algemene normen, gevarieerde rechterlijke toetsing en organisatorische breuklijnen?

Raymond Schlössels<sup>1</sup>

|     |                                                                                                 |    |
|-----|-------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1.  | Inleiding                                                                                       | 13 |
| 2.  | Opmerkingen vooraf en enkele begrippen                                                          | 15 |
| 2.1 | <i>Korte historische schets van de abbb in Nederland</i>                                        | 15 |
| 2.2 | <i>Publiek- en privaatrecht</i>                                                                 | 16 |
| 2.3 | <i>Privaat bestuur</i>                                                                          | 16 |
| 2.4 | <i>Rechtstreekse en indirecte toets aan de abbb</i>                                             | 18 |
| 3.  | Toepassing en rechtstreekse werking van de abbb                                                 | 23 |
| 3.1 | <i>Abbb en publiekrechtelijk rechtshandelen (het nemen van besluiten)</i>                       | 23 |
| 3.2 | <i>Abbb en feitelijk handelen van het bestuur</i>                                               | 23 |
| 3.3 | <i>Abbb en privaatrechtelijk handelen van het bestuur</i>                                       | 25 |
| 3.4 | <i>Het bestuursorgaanbegrip: gevolgen voor de normering?</i>                                    | 26 |
| 3.5 | <i>Breuklijnen in de abbb-normering</i>                                                         | 30 |
| 4   | De abbb en de poortfunctie van de redelijkheid en billijkheid                                   | 33 |
| 4.1 | Reikwijdte ‘poortfunctie’                                                                       | 33 |
| 4.2 | <i>Verschillen in normering: nogmaals rechtstreeks versus indirect</i>                          | 35 |
| 5.  | Doorwerking abbb naar semioverheden en – organisaties van – private actoren: enkele opmerkingen | 37 |
| 5.1 | <i>Het aanbestedingsdomein</i>                                                                  | 39 |
| 5.2 | <i>Het sociaal domein</i>                                                                       | 39 |
| 5.3 | <i>Het domein van de zelfregulering</i>                                                         | 40 |
| 6.  | Tot besluit                                                                                     | 42 |

---

<sup>1</sup> Raymond Schlössels is hoogleeraar staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en kantooradviseur bij Nysingh advocaten-notarissen. Hij is onder meer redacteur van het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht (NTB). De tekst van deze bijdrage is goeddeels afgerond in september 2020. Slechts incidenteel is latere informatie verwerkt.



# De beginselen van behoorlijk bestuur bij ‘privaat bestuur’: algemene normen, gevarieerde rechterlijke toetsing en organisatorische breuklijnen?

*‘Aan deze beginselen van behoorlijk bestuur, de rechtszekerheid als algemene achtergrond daaronder begrepen, zal het gebruik van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen moeten worden getoetst, zulks om der wille van de gevolgen voor de justitiabele.’<sup>2</sup>*

Raymond Schlössels

## 1. Inleiding

Het leerstuk van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb) is in Nederland al geruime tijd uitgekristalliseerd. In de handboeken<sup>3</sup> worden de verschillende beginselen uitvoerig beschreven en gesystematiseerd. De meeste aandacht gaat uit naar de toepassing van de abbb op (appellabele) besluiten van bestuursorganen. De abbb zijn echter óók rechtstreeks of indirect van toepassing op privaatrechtelijk en feitelijk handelen van het openbare bestuur. Bovendien is de vraag actueel hoe de normerende werking van deze beginselen zich (indirect) uitspreidt over verschillende semioverheden of semipublieke instellingen die op afstand staan van de ‘kernoverheid’.<sup>4</sup>

De Nederlandse bestuursrechter past de abbb vooral toe in de sfeer van de (appellabele) besluiten. Omdat de rechterlijke bevoegdheid in regel afhankelijk is van een voor beroep vatbaar ‘besluit’ (vgl. art. 8:1 Awb) biedt de bestuursrechter – uitzonderingen daargelaten – géén rechtsbescherming tegen (zelfstandig) feitelijk handelen door het bestuur en bij privaatrechtelijk overheidshandelen. Daarom is de burgerlijke rechter nog altijd in veel gevallen de aangewezen rech-

---

<sup>2</sup> B. de Goede, ‘Het gebruik van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen’, in: *Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen*, Geschriften van de vereniging voor administratief recht, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1956, p. 50.

<sup>3</sup> Bijv. H.E. Bröring, K.J. de Graaf e.a., *Bestuursrecht 1*, 6<sup>de</sup> druk, Den Haag: Boomjuridisch 2019, p. 303 e.v. en R.J.N. Schlössels/S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 329 e.v.

<sup>4</sup> Vgl. bijv. N. Jak, ‘Semipublieke instellingen en de Algemene wet bestuursrecht. De afnemende betekenis van het bestuursorgaanbegrip als sleutel tot rechtsstatelijkheid bij ontstatelijking’, in: *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid* (T. Barkhuysen, B. Marseille, W. den Ouden, H. Peters & R. Schlössels red.), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 103 e.v. Zie uitvoerig over de toepassing van de abbb bij semipublieke instellingen: N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, i.h.b. hoofdstuk 2.

ter om toepassing te geven aan de abbb. Dit is onder meer het geval wanneer privaatrechtelijke bevoegdheden van de overheid of feitelijk bestuurshandelen aan de orde zijn. De burgerlijke rechter kan de abbb dan rechtstreeks toepassen of indirect laten doorwerken via open privaatrechtelijke normen. Hierdoor *kan* de intensiteit van de toetsing verschillen met die van de bestuursrechter hoewel dit geen uitgemaakte zaak is.

De – intern-rechtsvergelijkend te toetsen – *hypothese* dat de abbb bij een rechtstreekse toets een hogere mate van bescherming bieden dan via de band van de open privaatrechtelijke normen komt hierna vanuit een *bestuursrechtelijk* perspectief<sup>5</sup> aan bod. Een tweede interessante *hypothese* is dat ‘materieel’ denken – dat wil zeggen denken vanuit de aard van de betrokken belangen, taken en bevoegdheden – de eenheid van de publiekrechtelijke normering (waaronder de abbb) en de inzichtelijkheid daarvan ten goede komt. Ook in het schemergebied tussen publiek- en privaatrecht kunnen hierdoor breukvlakken en inconsistenties in de normering worden vermeden.

Om tot een zinvolle (interne) rechtsvergelijking te komen tussen de ‘bestuursrechtelijke’ en ‘privaatrechtelijke’ rechtsbescherming wordt in paragraaf 2 eerst een blik geworpen op de historie van de abbb. Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht komt kort in beeld. Vervolgens gaat beknopt de aandacht uit naar het begrip ‘privaat bestuur’ en naar de verschillen tussen een rechtstreekse en een indirecte toetsing aan de abbb.

In paragraaf 3 staat de *rechtstreekse* bestuursrechtelijke normering van achtereenvolgens het publiekrechtelijke, feitelijke en privaatrechtelijke handelen van het bestuur door de abbb centraal. In paragraaf 4 wordt de *indirecte* werking van de abbb via privaatrechtelijke normen op hoofdlijnen belicht. Hier geldt met nadruk: dit is een blik vanuit het bestuursrecht. Civilisten kunnen dit anders zien!

In paragraaf 5 gaat ten slotte aandacht uit naar een paar bijzondere bestuursrechtelijke domeinen, waaronder het sociaal domein en de wereld van zelfregulering. Ook wordt kort stilgestaan bij het aanbestedingsrecht. Binnen dit rechtsgebied beïnvloedt een relatief ruim Unierechtelijk overheidsbegrip de toepasselijke normering. Interessant is dat de werkingssfeer van de publiekrechtelijke normering aan de hand van beginselen ruimer is dan volgt uit het perspectief van de Algemene wet bestuursrecht (die zich immers vooral richt op de bestuursorganen in nationale zin).

---

<sup>5</sup> Vanzelfsprekend kan ook vanuit het privaatrecht naar deze problematiek worden gekeken maar dat is niet de invalshoek van deze bijdrage.

## 2. Opmerkingen vooraf en enkele begrippen

### 2.1 *Korte historische schets van de abbb in Nederland*

In Nederland is de basis voor het hedendaagse *ongeschreven* publiekrecht gelegd op de drempel van de twintigste eeuw. In de periode voor de eerste wereldoorlog betrof dit vooral theorievorming in proefschriften. Dat publiekrecht meer is dan ‘wettenrecht’ was rond 1900 geen gemeengoed. Het publiekrecht werd meestal gezien als geschreven ‘uitzonderingsrecht’ ten opzichte van het algemene privaatrecht.

Maar de erkenning van de abbb – ongeschreven publiekrecht – was onvermijdelijk. De enorme toename van discretionaire bevoegdheden van het bestuur stelde het vraagstuk van de rechtsbescherming tegen de overheid op scherp. Waar de wetgever terugtreedt, kan er geen sprake zijn van een rechtsvrije ruimte voor het bestuur. Waar de wet zwijgt, heerst er geen rechteloosheid. Het gebrek aan een wettelijke normering moet dan worden ‘gecompenseerd’ door ongeschreven rechtsbeginselen.<sup>6</sup>

De erkenning van abbb door de rechter vereiste het nemen van twee hordes. Ten eerste zou de rechter deze beginselen moeten erkennen als *volwaardige rechtsnormen*. Ten tweede zou de rechter op een zodanige wijze aan deze normen moeten toetsen dat de *doelmatigheid* van het bestuur niet onaanvaardbaar in het gedrang zou komen.

In Nederland ontbrak lange tijd algemene bestuursrechtspraak. Daarom vervulde de burgerlijke rechter – met uitzondering van enkele specifieke bestuursrechtelijke terreinen – in de jaren veertig en vijftig van de vorige eeuw een belangrijke rol bij het intensiveren van de rechtsbescherming tegen de overheid. Ook de toetsing aan ongeschreven publiekrechtelijke rechtsnormen was hierbij in beeld (zie hierina). Na de Tweede Wereldoorlog werd vervolgens in de literatuur een stevige basis gelegd voor de rubricering van de abbb.<sup>7</sup> De rechtsontwikkeling kreeg in de jaren zestig een impuls in het kader van het zgn. Kroonberoep, waarna vanaf 1976 de Arob-rechtspraak zijn opwachting maakte. Deze aanvullende algemene bestuursrechtspraak<sup>8</sup> betekende veel voor de (door)ontwikkeling van de abbb.

<sup>6</sup> Er wordt wel gesproken over de ‘compensatietheorie’, die overigens geen sluitende verklaring biedt voor de hedendaagse betekenis van de abbb. Zie hierover G.M.A. van der Heijden, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en de maatschappelijke functie van de beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

<sup>7</sup> Ik volsta hier met het noemen van het bekende preadvies van Wiarda. G.J. Wiarda, ‘Algemene beginselen van behoorlijk bestuur’, *Geschriften van de vereniging voor administratief recht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1952, p. 55 e.v.

<sup>8</sup> Deze bescherming zag vooral op beschikkingen. Zie over deze wet bijv. J.G. Steenbeek & F.A.M. Stroink, *Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen*, 4<sup>de</sup> herziene druk, 's-Gravenhage: VUGA 1988.

## 2.2 *Publiek- en privaatrecht*

De 'gemene rechtsleer' die het Nederlandse overheidsprivaatrecht in belangrijke mate heeft gevormd, staat welwillend tegenover het gebruik van privaatrecht door de overheid.<sup>9</sup> Hierdoor kon dit 'algemene' recht relatief eenvoudig de positie innemen van het altijd – óók voor de overheid – geldende én beschikbare recht. In beginsel komen aan de overheidsrechtspersonen immers de privaatrechtelijke bevoegdheden toe die ook aan andere (private) rechtspersonen toekomen.<sup>10</sup> De overheid kan in beginsel als iedere eigenaar haar eigendomsrecht uitoefenen (ook ten aanzien van zaken met een publieke bestemming<sup>11</sup>), overeenkomsten sluiten en deelnemen in (andere) privaatrechtelijke rechtspersonen en deze personen tevens langs privaatrechtelijke weg oprichten.

Pas als de overheid (evident) misbruik maakt van haar privaatrechtelijke bevoegdheden of het publiekrecht – en de daarin geboden juridische mogelijkheden met bijbehorende waarborgen – op een onaanvaardbare wijze doorkruist, trekt de rechtspraak grenzen. Het borgen van de rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en consistentie stellen eveneens beperkingen aan de privaatrechtelijke mogelijkheden van de overheid.<sup>12</sup>

Tegen deze achtergrond is het niet vreemd dat het Nederlandse recht meer aandacht besteedt aan de vraag *hoe* het privaatrechtelijk overheidshandelen het beste kan worden genormeerd, dan aan de fundamentele vraag *of* de overheid wel privaatrechtelijk mag handelen. Belangrijk is dat de overheid zich in het privaatrecht niet kan onttrekken aan de normerende werking van de abbb en de grondrechten.<sup>13</sup> De toepasselijke publiekrechtelijke normering wordt gezien als 'extra' ten opzichte van de toepasselijke privaatrechtelijke normering.<sup>14</sup>

## 2.3 *Privaat bestuur*

In de titel van deze bijdrage is het begrip 'privaat bestuur'<sup>15</sup> gebruikt. Dit begrip roept vragen op. In de hoedanigheid van 'uitvoerende macht' (d.w.z. als administratie of bestuur) handelt de overheid immers altijd in het kader van haar *publiekrechtelijke* functie. Wat wordt dan in deze bijdrage bedoeld met 'privaat bestuur'?

<sup>9</sup> Zie P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 19 e.v., p. 24.

<sup>10</sup> Zie het klassieke standaardarrest HR 26 januari 1990, AB 1990, 408 m.nt. G.P. Kleijn (Windmill).

<sup>11</sup> Vgl. G.A. van der Veen, *Openbare zaken* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

<sup>12</sup> Vgl. bijv. meer recent HR 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:890 (kostenverhaal fiscale fraude).

<sup>13</sup> Zie over deze 'gemengde rechtsleer' Huisman/Van Ommeren 2019, p. 28 e.v.

<sup>14</sup> Bijv. Van der Veen 1997, p. 362.

<sup>15</sup> Vgl. ook de titel van de VAR-preadviezen uit 2008 (VAR-reeks 140)



Op de eerste plaats gaat het om de situatie waarin het bestuur zich bedient van bevoegdheden die zijn ontleend aan het privaatrecht. Deze bevoegdheden komen naar positief recht toe aan de overheidsrechtspersonen (zie art. 2:1 juncto art. 2:5 BW). Het (vermogensrechtelijke) *handelingsperspectief*<sup>16</sup> van de overheid staat hier centraal. Te denken valt aan een gemeente die een overeenkomst (bijv. inzake de verkoop bouwgrond) sluit met een burger of aan de overheid die als rechtspersoon een eigendomsbevoegdheid uitoefent (bijv. een gemeente die een bepaald gemeentelijk bos afsluit).<sup>17</sup>

Het begrip ‘privaat bestuur’ ziet daarnaast op het *organisatieperspectief*. Het Nederlandse bestuur is primair georganiseerd in organen die functioneren binnen de kaders van (Grondwettelijke) openbare lichamen (denk bijv. aan de organen van de Staat, de provincies de gemeenten en de waterschappen). Deze lichamen zijn rechtspersonen. De organen van deze lichamen zijn bestuursorganen in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (art. 1:1 lid 1 aanhef en onder a Awb). In Nederland wordt daarom gesproken over ‘a-organen’.

Daarnaast zijn er diverse andere door de wetgever krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen (vgl. art. 2:1 lid 2 BW) waaraan een deel van de overheids-taak is opgedragen. Ook deze rechtspersonen bieden een samenhangend kader voor het functioneren van bestuursorganen. Er zijn talrijke voorbeelden van bestuursorganen die niet behoren tot een ‘regulier’ (Grondwettelijk) openbaar lichaam. Ter illustratie wordt gewezen op de organen van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers. Deze Dienst heeft op basis van de instellingswet rechtspersoonlijkheid en een afgebakende publieke taakopdracht. De rechtspersoon is ingesteld krachtens publiekrecht en heeft een bestuur en een raad van toezicht (zie art. 2 en 3 Organisatiewet Kadaster). Iets soortgelijks geldt voor het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (Uwv) dat in Nederland is belast met het uitvoeren van uitkeringen in de sfeer van ziekte, arbeidsongeschiktheid en werkloosheid. Dit instituut is eveneens een rechtspersoon ingesteld krachtens publiekrecht. Het heeft als organen een Raad van bestuur (zie art. 2 en 6 Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen). In beide gevallen gaat het om bestuursorganen in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (art. 1:1 aanhef en onder a Awb). Ook dit zijn dus ‘a-organen’.

Een meer perifeer gedeelte van het Nederlandse openbaar bestuur is vervolgens georganiseerd via (de organen van) reguliere ‘privaatrechtelijke’ rechtspersonen.

<sup>16</sup> Het vermogensrechtelijk relevante gedrag van het openbare bestuur omvat natuurlijk ook *nalaten*. Een voorbeeld betreft een gemeente die een gevaarlijke situatie op de openbare weg onvoldoende markeert en geen of te weinig voorzorgsmaatregelen treft. Dit ‘feitelijk’ nalaten door het bestuur wordt in Nederland in beginsel beoordeeld aan de hand van de reguliere civielrechtelijke eisen van de onrechtmatige daad.

<sup>17</sup> Vgl. bijv. ABRvS 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:716, *JB* 2020/88 m.nt. J.A.F. Peters (*Beusebos Purmerend*).

Ook hier kan er sprake zijn van een bestuursorgaan: het zgn. 'b-orgaan' (vgl. art. 1:1 lid 1 aanhef onder b Awb). Dit type orgaan (een persoon of college) oefent per definitie 'openbaar gezag' uit. Zo valt te denken aan (het bestuur van) een stichting of een vennootschap die een wettelijk toegekende bestuursbevoegdheid uitoefent. Een standaardvoorbeeld betreft de stichting Autoriteit Financiële markten (AFM) die op grond van de wet onder meer gedragstoezicht houdt op financiële markten en die beschikt over bestuursrechtelijke (handhavings)bevoegdheden. Een voorbeeld van geheel andere aard is een garagebedrijf dat als besloten vennootschap (BV) periodieke autokeuringen verricht en in zoverre eveneens openbaar gezag uitoefent.

Gelet op het onderwerp van deze bijdrage is dit bestuur in een 'privaat jasje' van bijzonder belang. Dit bestuur bevindt zich in het schemergebied tussen publiek- en privaatrecht. Zolang er op basis van een wettelijke bevoegdheid besluiten worden genomen is het beeld helder. Er is dan voor de rechter geen reden de publiekrechtelijke normering (waaronder de abbb) anders in te vullen dan bij de reguliere bestuursorganen (de a-organen).

Maar hoe moet bijvoorbeeld een private rechtspersoon die géén specifieke (wettelijke) bestuursbevoegdheid uitoefent, maar die wél – al dan niet op basis van gehele overheidsfinanciering – handelt in het publieke belang worden gekwalificeerd? En wat betekent dit dan voor de publiekrechtelijke normering van het handelen van deze persoon of diens organen? De beantwoording van de vraag of de abbb hier rechtstreeks van toepassing zijn is naar Nederlands recht in dit geval vergaand afhankelijk van, en in ieder geval verweven met het antwoord op de vraag of we te maken hebben met 'bestuur' (d.w.z. 'bestuursorganen') in de zin van de Awb.

Naar Nederlands recht is nog geen sprake van 'bestuur' op de grond dat de overheid een substantieel of meerderheidsbelang heeft in een rechtspersoon, ook al zou die persoon – materieel beschouwd – onmiskenbaar een publieke taak uitoefenen of (overwegend) in het algemeen belang handelen. Dit uitgangspunt heeft onder meer tot gevolg dat allerlei vennootschappen waarin de overheid (aandelen)belangen heeft niet (rechtstreeks) aan de normerende werking van de abbb zijn onderworpen.

#### 2.4 *Rechtstreekse en indirecte toets aan de abbb*

De Nederlandse rechter – zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter – neemt het handelen en nalaten van het bestuur in diverse gevallen *rechtstreeks* de maat aan de hand van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb). Dit is wat de bestuursrechter bijvoorbeeld doet als hij een appellabel besluit toetst aan de deze beginselen.

In de inleiding is de hypothese geformuleerd dat indien de rechter rechtstreeks oordeelt aan de hand van de abbb dit vanuit publiekrechtelijk oogpunt het hoog-

ste beschermingsniveau oplevert. Met een algemene uitspraak over ‘het’ beschermingsniveau dat ‘de’ rechter op basis van ‘de’ abbb al dan niet realiseert begeeft men zich echter snel op glad ijs. Interne rechtsvergelijking kan hier meer licht laten schijnen. Hoe een abbb in een rechterlijke toets tot zijn recht komt is namelijk van veel factoren afhankelijk: de aard, inhoud en omvang van het geding bij de rechter, de specifieke omstandigheden van het geval, de aard van de betrokken bestuursbevoegdheid, de mate van specialisatie van een rechter en de wijze waarop een rechter een rechtsbeginsel uitwerkt en (gemotiveerd) toepast.

#### 2.4.1 *Rechtstreekse toetsing aan de abbb door de bestuursrechter (algemeen)*

De abbb behoren tot het bestuursrecht. Daarom is het een logische gedachte dat de bestuursrechter bij uitstek de aangewezen rechter is om deze rechtsnormen te ontwikkelen en toe te passen. Ook is het verleidelijk om de wijze van toetsing door de bestuursrechter dan aan te houden als gouden standaard.

Toch is nuancering van belang. Er is immers niet één bestuursrechter<sup>18</sup>, bestuursrechtelijke geschillen zijn zeer divers van aard en de bestuursrechter heeft geen monopolie op de toepassing van de abbb. De burgerlijke rechter is eveneens actief op dit gebied. Hij heeft in het verleden zelfs belangrijk werk verzet wat betreft de toetsing aan rechtsnormen die in nauw verband staan met de huidige abbb. Het bekendste voorbeeld is misschien wel de ontwikkeling van de toetsing aan het verbod van willekeur.<sup>19</sup>

Gelet op de grote diversiteit aan bestuursrechtelijke geschillen (bijv. wél of geen discretie, wél of geen betrokken belangen van derden etc.) en de werkwijze van de verschillende rechterlijke instanties zal slechts globaal kunnen worden aangegeven hoe ‘de’ bestuursrechter aan de abbb toetst. Zo zijn er verschillen tussen de geschilbeslechting op het terrein van de sociale zekerheid en het ordenende bestuursrecht. Het belastingrecht kent zijn eigen cultuur en de mate van verplechting tussen nationaal en Unierecht is eveneens van invloed op de toepassing van rechtsbeginselen. De factoren die verschil maken zijn talrijk.

Vanuit het bestuursprocesrecht<sup>20</sup> zijn echter enkele observaties mogelijk. De eerste observatie is dat de bestuursrechter appellabele besluiten rechtstreeks

<sup>18</sup> De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State fungeert in Nederland als algemene hoogste bestuursrechter. Daarnaast zijn belangrijke (hoogste) bestuursrechtelijke colleges de Centrale Raad van Beroep (o.m. sociale zekerheid) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (economisch bestuursrecht). Ook de belastingrechtspraak met aan de top de Hoge Raad verdient vermelding.

<sup>19</sup> Zie i.h.b. het klassieke arrest over de Doetinchemse woonruimtevoorzetting. HR 25 februari 1949, *NJ* 1949, 558.

<sup>20</sup> Zie over de karakteristieken van het bestuursprocesrecht in algemene zin Schlössels/Schutgens/Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* 2, Deventer: Wolters Kluwer 2019 hoofdstuk 23 en 24. Zie over de omvang van het geding en de aanvulling van rechtsgronden i.h.b. p. 307 e.v.

toetst aan de abbb. Hij beoordeelt de conformiteit van een besluit met een abbb niet via de 'sluis' van een andere rechtsnorm (zie hierna). Bij een gegrondverklaring van het beroep vermeldt de rechter in zijn uitspraak het geschonden rechtsbeginsel (art. 8:77 lid 2 Awb). Het bestuursprocesrecht kent verder geen regels over de wijze waarop aan de abbb wordt getoetst. De rechterlijke instanties vinden hier hun weg. Soms is de toetsing zeer beknopt, soms uitvoerig gemotiveerd. In standaarduitspraken waarin een specifiek abbb centraal staat kan de gedetailleerdheid van een bespreking in het belang van de rechtsvorming uiteraard zeer aanzienlijk zijn.<sup>21</sup> Verder is de volgorde in de regel zo dat de rechter ingaat op specifieke abbb na een toetsing aan algemeen verbindende voorschriften en fundamentele rechten.

De bestuursrechter – een tweede observatie – toetst niet ambtshalve aan de abbb. Hij past deze beginselen toe in het kader van het leerstuk van de aanvulling van rechtsgronden. Dit wil zeggen dat hij het recht – waaronder de abbb – toepast op het geschil dat aan hem is voorgelegd. Uitzonderingen daargelaten<sup>22</sup>, toetst de bestuursrechter niet ambtshalve aan het recht. De omvang van het geschil volgt uit het aangevallen besluit, de beroepsgronden en het rechterlijke onderzoek daaromtrent (vgl. art. 8:69 lid 1 en 2 Awb). Het geschil moet in ieder geval aanleiding geven om de abbb toe te passen. Een appellant dient zijn beroep daartoe met concrete feiten en omstandigheden te onderbouwen. Pas dan kan en zal een toepassing van een specifiek abbb met voldoende scherpte plaatsvinden.

De scherpte van de toepassing van de abbb door de bestuursrechter is dus verweven met de bewijsrechtelijke dimensie van het procesrecht. Wie zich beroept op een schending van het vertrouwensbeginsel door een toezegging, zal bijvoorbeeld feiten moeten aandragen waaruit de aard en inhoud van de toezegging blijkt. Van een bestuursorgaan mag in het algemeen worden verwacht dat het een besluit zorgvuldig voorbereidt. Maar bij de beoordeling van een mogelijke schending van het zorgvuldigheidsbeginsel zal de rechter daarnaast óók kijken naar eventuele informatielasten van een aanvrager (vgl. bijv. art. 4:2 lid 2 Awb).

De toetsing aan de abbb door de bestuursrechter heeft sinds de eeuwwisseling invloeden ondergaan van een uitgesproken streven naar tijdige rechtspraak, definitieve geschilbeslechting en subjectivering<sup>23</sup> van het procesrecht. Waar in het verleden vaak vernietigingen van besluiten op formele gronden aan de orde waren (bijv. motiveringsgebreken) wordt tegenwoordig veel intensiever ge-

<sup>21</sup> Een mooi voorbeeld over het vertrouwensbeginsel in het omgevingsrecht biedt ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, AB 2019/302 m.nt. L.J.A. Damen (*dakterras Amsterdam*)

<sup>22</sup> Denk aan zgn. *bepalingen van openbare orde* (betreffende bevoegdheid en ontvankelijkheid).

<sup>23</sup> De ambtshalve 'controlerende' functie van de bestuursrechter is teruggedrongen. Het perspectief van de appellant en diens belangen is belangrijker geworden.

streeft naar een finale afdoening. Hiermee wordt voorkomen dat geschillen na een ‘formele’ vernietiging van een besluit ter reparatie terugvallen op het bestuurlijke niveau. In de sfeer van de toepassing van de formele beginselen van behoorlijk bestuur heeft dit een aantal gevolgen: het passeren van de schending van een gebrek (art. 6:22 Awb) kan eerder aan de orde zijn en er zijn mogelijkheden voor bestuursorganen om gebreken in het kader van bijvoorbeeld een informele of formele ‘bestuurlijke lus’ te herstellen<sup>24</sup> terwijl de zaak nog onder de rechter is. Niet onbelangrijk is ten slotte dat de schending van een *formeel* abbb in beginsel de vernietiging van een besluit niet kan dragen indien niet mede een onderliggende materiële norm is geschonden die een beschermende werking heeft. Dit volgt uit het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste (art. 8:69a Awb).

#### 2.4.2 *Publiekrechtelijke sluisformule*

Een rechter kan de abbb ook *indirect* toepassen. De beginselen werken dan door via (een) andere rechtsnorm(en) die een *poort- of sluisfunctie* vervult. Ik geef drie voorbeelden.

In het verleden toetste de burgerlijke rechter – bij afwezigheid van een bestuursrechter – (discretionaire) bestuursbesluiten<sup>25</sup> niet rechtstreeks aan de abbb. Anders dan bij een gespecialiseerde bestuursrechter ontbrak daartoe – naar werd aangenomen – de bevoegdheid. De Hoge Raad hanteerde de zgn. sluis- of Landsmeerformule.<sup>26</sup> Deze formule stond slechts toe dat de beginselen van behoorlijk bestuur een rol spelen bij de overkoepelende vraag of een bevoegd bestuursorgaan in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen (‘verbod van willekeur’). De sluisformule heeft een wat diffuse, afstandelijke toets aan de abbb tot gevolg.

Deze afstandelijke wijze van toetsing was later ook lange tijd de norm bij het (rechtstreeks<sup>27</sup>, dan wel exceptief) toetsen van algemeen verbindende voor-

<sup>24</sup> Zie art. 8:51a Awb. Het bieden van een (formele) herstelmogelijkheid vereist een *tussenuitspraak* waarin de rechter zoveel mogelijk vermeldt op welke wijze het gebrek kan worden hersteld (art. 8:80a lid 1 en 2 Awb).

<sup>25</sup> De Nederlandse burgerlijke rechter hanteert sinds 1915 consequent een zeer ruime bevoegdheid om van bestuursrechtelijke geschillen kennis te nemen. Zo toetste hij bij afwezigheid van een bestuursrechtelijke rechtsgang in het verleden ook beschikkingen. Zodra er echter beroep openstaat op een bestuursrechter (dat is tegenwoordig bij beschikkingen in de regel het geval) geeft hij via de ontvankelijkheidsleer voorrang aan de bestuursrechtelijke rechtsgang en sluit hij ook inhoudelijk aan bij oordelen van de bestuursrechter. Zie uitvoerig over de rol van de burgerlijke rechter: R.J.N. Schlössels, M.W.C. Feteris e.a., *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

<sup>26</sup> HR 4 januari 1963, AB 1963, 603 m.nt. St. (*Landsmeer*).

<sup>27</sup> Door de burgerlijke rechter omdat naar Nederlands recht *rechtstreeks* beroep tegen een algemeen verbindend voorschrift bij de bestuursrechter in de regel niet mogelijk is (zie

schriften (avv).<sup>28</sup> Hoewel zich in dit verband geleidelijk een tendens aftekende om vaker direct te toetsen aan de abbb, heeft de bestuursrechter pas in de zgn. 1-juli-uitspraken van 2019 de koers duidelijk bijgesteld.<sup>29</sup> De toetsingsintensiteit is volgens deze uitspraken afhankelijk van de bestuurlijke beslissingsruimte en de impact van een avv op fundamentele rechten, terwijl een schending van het formele zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel als zodanig geen onverbindend-verklaring van het gehele avv kan rechtvaardigen. Zo bezien wordt er met het oog op de gevolgen van toetsing nog een verschil gemaakt tussen de schending van formele en inhoudelijke abbb.

#### 2.4.3 Doorwerking via een privaatrechtelijke basisnorm

Een tweede voorbeeld van indirecte toepassing van de abbb betreft de doorwerking in vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen die worden beheerst door de redelijkheid en billijkheid. In deze verhoudingen spelen de abbb, alsmede de positie van de overheid en publieke belangen bijvoorbeeld een rol bij de uitleg van overeenkomsten. Ook spelen ze een rol bij de zgn. beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 en 2 BW). Deze algemene privaatrechtelijke normen kunnen zo publiekrechtelijk worden ingeleurd. Iets vergelijkbaars geldt voor de onrechtmatige overheidsdaad waar de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm kan worden ingevuld met de abbb (zie hierna). Het betreft hier bekende materie. Geruime tijd geleden merkte Scheltema de doorwerking van de abbb via open normen in het privaatrecht al aan als een 'vrij constante factor'.<sup>30</sup>

---

art. 8:3 lid 1 aanhef onder a Awb). Zie o.m. HR 16 mei 1986, AB 1986, 574 m.nt. PvB (Landbouwvliegers).

<sup>28</sup> De bestuursrechter(s) kan (kunnen) algemeen verbindende voorschriften dus wel 'indirect' toetsen in die zin dat ze dit voorschrift kunnen toetsen in een procedure die is gericht tegen een voor beroep vatbaar besluit (bijv. een vergunning) dat op dat voorschrift is gebaseerd.

<sup>29</sup> Het was de Centrale Raad van Beroep die eerst een nieuwe lijn trok. Zie o.m. CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016. Een en ander hing al langer in de lucht naar aanleiding van de conclusie van Advocaat-Generaal Widdershoven (ECLI:NL:RVS:2017:3557). Vgl. ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452. Zie in dit verband ook de eerste expertmeeting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog 'Naar een eenvoudige(r) toetsing? *Maten en gewichten bij omvang, intensiteit en resultaat van rechterlijk toetsen van bestuurshandelen in publiek- en privaatrecht*' en de papers daarvan op de website [www.recht-in-dialoog.eu](http://www.recht-in-dialoog.eu). Zie verder J.C.A. Aarts & L.A. van Heusden, 'Exceptieve toetsing: over operationalisering van toetsing aan het evenredigheidsbeginsel', *NTB* 2020/72, p. 181 e.v.

<sup>30</sup> M.W. Scheltema, 'Doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht in drievoud', *Vermogensrechtelijke Analyses* 2009 (6) 2, p. 49 e.v., p. 56.

#### 2.4.4 *Reflexwerking en domeinspecifieke beginselen*

Een derde en laatste voorbeeld van indirecte werking van abbb – die overigens meestal niet als ‘indirect’ wordt opgevat – betreft de reflectie van *algemene* beginselen van behoorlijk bestuur in (andere) rechtsbeginselen die *domeinspecifiek* zijn. Een voorbeeld bieden de beginselen van behoorlijk aanbestedingsrecht die voor een belangrijk deel van Unierechtelijke oorsprong zijn. Deze beginselen normeren het aanbesteden van overheidsopdrachten, óók in situaties waarin er van rechtstreekse werking van de ‘algemene’ beginselen van behoorlijk bestuur geen sprake is. Zie nader paragraaf 5.1.

### 3. **Toepassing en rechtstreekse werking van de abbb**

#### 3.1 *Abbb en publiekrechtelijk rechtshandelen (het nemen van besluiten)*

De abbb zijn slechts gedeeltelijk gecodificeerd in de Algemene wet bestuursrecht. Naast de wettelijke uitwerking van een beginsel blijft het corresponderende ongeschreven beginsel relevant. Appellabele besluiten worden – voor zover het geschil daar aanleiding toe geeft (zie hiervoor) – door de bestuursrechter rechtstreeks aan de abbb getoetst. Ook andere besluiten, zoals algemeen verbindende voorschriften (avv) die afkomstig zijn van het bestuur (ook wel ‘bestuurswetgeving’ genaamd), worden genormeerd door, en getoetst aan de abbb. In Nederland zijn deze wettelijke voorschriften niet voor rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter vatbaar (art. 8:3 lid 1 onder a Awb).<sup>31</sup> De bestuursrechter kan een avv in de regel alleen *exceptief* toetsen in het kader van een beroep tegen een (ander) appellabel besluit. Daarnaast is de burgerlijke rechter bevoegd om op grond van onrechtmatige daad een avv te beoordelen. Op welke wijze – direct of indirect via een sluisformule – de rechter een avv aan (bepaalde) abbb moet toetsen is in Nederland sinds jaar en dag onderwerp van discussie geweest. Recent lijkt er weer schot in de zaak te zitten (zie hiervoor onder 2.4.2). De problematiek blijft hier verder rusten.

Hoofdregel is dat het *publiekrechtelijke rechtshandelen* van bestuursorganen (kort gezegd: het nemen van besluiten) rechtstreeks aan de eisen van de abbb moet voldoen.

#### 3.2 *Abbb en feitelijk handelen van het bestuur*

Hoe zit het met de (rechtstreekse) toepasselijkheid van de abbb op het feitelijk handelen van het bestuur? Het feitelijk handelen van het bestuur – ook van het ‘private bestuur’ – is divers. Te denken valt aan feitelijke werkzaamheden aan de infrastructuur (bijv. de aanleg, het onderhoud en de reconstructie van wegen,

---

<sup>31</sup> En dit heeft stevast kritiek ontmoet. Zie bijv. R. Schutgens, ‘Rechtsbescherming tegen algemene regels: tijd om de Awb te voltooiën’, in: *Algemene regels in het bestuursrecht*, VAR-reeks 158, Den Haag: Boomjuridisch 2017, p. 95 e.v.

dijken, bruggen), fysiek optreden door de politie, aan allerlei vormen van informatieverstrekking en aan beslissingen die geen concreet rechtsgevolg bewerkstelligen (bijv. het vaststellen van een groenbeheerplan of een plan voor de straatverlichting).

De Algemene wet bestuursrecht kent in artikel 3:1 lid 2 een schakelbepaling die op 'andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten' de afdelingen 3:2 tot en met 3:4 van overeenkomstige toepassing verklaart, voor zover de aard van de handeling zich daartegen niet verzet. Naar algemeen wordt aangenomen vallen onder deze 'andere handelingen' zowel de feitelijke als – ik meld dit hier al – de privaatrechtelijke handelingen van 'het bestuur'.

De strekking van deze Awb-schakelbepaling is beperkt. De bepaling ziet naar de letter van de wet op *bestuursorganen*<sup>32</sup>, dus op 'bestuur' in de zin van artikel 1:1 lid 1 Awb. Verder is van belang dat de schakelbepaling in de Awb slechts betrekking heeft op een beperkt aantal (aspecten van) abbb. De eisen van zorgvuldigheid en belangenafweging zijn hiervan de belangrijkste.

De toepassing van de (geschreven en ongeschreven) abbb op feitelijk handelen van het bestuur is in Nederland in belangrijke mate het domein van de burgerlijke rechter. Deze rechter heeft de neiging om de beoordeling van het handelen te benaderen via de algemene privaatrechtelijke normen, zodat de abbb hier indirect doorklinken.<sup>33</sup>

Een goed voorbeeld betreft de overheidsaansprakelijkheid voor het verstrekken van onjuiste informatie. Hier speelt de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm een belangrijke rol.<sup>34</sup> Via deze open norm klinken diverse gezichtspunten door. In dit verband zijn onder meer de eisen van rechtszekerheid, vertrouwen, belangenafweging en zorgvuldigheid in beeld.<sup>35</sup> Ook op andere terreinen van de overheidsaansprakelijkheid wordt de zorgvuldigheidsnorm toegepast en klinken de eisen van de abbb door.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> De complicatie dat bestuursorganen – zijnde juridische ambten – als zodanig niet feitelijk handelen wordt nauwelijks geïdentificeerd. In de rechtspraak gaat het uiteraard om het feitelijk handelen van de (ambtelijke) medewerkers die werkzaam zijn ten behoeve van de bestuursorganen en – zo voeg ik daaraan toe – ten behoeve van het handelen van de rechtspersonen ingesteld krachtens publiekrecht.

<sup>33</sup> De burgerlijke rechter kan echter ook via art. 3:14 BW *rechtstreeks* toepassing geven aan de abbb indien en voor zover aan de toepassingseisen van deze bepaling is voldaan. Genoemd artikel komt hierna nog ter sprake in verband met het privaatrechtelijk overheids-handelen.

<sup>34</sup> Hierover S.A.L. van de Sande, *Overheidsaansprakelijkheid voor het verstrekken van onjuiste informatie* (proefschrift Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, hoofdstuk 4.

<sup>35</sup> HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0219 (*'s-Hertogenbosch/Van Zoggel*)

<sup>36</sup> Naar hedendaags Nederlands recht kan de overheid de maat worden genomen aan de hand van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Bekend is de rechtspraak over gevaarzetting en waarschuwingplichten, die overigens lang niet altijd specifiek op de over-



33 *Abbb en privaatrechtelijk handelen van het bestuur*

De beoordeling van het privaatrechtelijk handelen van de overheid is in Nederland in de regel het domein van de ‘burgerlijke’ rechter. Een van de kernvragen van de interne rechtsvergelijking op dit gebied is of, en zo ja in hoeverre en met welke intensiteit, dit handelen door de burgerlijke rechter de maat wordt genomen aan de hand van de abbb?

Het wonderlijke is dat men naar deze vraag kan kijken vanuit een bestuursrechtelijk én een privaatrechtelijk perspectief. Immers de burgerlijke rechter die privaatrechtelijk overheidshandelen de maat neemt kan men enerzijds louter beschouwen vanuit zijn formele functie als burgerlijke rechter, maar anderzijds kan men hem constitutioneel en historisch ook zien als *bestuursrechter-plaatsvervanger*. Dit wordt vaak uit het oog verloren. Het ruime Grondwettelijke competentiestelsel (art. 112 lid 1 en 2 GW) positioneert hem in ieder geval als algemeen bevoegde rechter voor zover de beslechting van een (bestuursrechtelijk) geschil door de wet niet aan een andere rechter is opgedragen.

In de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw heeft de Hoge Raad<sup>37</sup> in een serie standaardarresten aanvaard dat het privaatrechtelijk overheidshandelen *rechtstreeks* mag worden getoetst aan de abbb. In beginsel wordt hierbij géén onderscheid gemaakt tussen privaatrechtelijke rechtsverhoudingen die wél of juist niet door de redelijkheid en billijkheid worden beheerst, tussen meerzijdige en eenzijdige (eigendomsrechtelijke) rechtshandelingen, tussen geschreven en ongeschreven abbb en evenmin tussen materiële en formele beginselen. Huisman en van Ommeren nemen dit in hun recente handboek *uitdrukkelijk* aan.<sup>38</sup> Ik heb geen reden om aan hun conclusie te twijfelen.

Althans, er is geen onderscheid *in theorie*. De praktijk is weerbarstig. Bij de toetsing aan de abbb kunnen er namelijk diverse (graduele) verschillen optreden, ook al omdat de burgerlijke rechter minder gespecialiseerd is in de operationalisering van de abbb dan de bestuursrechter. Verder kan het zo zijn dat aan een basisbeginsel wordt getoetst (bijv. het zorgvuldigheidsbeginsel), maar dat een specifieke uitwerking van een beginsel (bijv. een formele hoorplicht<sup>39</sup>) géén toepassing vindt.

---

heid ziet maar zeer goed toepasbaar is op haar beheeractiviteiten ten aanzien van het publiek domein. Vgl. bijv. HR 27 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0344, *NJ* 1989, 29, (*Veenbroei*), HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC 0549, *NJ* 1993/547 (*Bussluis*) en HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, *NJ* 2005, 105, (*Jetblast*).

<sup>37</sup> HR 27 maart 1987, *AB* 1987/273, m.nt. F.H. van der Burg (Amsterdam/Ikon), HR 24 april 1992, *NJ* 1993/232, m.nt. Scheltema (Zeeland/Hoondert) en HR 9 april 1999, *NJ* 2000/219, m.nt. M. Scheltema (*Coevorden – BV Gasfabriek*).

<sup>38</sup> Zie Huisman & Van Ommeren 2019, p. 481-483.

<sup>39</sup> De bestuursrechtelijke hoorplichten worden vooral gezien als uitwerkingen van het zorgvuldigheidsbeginsel. Pas tamelijk recent lijken onder invloed van het Unierecht ook

Een voorbeeld biedt het arrest Coevorden/Gasfabriek.<sup>40</sup> In deze zaak beëindigde de gemeente Coevorden een langdurige concessieovereenkomst door middel van een opzegging. De concessie zag (onder meer) op het recht van BV Gasfabriek (een plaatselijke gasleverancier) tot het hebben, onderhouden en gebruiken van gasleidingen in de gemeentegrond. De gemeente Coevorden kwam tot een eenzijdige beëindiging van de concessieafpraak omdat men wilde overstappen op een horizontaal geïntegreerde energievoorziening. BV Gasfabriek kon deze niet bieden. Alternatieven waren onderzocht en BV Gasfabriek was al geruime tijd van te voren op de hoogte gebracht van de plannen.

Uit het arrest volgt onder meer dat het zorgvuldigheidsbeginsel op de opzegging van toepassing is, maar dat dit niet betekent dat de gemeente de contractspartner BV Gasfabriek *onder de gegeven omstandigheden* formeel vooraf had moeten horen om aan de zorgvuldigheidseisen te kunnen voldoen. De Hoge Raad zegt niet dat de overheid bij het opzeggen van een privaatrechtelijke overeenkomst nooit hoeft te horen. In casu lijkt vooral van belang te zijn geweest dat het horen geen toegevoegde waarde had omdat de betrokken feiten en belangen voldoende inzichtelijk waren en de beëindiging van de overeenkomst niet als een donderslag bij heldere hemel kwam.

#### 3.4 *Het bestuursorgaanbegrip: gevolgen voor de normering?*

De rechtspraak van de Hoge Raad over de rechtstreekse toetsing van privaatrechtelijk overheidshandelen aan de abbb staat in verband met artikel 3:14 BW. Deze bepaling luidt:

*'Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht.'*

Het *subject* van de bepaling ('iemand') is niet direct duidelijk. Aan de hand van de parlementaire geschiedenis geeft Langemeijer in zijn conclusie bij het hierna te bespreken arrest RZG/ComforMed een uiteenzetting. Hij wijst erop<sup>41</sup> dat de bepaling van oorsprong (in de oorspronkelijke ontwerpen) niet was beperkt tot de (bestuursorganen van de) overheid. Bekend is het voorbeeld van de particuliere eigenaar van een dijk die een publiekrechtelijke beperking van zijn eigendomsrecht moet dulden in verband met de publieke functie van de dijk.<sup>42</sup> In dit verband is het denkbaar dat particulieren zich gelet op de publieke functie van hun eigendom in bijzondere gevallen ook aan (bepaalde) publieke beginselen moeten houden.

---

waarborgaspecten (bijv. hoor en wederhoor) een rol te spelen die terugvoeren op andere beginselen (bijv. het verdedigingsbeginsel).

<sup>40</sup> HR 9 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:AN6199, AB 2000/36 m.nt. Th.G. Drupsteen; NJ 2000/2019 m.nt. M. Scheltema.

<sup>41</sup> ECLI:NL:PHR:2003:AF2830. Zie onder punt 3.3. e.v. van de conclusie.

<sup>42</sup> HR 12 januari 1923, NJ 1923 blz. 307, W 11060 (*Schielandse Hooge Zeedijk*).

In Nederland is dit omstreden materie. Zo verwierp Zijlstra<sup>43</sup> naar aanleiding van het rapport ‘De toekomst van de rechtsstaat’<sup>44</sup> van de Wetenschappelijke raad voor het overheidsbeleid indertijd de gedachte dat particuliere organisaties die een ‘publieke taak’ uitoefenen – nog afgezien hoe men die taak dan vaststelt – om die reden aan de abbb zouden zijn onderworpen. Een uit te oefenen ‘publieke taak’ in het maatschappelijk veld maakt nog geen overheid. In de literatuur en de rechtspraak over artikel 3:14 BW is de focus tegenwoordig gericht op het overheidsbegrip. Jak wijst er uitdrukkelijk op dat de uiteindelijke bepaling niet de bedoeling heeft particulieren aan de abbb te binden.<sup>45</sup>

De vraag is welk overheidsbegrip in het kader van artikel 3:14 BW wordt gehanteerd? Het al genoemde arrest RZG/ComforMed<sup>46</sup> is hier nog steeds richtinggevend. De casus ziet op een aanbesteding door een ziekenfonds (RZG). Totdat in 2006 in Nederland de zgn. basisverzekering ziektekosten<sup>47</sup> werd ingevoerd was de verzekering tegen ziektekosten in handen van ziekenfondsen (vgl. in België de mutualiteiten) en particuliere ziektekostenverzekeraars. Een van de vragen die rees was of het ziekenfonds bij de inkoop (en het aanbesteden) van medische hulpmiddelen (rechtstreeks) gebonden was aan de abbb? De vraag speelde tegen de achtergrond van een door het bedrijf ComforMed misgelopen leveringscontract. Het Hof meende dat de abbb van toepassing waren en wees op artikel 3:14 BW. Het redeneerde *materieel* en baseerde zich op het specifieke doel van ziekenfondsen om te voorzien in behoeften van algemeen belang en op het feit dat ziekenfondsen in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd.<sup>48</sup> De Hoge Raad etaleerde vervolgens in cassatie een staaltje juridische scherpslijperij. Bij de beoordeling van het middel betreffende de binding aan de abbb stelde hij het bestuursorgaanbegrip van de Algemene wet bestuursrecht voorop (r.o. 3.4.2.). Het ziekenfonds (een privaatrechtelijke rechtspersoon) was in ieder geval geen ‘a-orgaan’. De mogelijkheid die dan resteert, is artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb (‘b-orgaan’). Volgens de Hoge Raad oefende het ziekenfonds bij het inkopen van medische hulpmiddelen echter geen publiekrechtelijke bevoegdheid uit. Er was geen sprake van een bestuursorgaan. Via die route kwamen de abbb dus niet in beeld. Daarna wordt het interessant, maar niet glashelder. De Hoge Raad overwoog namelijk:

---

<sup>43</sup> Zie S.E. Zijlstra, ‘Publieke taak’ en de democratische rechtsstaat’, in: *De publieke taak* (Staatsrechtconferentie 2002 VU Amsterdam; J.W. sap, B.P. Vermeulen & C.M. Zoethout red.), Deventer: Kluwer 2002, p. 75.

<sup>44</sup> Den Haag: Sdu 2002.

<sup>45</sup> Jak 2014, p. 93.

<sup>46</sup> HR 4 april 2003, AB 2003/365 m.nt. F.J. van Ommeren (RZG/ComforMed).

<sup>47</sup> Die wordt uitgevoerd door particuliere verzekeraars.

<sup>48</sup> Volgens Langemeijer in de aangehaalde conclusie een te zwakke basis om het privaatrechtelijk contracteren van het ziekenfonds aan de abbb te binden. Zie onder punt 3.9.

*'Het Hof heeft zijn oordeel dat RZG gebonden is aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur – in het licht van het hiervoor in 3.4.2 overwogene terecht – niet doen steunen op het in art. 1:1 Awb bepaalde, doch het heeft daarvoor bepalend geacht dat ziekenfondsen als specifiek doel hebben te voorzien in behoeften van algemeen belang en dat zij in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd. Deze omstandigheden brengen echter niet mee dat de onderhavige inkoopactiviteiten van RZG, die niet door het geschreven publiekrecht worden beheerst, wel kunnen worden aangemerkt als handelingen waarvoor (publiekrechtelijke) algemene beginselen van behoorlijk bestuur gelden. Voorzover het onderdeel zich tegen dit oordeel richt, is het dan ook gegrond.'*

Uit deze overweging kan worden afgeleid dat voor de binding aan de abbb (in het kader van art. 3:14 Awb) niet zonder meer sprake hoeft te zijn van een bestuursorgaan, hoewel op zijn minst de indruk wordt gewekt dat de kaders van de Algemene wet bestuursrecht in dit verband voorop staan. Maar het materiële criterium dat het Hof aanlegt en toepast (behartiging van het algemeen belang en hoofdzakelijke overheidsfinanciering) maken nog niet dat voor de 'privaatrechtelijke' inkoopactiviteiten de abbb gelden. Toch lijkt er wat licht te schijnen. De weg naar het voorzichtig oprekken van het overheidsbegrip en het verruimen van het toepassingsbereik van de abbb is niet afgesneden.

Opmerkelijk is dat de Hoge Raad aan 'algemene beginselen van behoorlijk bestuur' tussen haakjes nog '(publiekrechtelijke)' toevoegt. Ik ben geneigd daaraan geen grote betekenis toe te kennen. De abbb zijn immers naar hun aard publiekrechtelijk. Boeiend, maar moeilijk grijpbaar is de zinsnede '...die niet door het geschreven publiekrecht worden beheerst...'. Wat wordt hiermee bedoeld? In deze overweging kan naar mijn mening worden gelezen dat wanneer privaatrechtelijke contractuele activiteiten – buiten de sfeer van het Awb-bestuur – door het *geschreven* publiekrecht worden beheerst er toch sprake kan zijn van binding aan de abbb. Maar wanneer is dat het geval en wat betekent dan 'worden beheerst'? Dit is een open einde in de rechtsontwikkeling.

Bewust of onbewust heeft de Hoge Raad geen optimale duidelijkheid gecreëerd ten aanzien van het toepassingsbereik van de abbb in het 'schemergebied' waar het openbare bestuur niet formeel is te duiden, maar wellicht wel materieel bestaat.<sup>49</sup> In de casus ComforMed was het resultaat naar mijn smaak per saldo niet bevredigend. De aanbesteding waarvan de Hoge Raad aanneemt dat géén pu-

<sup>49</sup> Naar mag worden aangenomen zijn in ieder geval situaties in beeld waarin een privaatrechtelijke rechtspersoon ter vervulling van een publieke taak opereert als 'verlengde arm' of 'verlengstuk' van de kernoverheid. Dit sluit aan bij de bekende SKV-rechtspraak. Zie HR 10 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3828 (SKV I). Zie voor een overzicht verder de noot van Peters onder HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:AE9249, *JB* 2003/32, *AB* 2003/344 m.nt. F.J. van Ommeren (SKV III).

blikrechtelijke bevoegdheid werd uitgeoefend betrof medische hulpmiddelen. Er was naar mijn idee sprake van het verwerven van middelen ter uitvoering van een (wettelijke) publieke taak met bijbehorende bevoegdheden. Weliswaar waren voor de inkoop van de hulpmiddelen geen publieke bevoegdheden toegekend, maar het privaatrechtelijke handelen stond in verband met de uitvoering van een publiekrechtelijke regeling. Met het oog op dit soort gevallen is een ruimere toepassing van publiekrechtelijke normen (abbb) goed verdedigbaar.<sup>50</sup>

Het ziekenfonds had intussen *vrijwillig* – dus zonder daartoe verplicht te zijn op grond van het Europese recht – besloten om een aanbestedingsprocedure te volgen. Dit leidde vervolgens tot de vraag of er dan sprake was van binding aan de algemene beginselen van aanbestedingsrecht, waaronder het gelijkheidsbeginsel en eisen van transparantie en objectiviteit. De Hoge Raad sloot in dit verband aan bij een privaatrechtelijke route door te overwegen dat de *vrijwillige keuze* van het ziekenfonds met zich bracht dat het fonds met het oog op de aanbesteding gehouden was ‘...*zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid*,..’

De *ComforMed*-casus wijkt op dit punt af van het feitencomplex in het latere KLM-arrest.<sup>51</sup> In die zaak ging het om de aanbesteding door de Koninklijke Luchtvaart Maatschappij (KLM) – een naamloze Vennootschap naar privaatrecht – van schoonmaakwerkzaamheden met betrekking tot (wide body) vliegtuigen. Verschillende bedrijven werden voor een offerte benaderd. Daarna volgden proef schoonmaken en verzoeken om de prijs te heroverwegen. Toen KLM in zee ging met een bepaald bedrijf – niet de gegadigde met de laagste prijs – werd haar verweten dat werd gehandeld in strijd met de gunningscriteria en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Buiten discussie stond dat er sprake was van een volledig private aanbesteding waarbij het nationale en Europese aanbestedingsrecht in beginsel geen toepassing vonden. Toch meende het Hof dat er via de redelijkheid en billijkheid sprake was van binding aan de fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht. De Hoge Raad liet echter de *contractsvrijheid* prevaleren<sup>52</sup> en achtte *uitsluiting* (KLM had *niet* gekozen voor de toepassing van de het aanbestedingsrecht) van de bedoelde beginselen, onder bepaalde condities toelaatbaar.

<sup>50</sup> Zie in dit verband de opvattingen in de literatuur die in de conclusie bij het arrest *ComforMed* onder punt 3.6 worden besproken. Zie verder in algemene zin Huisman & Van Ommeren 2019, p. 479 onder verwijzing naar o.m. J.A.F. Peters & S.E. Zijlstra, ‘Onscherp, maar wel ver genoeg? Hybride organisaties en publiekrechtelijke normering’, in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 109 e.v.

<sup>51</sup> HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900.

<sup>52</sup> Zie ook L.F. Wiggers-Rust, ‘Interne rechtsvergelijking. Een ‘must’ in de meergelaagde rechtsorde’, *NJB* 2017/1645, p. 2152

3.5 *Breuklijnen in de abbb-normering*

In Nederland is het bestuursorgaanbegrip van de Algemene wet bestuursrecht – onverminderd de rechtspraak van de Hoge Raad – dus in belangrijke mate bepalend voor de rechtstreekse toepasselijkheid van de abbb op het privaatrechtelijk handelen van de overheid. Voor zover er géén sprake is van een orgaan van een rechtspersoon ingesteld krachtens publiekrecht (een zgn. 'a-orgaan') kan er alleen sprake zijn van een bestuursorgaan indien een andere persoon of college met enig openbaar gezag is bekleed (art. 1:1 lid aanhef en onder b Awb). Deze zgn. 'b-organen' zijn vervolgens – eenvoudig gezegd – alleen rechtstreeks aan de abbb onderworpen voor zover zij op basis van een *wettelijk* voorschrift bindende besluiten nemen (en dus overheidsgezag uitoefenen).

Op deze hoofdregel wordt in het belang van de rechtsbescherming één 'strategische' uitzondering aanvaard. Het betreft het geval waarin een 'privaatrechtelijke rechtspersoon' als doorgeefluik<sup>53</sup> fungeert voor geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen aan derden en waarbij één 'a-orgaan' of meer 'a-organen' inhoudelijk in beslissende mate bepaalt of bepalen op grond van welke criteria verdeling en toekenning plaatsvindt. Bovendien dienen de geldelijke middelen dan in overwegende mate, minimaal voor twee derde, afkomstig te zijn van het 'reguliere' bestuur (wederom de 'a-organen').

Bij de 'b-organen' is de rechtstreeks normerende werking van de abbb gekoppeld aan het uitoefenen van overheidsgezag (het nemen van bindende besluiten). Bij de 'a-organen' ligt dit anders. Bij deze 'reguliere' bestuursorganen doet zich het opvallende verschijnsel voor dat het *gehele* handelen van de bestuursorganen<sup>54</sup> én van de bijbehorende rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld – waarvan de bestuursorganen dus deel uitmaken – aan de publiekrechtelijke normering is onderworpen. Ook het privaatrechtelijk handelen van deze rechtspersoon wordt zo rechtstreeks door de abbb genormeerd. Naar Nederlands recht volgt de publiekrechtelijke normering hier uit de *verbondenheid* tussen bestuursorgaan en de (krachtens het publiekrecht ingestelde) rechtspersoon.

De koppeling van het bestuursorgaanbegrip aan de (vermogensrechtelijke) rechtspersoonlijkheid is in de literatuur geduid als een 'willekeurig maar uiterst effectief aanknopingspunt' voor een ruim begrip van het bestuur met bijbehorende normering.<sup>55</sup> Het publiekrechtelijke orgaanbegrip en het (vermogensrech-

<sup>53</sup> Zie de standaarduitspraak ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, *JB* 2014/202. Voorzien van een uitvoerige bespreking door J.A.F. Peters, 'Bestuursorgaan en publieke taak', in: *JBSelect* (R.J.N. Schlössels, J.A.F. Peters, C.L.G.F.H. Albers, B.A. Beijen & S.D.P. Kole red.), 4<sup>de</sup> herziene druk, Den Haag 2019, p. 13 e.v.

<sup>54</sup> In de sfeer van de 'a-organen' kan het zowel gaan om organen die openbaar gezag uitoefenen als om organen die louter feitelijk handelen.

<sup>55</sup> J.A.F. Peters, 'Verbonden begrippen. Over de verhouding tussen de subjectbegrippen bestuursorgaan en rechtspersoon', in: *25jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid* (T. Bark-

telijke) rechtspersoonsbegrip zijn formeel wettelijk verbonden, maar daarmee nog niet verwant. Toch is de verbinding bij de rechtspersoon ingesteld krachtens publiekrecht niet alleen dogmatisch-conceptueel van aard, maar via de band van de te behartigen overheidstaak ook inhoudelijk. Bij de rechtspersonen ingesteld krachtens publiekrecht gaat het immers steeds om entiteiten waaraan *een deel van de overheidstaak* is opgedragen (art. 2:1 lid 2 BW). Dit laatste is, als ik het goed zie, tevens een belangrijke publiekrechtelijke ratio<sup>56</sup> achter de brede toepasselijkheid van de abbb. De dogmatische discussies over binding tussen bestuursorgaan en rechtspersoon<sup>57</sup> laat ik hier verder rusten. Het gaat op deze plaats vooral om de gevolgen voor de publiekrechtelijke normering en de toepasselijkheid van de abbb.

Wie een goed beeld wil krijgen van de toepassing van de abbb op overheidshandelen kan naar Nederlands recht, hoe dan ook, niet om het bestuurlijk organisatierecht heen. Dit recht drukt een stempel op de normering en de toepassing van de abbb. Het is ook de oorzaak van diverse breuklijnen, inconsistenties en zwakke plekken in de publiekrechtelijke normering.

Ik volsta met enkele voorbeelden. Het privaatrechtelijk handelen van openbare universiteiten (rechtspersonen ingesteld krachtens publiekrecht) valt in Nederland bijvoorbeeld onder de normerende werking van de abbb, dat van universiteiten op een bijzondere grondslag in de regel niet.<sup>58</sup> Dit zijn namelijk privaatrechtelijke rechtspersonen (stichtingsvorm).

Afhankelijk van de organisatie van een zelfstandig bestuursorgaan geldt iets soortgelijks. Zelfstandige bestuursorganen zijn organen van het openbaar bestuur op Rijksniveau die niet in algemene zin hiërarchisch ondergeschikt zijn aan een minister en bijgevolg een relatief zelfstandige positie hebben waar het aankomt op verantwoordelijkheid en politieke controle. Het privaatrechtelijk handelen van het al eerder genoemde Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) – althans de rechtspersoon ingesteld krachtens publiekrecht – wordt

---

huysen, B. Marseille, W. den Ouden, H. Peters & R. Schlössels red.), Deventer: Wolters-Kluwer 2019, p. 276.

<sup>56</sup> Vgl. Peters 2019, p. 276 die ook pleit voor een benadering van de binding vanuit het publiekrechtelijke doel.

<sup>57</sup> Sommigen pleiten voor het overbrengen van de regeling van art. 2:1 BW naar de Algemene wet bestuursrecht zodat de binding tussen orgaan en rechtspersoon in het bestuursrecht wordt verstevigd. Zie F. Van Ommeren, 'Artikel 2:1 BW hoort in de Awb. Over publiekrechtelijke rechtspersonen en hun bestuursorganen', in: *25jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid* (T. Barkhuysen, B. Marseille, W. den Ouden, H. Peters & R. Schlössels red.), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 281 e.v.

<sup>58</sup> Zie over het onderscheid bijv. P.J.J. Zoontjens, *Onderwijsrecht. Eenheid in verscheidenheid*, Den Haag: Boomjuridisch 2019, p. 330 e.v. Bij de bijzondere universiteiten slijpen de abbb bijv. door in het kader van de beroepen tegen examenbeslissingen. Zie over deze beslissingen en het bestuursrecht: Zoontjens 2019, p. 446 e.v.

bijvoorbeeld rechtstreeks genormeerd door de abbb. Bij de eveneens genoemde Autoriteit Financiële Markten (AFM) ligt dit anders omdat dit een privaatrechtelijke stichting is. Strikt genomen betekent dit dat als het UWV koffie inkoopt voor medewerkers op deze koop de abbb toepassing vinden, maar bij de AFM (in beginsel) niet... (ik ben benieuwd wat de Belgische collega's hiervan vinden). Breuklijnen in de normering kunnen ook dwars door rechtspersonen lopen. Afhankelijk van hoe men de 'ComforMed'-rechtspraak (zie hiervoor) toepast zal een particulier garagebedrijf dat voertuigen keurt de abbb bijvoorbeeld (ook) in acht moeten nemen indien het geijkte keuringsapparaat aanschafft, maar niet als het de aankoop van gewone onderdelen betreft voor de reparatiewerkplaats.

Door interventies van de wetgever kunnen onderdelen van het bestuur – zonder dat hun overheidstaak of bevoegdheid *inhoudelijk* wijzigt – bovendien in een ander normerend regime belanden. Er zijn diverse voorbeelden. Zo werd het Nederlandse Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen (CBR) dat krachtens de wet is belast met het afgeven van rijvaardigheidsverklaringen en medische geschiktheidsverklaringen (met het oog op het verkrijgen en behouden van rijbewijzen) in 2013 getransformeerd van een privaatrechtelijke stichting in een rechtspersoon ingesteld krachtens publiekrecht (art. 4z lid 1 Wegenverkeerswet 1994). Hierdoor werd de normerende werking van de abbb strikt genomen verbreed (van 'b-orgaan' naar 'a-orgaan').

Een verstrekkender voorbeeld betreft de publiekrechtelijke transformatie of *verstatelijking* van de privaatrechtelijke rechtspersoon ProRail BV. Deze vennootschap waarvan de aandelen (indirect) volledig in handen zijn van de Staat ontstond uit enkele rechtsvoorgangers die het resultaat waren van de verzelfstandiging in de sfeer van de aanleg, het beheer, de instandhouding en de verkeersleiding betreffende het spoor. ProRail opereert op grond van een concessie als vennootschap in een niet-concurrerende markt. De vennootschap oefent mede publieke taken uit. Het optreden is echter in hoofdzaak privaatrechtelijk van aard (o.m. door het sluiten van aanbestedings- en beheerovereenkomsten).

Nieuwe beleidsmatige inzichten – publieke taken die uit publieke middelen worden gefinancierd dienen bij voorkeur binnen een publiekrechtelijke organisatievorm te worden verricht – hebben er inmiddels toe geleid dat er in Nederland een Wet publiekrechtelijke omvorming ProRail<sup>59</sup> in de maak is. Deze wet vormt ProRail om tot een rechtspersoon ingesteld krachtens publiekrecht. De abbb zullen dan rechtstreeks en volledig van toepassing zijn, ook wanneer er privaatrechtelijk (en feitelijk) wordt gehandeld. Het merkwaardige is dat ProRail door de bank genomen echter geen andere taken gaat verrichten.

De wetgever kan via het spreken van één machtswoord de rechtstreekse werking van de abbb ook uitsluiten door te bepalen dat er geen sprake is van een be-

---

<sup>59</sup> *Kamerstukken II* 2019/20, 35 396, 2.



stuursorgaan. Een voorbeeld betreft de oprichting van de Naamloze Vennootschap Invest-NL. Dit is een zgn. ‘revolventend fonds’<sup>60</sup> dat onmiskenbaar als publieke taak heeft om direct of indirect voor eigen rekening en risico gelden beschikbaar te stellen aan ondernemingen met het oog op het bevorderen van maatschappelijke transitieopgaven (klimaattransitie) en innovatieve ontwikkelingen. De vennootschap is een private onderneming die publieke middelen (risicodragend) inzet. De aandelen zijn echter *volledig* in handen van de Staat. Opmerkelijk is dat de Machtigingswet betreffende de oprichting van Invest-NL (art. 5 lid 2) *uitdrukkelijk* bepaalt dat de vennootschap géén bestuursorgaan is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht en dat bij haar taakuitoefening géén openbaar gezag aan de orde is.

Dit heeft tot gevolg dat beslissingen betreffende verstrekkingen of faciliteiten in beginsel niet (rechtstreeks) door de abbb worden genormeerd. In dit voorbeeld is per saldo een publieke taak verschoven, maar nu van de publieke sfeer (vgl. het beëindigde Nederlands Investeringsagentschap<sup>61</sup>) naar een ‘private’ onderneming. Deze verschuiving heeft gevolgen voor de toepasselijkheid van de abbb. In de literatuur is erop gewezen dat dit problematisch is en onder meer gevolgen kan hebben voor eisen inzake transparantie, gelijkheid, zorgvuldigheid en motivering.<sup>62</sup>

#### 4. De abbb en de poortfunctie van de redelijkheid en billijkheid

In paragraaf 2.4 is al kort stilgestaan bij de zgn. ‘poortfunctie’ van de redelijkheid en billijkheid. Via deze privaatrechtelijke normen (zie i.h.b. art. 6:2 BW en art. 6:248 BW) kunnen de abbb indirect doorwerken in de *verbintenissenrechtelijke* verhoudingen tussen overheid en burger. Als de abbb doorwerken via de bedoelde privaatrechtelijke normen wordt aangenomen dat er hogere eisen worden gesteld aan de eisen van redelijkheid en billijkheid dan bij particulieren.<sup>63</sup>

##### 4.1 Reikwijdte ‘poortfunctie’

De ‘poortfunctie’ van de redelijkheid en billijkheid speelt in diverse verbintenissenrechtelijke verhoudingen tussen overheid en burger.<sup>64</sup> Gedacht kan worden aan

<sup>60</sup> J. van den Brink, *Realistisch revolveren. Het revolverend fonds met een Europese touch* (oratie Maastricht), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

<sup>61</sup> Een agentschap is een *begrotingstechnisch verzelfstandigd* onderdeel van een ministerie opererend onder ministeriële verantwoordelijkheid.

<sup>62</sup> Van den Brink 2018, p. 34-36.

<sup>63</sup> Vgl. bijv. de conclusie van Advocaat-Generaal Niessen bij HR 27 april 2007 (ECLI:NL:HR:2007:AV0432), ECLI:NL:PHR:2007:AV0432, onder verwijzing naar het proefschrift van Tjittes (punt 3.31).

<sup>64</sup> Zie recent over de redelijkheid en billijkheid in de relaties tussen burger en overheid: R. Ortlep, *Redelijkheid en billijkheid in het bestuursrecht* (oratie Heerlen OU), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

vermogensrechtelijke verbintenissen op grond van de wet (bijv. aansprakelijkheid van de overheid) of op grond van bijv. rechtshandeling (bijv. een overeenkomst). In het kader van de onrechtmatige overheidsdaad vervult ook de maatschappelijke zorgvuldigheid een 'poortfunctie' voor de abbb (zie ook paragraaf 2.4.2 en 3.2). Sinds het klassieke arrest *Saladin/HBU*<sup>65</sup> uit de jaren zestig van de vorige eeuw staat vast dat in contractuele relaties de maatschappelijke positie van en de onderlinge verhouding tussen partijen een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of een beroep op een beding in strijd is met de goede trouw (tegenwoordig: redelijkheid en billijkheid). Zo is het mogelijk om in het privaatrecht met de bijzondere positie van de overheid rekening te houden. Het huidige Burgerlijk Wetboek bepaalt in artikel 3:12 uitdrukkelijk dat bij het invullen van de eisen van redelijkheid en billijkheid onder meer rekening moet worden gehouden met 'algemeen erkende rechtsbeginselen'. Het antwoord op de vraag of, en wanneer, binnen de kaders van de redelijkheid en billijkheid aandacht moet uitgaan naar de abbb was bijvoorbeeld aan de orde in het bekende arrest *Apeldoorn/ Duisterhof* over de (gewenste) uitbreiding van een kinderopvang op gehuurde gemeentegrond.<sup>66</sup> In cassatie reageerde de Hoge Raad principieel op de opvatting van de rechtbank dat bij de toepassing van de redelijkheid en billijkheid alleen 'civielrechtelijke belangen' een rol zouden mogen spelen:

*Vooropgesteld moet worden dat de Rechtbank kennelijk — en terecht — art. 6:248 lid 2 BW tot uitgangspunt heeft genomen. Zij heeft ook aangekondigd in het kader van die bepaling tot haar voormelde afweging te willen komen. Onjuist is echter in elk geval de door de Rechtbank kennelijk gehanteerde gedachte dat in dat kader alleen met 'civielrechtelijke belangen' rekening zou kunnen worden gehouden, wat de Rechtbank bij die term ook voor ogen mag hebben gestaan. Integendeel moet worden aangenomen dat in het kader van de voormelde bepaling, toegepast op overeenkomsten met de overheid, ook algemene beginselen van behoorlijk bestuur en publieke belangen in aanmerking dienen te worden genomen, zoals ook strookt met de art. 3:12 en 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Algemene wet bestuursrecht (Awb).'*

Dit lijkt opnieuw een duidelijke benadering. Maar hoe dient het begrip 'overheid' dan in deze context te worden uitgelegd? Er zijn naar mijn mening twee denkrichtingen:

De eerste is dat het begrip óók hier – net als bij de rechtstreekse werking van de abbb – beperkt wordt uitgelegd. Het begrip 'bestuursorgaan' is dan een belangrijk aanknopingspunt, hoewel uitzonderingen wellicht denkbaar zijn (zie hiervoor de *ConforMed*-jurisprudentie). Hierdoor wordt voorkomen dat de toepas-

<sup>65</sup> HR 19 mei 1967, *NJ* 1967/261 m.nt. G.J. Scholten.

<sup>66</sup> HR 9 januari 1998, *ECLI:NL:HR:1998:ZC2540*, *NJ* 1998/363 m.nt. A.R. Bloembergen (*Apeldoorn/Duisterhof*).

sing van de abbb zich via de open privaatrechtelijke normen te gemakkelijk verspreidt buiten de sfeer van het Awb-bestuur. Maar een zodanige benadering sluit wellicht minder goed aan bij het flexibele karakter van deze privaatrechtelijke normen, die ook in het grijze overgangsgebied tussen overheid en private sector uitstekend maatwerk kunnen (en volgens mij ook moeten) leveren.

Een tweede, alternatieve benadering is denkbaar. Deze benadering staat een wat ruimere invulling van het overheidsbegrip toe in situaties waarin de abbb doorwerken via de redelijkheid en billijkheid. Dit zou met zich brengen dat de abbb via de redelijkheid en billijkheid ook een ruimere rol zouden kunnen spelen in de sfeer van de ‘b-organen’, bij privaatrechtelijke rechtspersonen met een (ongeschreven) publieke taak of zelfs bij bedrijven met een meerderheidsbelang van de overheid. Deze lijn komt ook wel tot uitdrukking in het *ComforMed*-arrest omdat het Ziekenfonds (dat geen bestuursorgaan was) daar via de redelijkheid en billijkheid was gehouden aan de beginselen van behoorlijk aanbestedingsrecht. Een algemene conclusie is echter lastig omdat het in die zaak ook ging om vrijwillige aanvaarding.

#### 4.2 *Verschillen in normering: nogmaals rechtstreeks versus indirect*

In civiele rechtspraak van de gerechtshoven en de rechtbanken lijkt de rechtstreekse toetsing aan de abbb<sup>67</sup> en doorwerking via de redelijkheid en billijkheid soms in elkaar te vloeien. Een voorbeeld biedt een uitspraak van de rechtbank Den Haag.<sup>68</sup> Deze uitspraak gaat over de toelaatbaarheid van beleid bij (het doen van een aanbod tot) het omzetten van erfpachtrechten in (bloot) eigendom. Interessant is r.o. 4.13 waarin de rechtstreekse toets aan de abbb lijkt samen te vloeien met de ‘poortfunctie’ van de redelijkheid en billijkheid:

*‘De gemeente dient als publiekrechtelijke rechtspersoon bij het doen van een aanbod tot koop de geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht in acht te nemen. Dit betekent dat de burgerlijke rechter het overheidshandelen van de Gemeente niet alleen aan privaatrechtelijke normen, waaronder de redelijkheid en billijkheid, dient te toetsen, maar tevens aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. Gelet op artikel 3:12 BW in verbinding met artikel*

<sup>67</sup> Via art. 3:14 BW. De rechtspraak geeft diverse voorbeelden waarbij de toetsing aan abbb (waaronder ook aan relatief nieuwe zoals het transparantiebeginsel) uitvoerig en inzichtelijk plaatsvindt. Het vermelden waard is bijvoorbeeld de rechtspraak waarbij derden de overheid aanspreken op het (verondersteld onrechtmatig) aangaan en uitvoeren van koop- of huurovereenkomsten. Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 29 september 2020, ECLI:NL:GHARL:7856 (het Viadukt) en Hof Den Bosch 14 januari 2020, ECLI: GHS-HE:2020:79 (verkoop Midi-Theater Tilburg).

<sup>68</sup> Rechtbank den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14139.

*3:14 BW maken de algemene beginselen van behoorlijk bestuur deel uit van hetgeen de redelijkheid en billijkheid eisen.'*

Of deze benadering problematisch is, hangt mede af van het antwoord op de vraag of doorwerking van de abbb via de algemene privaatrechtelijke normen een gelijke of op zijn minst vergelijkbare bescherming kan bieden als een rechtstreekse toets. Het antwoord op deze vraag is vanuit het bestuursrecht niet eenvoudig te geven.<sup>69</sup> Een vergelijkbaar beschermingsniveau wordt in de literatuur mogelijk geacht, zelfs wanneer er niet expliciet aan de abbb wordt gerefereerd.<sup>70</sup> Toch wijzen Huisman en Van Ommeren erop dat indien de abbb door de rechter worden 'verdisconteerd' in open privaatrechtelijke normen dit gevolgen heeft voor de scherpste en nauwkeurigheid waarmee de rechter de abbb toepast. Soms worden beginselen niet concreet benoemd of krijgen deze een invulling in samenwerking met privaatrechtelijke beginselen en uitgangspunten.<sup>71</sup> Bovendien hebben niet alle abbb een evenknie in de open privaatrechtelijke normen zoals de redelijkheid en billijkheid.<sup>72</sup> Overigens zijn er ook uitspraken die overtuigend blijken geven van een nauwkeurige toets aan (aspecten van) de abbb.<sup>73</sup> Empirisch onderzoek en interne rechtsvergelijking (waarbij vooral ook het perspectief van de civilisten van groot belang is!) kunnen ons hier een stapje verder brengen. De stelling dat de toetsing aan de abbb via open privaatrechtelijke normen minder bescherming biedt dan rechtstreekse toetsing is in ieder geval in abstracto te ongenueanceerd. Veel hangt af van de wijze waarop en de gedetailleerdheid waarmee de rechter de 'poortfunctie' operationaliseert. Afstemming tussen de

---

<sup>69</sup> Zie ook reeds paragraaf 2.4.

<sup>70</sup> Jak spreekt dan over 'congruentie'. Zie Jak 2014, p. 94 e.v.

<sup>71</sup> Huisman & Van Ommeren (p. 485 e.v.) wijzen onder meer op enkele standaardarresten van de Hoge Raad. Zo werd de Hoge Raad geconfronteerd met de problematiek van de *belangen van derden in contractuele verhoudingen*. Hoewel contracten tussen partijen gelden zal bij overeenkomsten met de overheid ook aandacht moeten uitgaan naar de positie van derden. De rechter erkent dit, maar dit betekent nog niet dat in het kader van de belangenafweging expliciet aandacht wordt besteed aan de publiekrechtelijke eisen van zorgvuldigheid en evenredigheid (vgl. HR 20 mei 1994, NJ 1995/691 m.nt. C.J.H. Brunner (*De negende van OMA*)). De abbb (bijv. het gelijkheidsbeginsel) kunnen zelfs met zich brengen dat via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een contract met de overheid niet hoeft te worden nagekomen. Ook hier is het van belang dat de werking van het betrokken abbb wordt geëxpliciteerd (zie bijv. HR 15 maart 1991, NJ 1991/399 (*Körfen/Heerlen*)).

<sup>72</sup> Huisman & Van Ommeren 2019, p. 352.

<sup>73</sup> Een mooi voorbeeld dat ik aantrof: Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519 (gewijzigd retributiebeleid opstalrechten Haarlemmermeer). Vgl. verder: Hof Arnhem-Leeuwarden 2 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:610 (verkoop vervuilde grond Bussum).

bestuursrechtspraak en de rechtspraak van de burgerlijke rechter is in dit verband een belangrijke randvoorwaarde.

## 5. Doorwerking abbb naar semioverheden en – organisaties van – private actoren: enkele opmerkingen

De *rechtstreekse* toepasselijkheid van de abbb wordt naar Nederlands recht – zo bleek – in belangrijke mate beheerst door het begrip ‘bestuursorgaan’. Een koppeling van het vraagstuk van de normering aan het vraagstuk van de (formele) bestuurlijke organisatie leidt echter niet over de volle breedte tot bevredigende uitkomsten. Er ontstaan breukvlakken, inconsistenties en bepaalde aspecten van de publieke taakuitoefening lijken, zeker bij een beperkte uitleg van het bestuursorgaanbegrip van de Algemene wet bestuursrecht, onvoldoende aan publiekrechtelijke normering te worden onderworpen.

Een voorbeeld dat nog recent de problematiek illustreerde betreft de casus van het relatief onbekende Inlichtingenbureau, een stichting die voortkomt uit gemeentelijke samenwerking (Vereniging Nederlandse Gemeenten) en het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.<sup>74</sup> Deze privaatrechtelijke rechtspersoon blijkt een spin in het web te zijn waar het aankomt op het koppelen en genereren van informatie ten behoeve van het onderzoeken van de rechtmatigheid van (bijstand)uitkeringen. Het gaat evident om het faciliteren van een publieke (kern)taak door een ‘private’ actor waarbij publieke verantwoording, controle en normering onvoldoende helder blijken te zijn.

Voor het privaatrechtelijk (i.h.b. vermogensrechtelijk) handelen van actoren in het schemergebied tussen overheid en maatschappij is in ieder geval de werking van de abbb via de ‘poortfunctie’ van de redelijkheid en billijkheid nuttig en verdedigbaar. Bij de vermogensrechtelijke aansprakelijkheid kan deze doorwerking bijvoorbeeld plaatsvinden via de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. De toetsing kan verder vorm en inhoud krijgen door de erkenning van domeinspecifieke beginselen die nauw verwant zijn aan de ‘basis’-abbb (beginseldifferentiatie). Een variabele toets effent dan de weg om de publiekrechtelijke normering in verschillende intensiteiten uit te smeren over het schemergebied. Dit trekt tevens de angel uit de discussie over wel of geen rechtstreekse toepassing (en de verschillen).

De schaal verloopt dan via semioverheden met een onmiskenbare (wettelijke) publieke taakopdracht, bedrijven en instellingen met een overwegende overheidsinvloed op het beheer en allerlei vormen van publiek-private samenwer-

---

<sup>74</sup> Zie bijv. de publicatie in *Trouw* dd. 9 januari 2021 ‘Een uitkering gehad? Het Inlichtingenbureau ziet alles’.

king<sup>75</sup> (waar de privaatrechtelijke normering de boventoon voert maar een publieke opdracht deze normering kan kleuren). De gedachte van verruiming vindt ook steun bij anderen. Zij is bijvoorbeeld in andere woorden aan het papier toevertrouwd door Jak die pleit voor het verruimen van de publiekrechtelijke beginselnormering door een oprekking van het bestuursorgaanbegrip.<sup>76</sup> Ook Huisman en Van Ommeren<sup>77</sup> zoeken verruiming en pleiten voor toepassing van de abbb op privaatrechtelijke overheidsrechtspersonen en toegelaten of erkende maatschappelijke instellingen (bijv. een woningbouwcorporatie) die door deze publiekrechtelijke toelating of erkenning (deels) in de overheidsfeer worden getrokken. Op de langere termijn zijn zij eventueel bereid de teugels nog wat meer te laten vieren door meer in het algemeen privaatrechtelijke rechtspersonen met een publieke taak aan de abbb te onderwerpen.

Zijlstra – die dit soort gedachten van kritiek heeft voorzien – moet direct worden toegegeven dat de aandacht gericht moet zijn op ‘*de overheid in vermomming*’.<sup>78</sup> Voorkomen moet worden dat de normering van de abbb zich binnen het vrije maatschappelijke domein als een olievlek verspreidt. De publieke taakuitoefening en de aard van de betrokken belangen dienen echter zelfstandig gewicht in de schaal te leggen bij het bepalen van de aard en inhoud van de normering. Dit dient de eisen van de democratische rechtsstaat en de belangen van het publieke gemeenschapsverband. Grenzen trekken zal altijd lastig zijn omdat het begrip ‘publieke taak’ nu eenmaal geen vaststaande inhoud heeft. Inhoudsloos is het begrip echter geenszins.<sup>79</sup> Wie het publiekrecht materieel benadert<sup>80</sup> zal moeten leven met de idee dat de groep actoren waarop dit recht van toepassing behoort te zijn geen gesloten verzameling is.

---

<sup>75</sup> Nog relatief nieuw zijn de ontwikkelingen op het vlak van het zgn. ‘right to challenge’ waarbij burgers uitvoerende taken van decentrale overheden overnemen. Hierover W. den Ouden, G. Boogaard & E.M.M.A. Driessen, *Right to challenge. Een studie naar de mogelijkheden voor een algemene regeling voor het ‘Right to Challenge’ en andere burgerinitiatieven in Nederland*, Universiteit Leiden Instituut voor Publiekrecht 2019.

<sup>76</sup> Bijv. Jak 2019, p. 108 e.v.

<sup>77</sup> Huisman & van Ommeren 2019, p. 352-353.

<sup>78</sup> S.E. Zijlstra, ‘De toekomst van het bestuursrecht: ontstatelijking?’, *NTB* 2018/54, p. 317, onder verwijzing naar zijn VAR-preadvies. Zie S.E. Zijlstra, ‘De grenzen van de overheid’, in: *Privaat bestuur?*, VAR-reeks 140, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 74. Of het uitsluitend gaat om het aspect van de overwegende overheidsinvloed op het beheer, is vers twee.

<sup>79</sup> Vgl. H. Peters, ‘De ledigheid van de publieke taak’, *AAe* 2017, p. 104 e.v.

<sup>80</sup> We kunnen hier veel leren van andere rechtsstelsels, waaronder ook het Unierecht (zie hierna). In mijn oratie ging ik indertijd al in op de materiële benadering van het publiekrecht en op publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen in Duitsland en Frankrijk. R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne. Enige beschouwingen over de rechtsmacht van de bestuursrecht* (oratie Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Ter afsluiting wordt hierna kort ingegaan op enkele specifieke domeinen die illustreren dat de toepassing van de abbb en de toetsing aan deze (en verwante) normen vraagt om maatwerk en een geïntegreerde aanpak van bestuursrechter en burgerlijke rechter.

### 5.1 *Het aanbestedingsdomein*

Het aanbestedingsrecht is een interessant rechtsgebied als het gaat om de toepasselijkheid van de abbb. Op de eerste plaats gelden er binnen dit rechtsgebied domeinspecifieke beginselen. Kijken we naar de Aanbestedingswet 2012 (die is gebaseerd op de Europese aanbestedingsrichtlijnen) dan zijn de dragende beginselen het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. Deze beginselen overlappen grotendeels met de ‘reguliere’ abbb, hoewel vooral het transparantiebeginsel extra dimensies kent.

Het aanbestedingsrecht kent een verruimd overheids- of bestuursbegrip. Vooral in de sfeer van de ‘publiekrechtelijke instelling’ treedt het *materieel-functionele karakter* van het overheidsbegrip op de voorgrond. Het gaat om een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit (zie art. 1.1 Aanbestedingswet 2012). Deze omschrijving heeft geleid tot een grote hoeveelheid complexe (Unierechtelijke) rechtspraak waarin het overheids- of bestuursbegrip ruim en sterk inhoudelijk wordt uitgelegd. Nationale indelingen en kwalificaties zijn hier niet bepalend.<sup>81</sup>

Een groot aantal factoren speelt een rol: de aanwezigheid van een wettelijke publieke taak, invloed van de Staat om redenen van algemeen belang (criterium van overheidsinvloed), de mate en aard van de (vrije) concurrentie, de kenmerken van de bedrijfsvoering en – kort gezegd – de invloed van de kernoverheid op een instelling (waarbij gekeken wordt naar de niet-cumulatieve aspecten van financiering, toezicht/beheer en benoeming van de (meerderheid van de) bestuurders). Op deze plaats is vooral van belang dat door het ruimere overheids- of bestuursbegrip in het aanbestedingsrecht ook de domeinspecifieke abbb een breed toepassingsbereik kennen. De beginselen zijn niet beperkt tot de ‘kernoverheid’. Ook diverse overheidsbedrijven komen in beeld.

### 5.2 *Het sociaal domein*

De Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo) is de wet die in Nederland onder meer de ondersteuning door voorzieningen beoogt te borgen voor hen

---

<sup>81</sup> Enkele standaarduitspraken: HvJ EG 10 mei 2001, zaken C-223/99 en 260/99, ECLI:EU:C:2001:259 (*Agora*); HvJ EG 15 mei 2003, zaak C-2014/00, ECLI:EU:C:2003:276 (*Commissie/Spanje*); HvJ EG 22 mei 2003, zaak C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 (*Korhonen*) en HvJ EU 11 juni 2009, zaak C-300/07, ECLI:EU:C:2009:358 (*AOK Rheinland/Hamburg*).

die hiervan afhankelijk zijn. Het gaat onder meer om huishoudelijke hulp, woningaanpassingen (bijv. traplift) en vervoersvoorzieningen (bijv. scootmobiel). De wetgever heeft in het kader van deze wet de positie van het formele besluit teruggedrongen. Dit resulteerde in een stelsel waarbij een belanghebbende niet direct een aanvraag voor een voorziening kan doen, maar eerst – na een melding – een zgn. 'keukentafelgesprek' krijgt. Tijdens dit gesprek worden alle opties voor hulp (ook mantelzorg) besproken. Pas daarna kan een aanvraag voor een maatwerkvoorziening aan de orde zijn. Dit stelsel heeft direct de tekortkomingen van de Nederlandse bestuursrechtelijke rechtsbescherming blootgelegd. De bevoegdheid van de bestuursrechter en diens toetsing aan de abbb is, zoals gesteld, in de regel afhankelijk van de aanwezigheid van een appellabel besluit (art. 8:1 Awb). Als dit er niet is, bijvoorbeeld omdat er een geschil bestaat met een private uitvoerder, laat de bestuursrechtelijke rechtsbescherming het afweten. Inmiddels wordt gewerkt aan het verbreden van de rechtsbescherming. Deze moet 'integraler' worden en bijvoorbeeld ook kunnen zien op Wmo-uitvoeringshandelingen.

Verburg constateert – onder verwijzing naar anderen – dat goed valt te verdedigen dat geschillen over de Wmo-voorzieningen naar hun aard bestuursrechtelijk zijn, '*...ook als het gaat om de feitelijke uitvoering door private partijen...*'.<sup>82</sup> In de verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag áls aanspreekpunt voor de uitvoering van het maatwerkbesluit wordt ruimte gezien voor een toegang tot de bestuursrechter. Van hier is het vervolgens een kleine stap naar de normering. Als er in verband met uitvoerende handelingen van private actoren bestuursrechtelijke rechtsbescherming wordt opengesteld, dan is het een logische gedachte dat op dit handelen óók de publiekrechtelijke normering van toepassing is. De vermaatschappelijking van het bestuursrecht leert hier dat het niet wenselijk is de normerende werking van de abbb te rigide te begrenzen en dat rechterlijke instanties aandacht moeten hebben voor de eenheid van een geschil.

### 53 *Het domein van de zelfregulering*

Het overheidsdomein en de maatschappelijke domeinen raken door diverse processen (o.m. globalisering, digitalisering, ontstatelijking, netwerksamenleving) steeds intensiever met elkaar vervlochten. Situaties waarin de overheid eerst taken zelf behartigde en deze vervolgens 'overlaat' aan de maatschappij leiden echter in veel gevallen niet tot een scherpe waterscheiding. Vaak blijft de overheid in min of meerdere mate 'verzelfstandigde' taken via normstelling, toezicht en handhaving monitoren. Ook maakt de overheid meer dan eens gebruik van de zelfregulerende kracht van maatschappelijke organisaties. Private

---

<sup>82</sup> D.A. Verburg, 'Tussen keukentafel en besluit: integrale rechtsbescherming in de Wmo 2015', *JBplus* 2020/1, p. 54.



zelfregulering neemt dan voor de (aangesloten) actoren de functie van overheidsregulering geheel of ten dele over.<sup>83</sup>

Vervlechting treedt ook op doordat de overheid via wetgeving specifieke publiekrechtelijke gevolgen aan zelfregulering verbindt (zie hierna). De overheid kan zelfs algemeen verbindende voorschriften tot stand brengt waarin naar private normen van organisaties wordt verwezen. Er ontstaat dan wetgeving waarvan de inhoud van private oorsprong is.

Berucht is de problematiek van de technische NEN-normen. Hier rees de vraag wat het karakter is van deze normen waarnaar de bouwregelgeving bijvoorbeeld veelvuldig verwijst. Deze normen – waarop auteursrecht rust – worden opgesteld door de (privaatrechtelijke) rechtspersoon Stichting Nederlands Normalisatie Instituut. De Nederlandse rechtspraak heeft zich in bochten moeten wringen en bepaald dat het hier gaat om private normen die géén algemeen verbindende voorschriften zijn.<sup>84</sup> De normen hoeven daarom niet bekend te worden gemaakt op dezelfde wijze als wetgeving. Maar door de verwijzing ernaar in ‘echte’ wetgeving zijn het toch naar buiten werkende de burgers bindende regels. Dit dwingt daarom tot een alternatieve bekendmaking en beschikbaarstelling.

De overheid verbindt vervolgens regelmatig diverse publiekrechtelijke gevolgen aan private conformiteitsbeoordelingen (‘certificering’). Via deze beoordeling aan de hand van private normen (door een maatschappelijke instantie) wordt de uiteindelijke publiekrechtelijke toestemming als het ware ‘voorgekookt’. Zo kan het verkrijgen van een vergunning afhankelijk worden gesteld van een voorafgaande ‘private’ kwaliteits- of conformiteitsbeoordeling. In deze sfeer rijzen talrijke vragen van rechtsstatelijke aard<sup>85</sup> waaronder de vraag of, en zo ja in hoeverre en hoe de abbb (indirect) toepassing dienen te vinden bij de private processen van normering en beoordeling. Dit betreft een grotendeels nog onontgonnen terrein.

Apart vermelding verdient ten slotte de situatie waarin een privaatrechtelijke instantie als een volwaardig bestuursorgaan (b-orgaan) besluiten neemt en waarbij (van oorsprong) private normen als beoordelingskader fungeren. Een voorbeeld betreft de specialistenregistratie door een beroepsorganisatie van medisch specialisten. Op grond van de Wet op de beroepen in de individuele Gezondheidszorg (Wet BIG) bestaat ook hier de mogelijkheid voor ‘zelfregule-

<sup>83</sup> Zie over de begrippen bijvoorbeeld M.W. Scheltema, *Effectiviteit van privaatrechtelijke regulering: is dat meetbaar?* (oratie Rotterdam), Boom Juridische uitgevers 2012, p. 8-9.

<sup>84</sup> Zie i.h.b. ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2750, JB 2011/65 m.nt. J.M.H.F. Teunissen (*City Crash*) en HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, JB 2012/178 m.nt. J.J. Sillen, AB 2012/228 m.nt. F.J. van Ommeren (*Knooble*).

<sup>85</sup> Zie i.h.b. A.R. Neerhof, *Zichtbare handen bij zelfregulering op markten. Voor democratie, rechtsstaat, vrijhandel en vrije mededinging* (oratie VU) 2018.

ring'. Een representatieve beroepsorganisatie van specialisten kan een specialistenregister instellen en beheren (zie artikel 14 Wet BIG). De te registreren titel kan vervolgens door de bevoegde minister als wettelijk erkende specialistentitel worden aangemerkt. De wet bepaalt verder dat de beroepsorganisatie (die dus zelf géén bestuursorgaan is!) regels stelt over de besluitvormingsprocedure betreffende registratie. Deze regels zien tevens op inhoudelijke aspecten van vakbekwaamheid. De (interne) regelingen behoeven ministeriële goedkeuring.

Binnen de private beroepsorganisatie zijn zgn. 'registratiecommissies' belast met het nemen van besluiten betreffende de inschrijving in het desbetreffende register. Deze commissies zijn gelet op het publiekrechtelijke rechtsgevolg van hun beslissingen op grond van de Wet BIG bestuursorgaan. Het samenspel tussen privaatrecht en publiekrecht heeft hier opmerkelijke gevolgen. Ondanks de publiekrechtelijke goedkeuring van de interne regels zijn en blijven dit volgens de rechtspraak privaatrechtelijke normen. Deze normen kunnen bij de besluitvorming niet binden op een manier waarop algemeen verbindende voorschriften dat doen.

Dit gegeven beïnvloedt de rechterlijke toetsing. Uit de rechtspraak volgt bijvoorbeeld dat bij een registratiebesluit niet kan worden volstaan met een verwijzing naar de regels (waarin afwegingen liggen besloten), maar dat de evenredigheid van een beslissing steeds in het concrete geval moet worden beoordeeld.<sup>86</sup> Een grondig doordacht concept met betrekking tot de normerende werking van de abbb en de wijze van toetsing aan deze normen lijkt echter te ontbreken.

## 6. Tot besluit

Het 'besluit' van deze bijdrage kan kort zijn. De bevindingen naar aanleiding van de vraagpunten volgen immers naar aanleiding van de interne rechtsvergelijking. Reden om de abbb op een (rechts)handelen of nalaten toe te passen kan geen andere zijn dan dat men concludeert dat dit handelen of nalaten de bestuursfunctie betreft en dus naar zijn inhoud beschouwd (mede) bestuursrechtelijke van aard is. Hoe men de bestuursfunctie definieert en begrenst is dus bepalend voor de toepasselijkheid van de abbb. Een formeel-organisatorische begrenzing kan houvast bieden, maar is niet altijd bevredigend. De hedendaagse complexe verflechting van overheid en maatschappij vraagt (naar Nederlands recht) om een herijking (verruiming) van het *toepassingsbereik* van de abbb.

Of de toepassing van de abbb door de rechter (bestuursrechter of burgerlijke rechter) rechtstreeks of indirect dient plaats te vinden en in hoeverre de toepassing uniform dient te zijn, zijn vervolgvragen. Een breed toepassingsbereik vraagt waarschijnlijk om meer differentiatie. Waar toepassing is aangewezen

---

<sup>86</sup> ABRvS 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:619, JB 2017/82 m.nt. J.A.F. Peters, AB 2017/82 m.nt. A.C. Hendriks (*registratie klinisch neuropsycholoog*).

dient de rechter bij de toetsing aan de abbb hoe dan ook transparantie en scherpte na te streven. Hierbij staat niet op voorhand vast dat een rechtstreekse toets (zoals de bestuursrechter die hanteert in het kader van het beroep tegen appellaabele besluiten) meer rechtsbescherming biedt dan een beoordeling via de 'sluis' van open privaatrechtelijke normen. Alleen nauwkeurig empirisch, intern rechtsvergelijkend onderzoek kan hier meer licht laten schijnen.



# **Toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur door de Nederlandse burgerlijke rechter**

*Chris Jansen*<sup>1</sup>

|      |                                                                                                                                                                                   |    |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I.   | Inleiding (nrs. 1 t/m 9)                                                                                                                                                          | 47 |
| II.  | Toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur in geval van<br>privaatrechtelijk handelen door de overheid (nrs. 10 t/m 44)                                                  |    |
|      | vraag 1 (nrs. 10 t/m 37)                                                                                                                                                          | 50 |
|      | vraag 2 (nrs. 38 t/m 44)                                                                                                                                                          | 71 |
| III. | Toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur in geval<br>van privaatrechtelijk handelen door private personen die taken<br>van algemeen belang uitoefenen (nrs. 45 t/m 53) | 75 |

---

<sup>1</sup> Chris Jansen is hoogleraar privaatrecht en co-director van het Centre for Public Contract Law & Governance (CPC) aan de *Vrije* Universiteit Amsterdam. Hij is tevens raadsheer-plaatsvervanger in de gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Den Haag.



# Toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur door de Nederlandse burgerlijke rechter

*Chris Jansen*

## I. INLEIDING

1. Deze bijdrage bestaat uit twee delen. Het eerste deel (zie hierna par. II) behandelt de rechtsontwikkeling die zich de afgelopen jaren in Nederland heeft voorgedaan met betrekking tot de gebondenheid van de overheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur in die gevallen waarin zij privaatrechtelijk handelt. Daarmee wordt beoogd antwoord te geven op de elders in deze bundel opgenomen vragen 1 en 2.<sup>2</sup> In het tweede deel (zie hierna par. III) worden vervolgens de vragen 3 en 4 beantwoord. Dat deel betreft de rechtsontwikkeling die ziet op de mogelijke relevantie van de beginselen van behoorlijk bestuur in die gevallen waarin rechtssubjecten die *niet* tot de overheid in klassieke zin behoren, privaatrechtelijk handelen in het kader van de uitoefening van een taak van algemeen belang.

2. Het vertrekpunt voor de analyse van de hiervoor bedoelde rechtsontwikkelingen is artikel 3:14 BW. Daarin is bepaald: ‘Een bevoegdheid die iemand krachtens burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.’

3. Wat niet ter discussie staat, is dat deze wetsbepaling zich richt tot *alle* rechtssubjecten die privaatrechtelijk handelen: dat kunnen zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke rechtssubjecten zijn.<sup>3</sup> Wat evenmin ter discussie staat, is dat de beginselen van behoorlijk bestuur deel uitmaken van de “regels van publiekrecht” als bedoeld in artikel 3:14 BW. De conclusie die uit het voorgaande echter *niet* mag worden getrokken, is dat *alle* privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtssubjecten op grond van artikel 3:14 BW aan de beginselen van behoorlijk bestuur zijn gebonden wanneer zij privaatrechtelijk han-

---

<sup>2</sup> Zie daarvoor p. 9 en 10.

<sup>3</sup> Zie ook P.J. Huisman en F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheids-handelen. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 466-467. Zij wijzen er overigens op dat uit de parlementaire geschiedenis van artikel 3:14 BW blijkt dat het artikel met name ziet op het privaatrechtelijk handelen van de overheid, zie MvA I, *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3*, p. 1016, 1017 en *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3*, p. 1052 e.v.

delen. Op basis van de jurisprudentie neemt de literatuur namelijk aan dat die gebondenheid alleen bestaat in het geval dat sprake is van privaatrechtelijk handelen van een *bestuursorgaan* in de zin van artikel 1:1 Awb.<sup>4</sup>

4. Uitgaande van de hiervoor genoemde beperking, volgt uit artikel 3:14 BW de meest ruime toepasselijkheid van de beginselen van behoorlijk bestuur op privaatrechtelijk handelen van de *overheid*.<sup>5</sup> Deze stelling kan als volgt worden toegelicht.

5. De overheid is blijkens artikel 3:14 BW aan de beginselen van behoorlijk bestuur gebonden wanneer zij een “bevoegdheid” uitoefent die haar “krachtens het burgerlijk recht toekomt”. Wat daaronder moet worden verstaan, wordt in de parlementaire geschiedenis niet nader toegelicht. Algemeen wordt echter aangenomen dat de overheid in al haar privaatrechtelijke verhoudingen aan de beginselen van behoorlijk bestuur is gebonden.<sup>6</sup> Die gebondenheid is dus niet enkel beperkt tot privaatrechtelijke rechtsverhoudingen die worden beheerst door de redelijkheid en billijkheid – waarbij in het bijzonder valt te denken aan contractuele en pre-contractuele verhoudingen – maar strekt zich ook uit tot rechtsverhoudingen die kaderen in het onrechtmatiggedaadsrecht.<sup>7</sup> Bovendien wordt algemeen aangenomen dat van gebondenheid aan de beginselen sprake is bij alle soorten van privaatrechtelijk handelen.<sup>8</sup> Het kan dan gaan om het uitoefenen van bevoegdheden op grond van een eigendomsrecht, het verrichten van rechtshandelingen en – zoals hiervoor al bleek – feitelijk handelen, althans voor zover het privaatrecht daar rechtsgevolgen aan verbindt.

---

<sup>4</sup> HR 4 april 2003, AB 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren (RZG/ComforMed). Zie ook Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 467, 479. Anders: M.W. Scheltema en M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 83, die zich op het standpunt stellen dat organen van privaatrechtelijke rechtspersonen die geen bestuursorgaan zijn, maar die wel een publieke taak uitvoeren, via de band van artikel 3:14 BW onderworpen zijn aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

<sup>5</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 478, 483.

<sup>6</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 481.

<sup>7</sup> HR 24 april 1992, AB 1992/542, NJ 1993/232, m.nt. M. Scheltema (Zeeland/Hoondert), in r.o. 3.3 en de conclusie bij dat arrest van A-G Mok onder nrs. 2.2 t/m 2.4. Zie ook Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 481.

<sup>8</sup> Zie Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 482.



6. Verder impliceert de verwijzing in artikel 3:14 BW naar “geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht” de gebondenheid van de overheid aan zowel de gecodificeerde<sup>9</sup> als de niet gecodificeerde<sup>10</sup> beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>11</sup> Ook maakt artikel 3:14 BW wat die gebondenheid betreft geen onderscheid tussen de formele<sup>12</sup> en de materiële<sup>13</sup> beginselen.<sup>14</sup>

7. Terzijde wordt opgemerkt dat de hiervoor genoemde onderscheidingen tussen gecodificeerde en niet gecodificeerde beginselen en tussen formele en materiële beginselen overigens wel relevant zullen zijn in het geval dat de gebondenheid van bestuursorganen aan de beginselen van behoorlijk bestuur zou worden geconstrueerd via de band artikel 3:1 lid 2 Awb.<sup>15</sup> Voor het onderwerp van dit paper is dat echter niet problematisch, aangezien de gebondenheid van de overheid in geval van privaatrechtelijk overheidshandelen immers (ook) via artikel 3:14 BW kan worden geconstrueerd.

8. De burgerlijke rechter kan het privaatrechtelijk handelen van de overheid, gelet op de zogenoemde “kapstokfunctie” van artikel 3:14 BW, *rechtstreeks* aan deze beginselen toetsen.<sup>16</sup> De Hoge Raad heeft verder geoordeeld dat de rechter dat handelen dan niet slechts “marginaal” aan de beginselen van

---

<sup>9</sup> Het (formele) zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb); het verbod van détournement de pouvoir (art. 3:3 Awb); het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 Awb); het motiveringsbeginsel (afdeling 3.7 Awb). Zie voor het gelijkheidsbeginsel bijvoorbeeld art. 1 Gw).

<sup>10</sup> Te denken valt aan het vertrouwensbeginsel.

<sup>11</sup> Zie HR 24 april 1992, AB 1992/542, NJ 1993/232, m.nt. M. Scheltema (*Zeeland/Hoondert*). Zie hierover ook Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 467, 478-479, 482.

<sup>12</sup> Zie bijvoorbeeld HR 9 april 1999, NJ 1999, NJ 2000/219, m.nt. M. Scheltema (*Coevorden/Gasfabriek*). Formele beginselen van behoorlijk bestuur zijn: het (formele) zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb); het fair play-beginsel (art. 2.4 Awb); het formele rechtszekerheidsbeginsel; en het motiveringsbeginsel (art. 3:46 Awb).

<sup>13</sup> Materiële beginselen van behoorlijk bestuur zijn: het gelijkheidsbeginsel; het vertrouwensbeginsel; het materiële rechtszekerheidsbeginsel; het verbod van détournement de pouvoir (art. 3:3 Awb); de belangenafwegingsplicht (art. 3:4 lid 1 Awb); het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 lid 2 Awb).

<sup>14</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 482, 485, 496.

<sup>15</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 468-471.

<sup>16</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 468.

behoorlijk bestuur dient te toetsen, zoals aan de orde zou kunnen zijn bij een aan de overheid meer ruimte latende redelijkheidsmaatstaf.<sup>17</sup>

9. In het hiernavolgende zal bij de beantwoording van de vragen 1 tot en met 4 worden uitgegaan van de voorgaande kaders en uitgangspunten.

## II. TOEPASSING VAN DE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR IN GEVAL VAN PRIVAATRECHTELIJK HANDELEN DOOR DE OVERHEID

### Vraag 1

*Hoe staat het intussen met de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur in het publiekrecht en het privaatrecht in Nederland en België? In hoeverre moet de overheid deze bij het uitoefenen van haar privaatrechtelijke bevoegdheden in acht nemen? Worden deze beginselen door de bestuurs- en burgerlijke rechter voor de overheid op gelijke wijze toegepast of maakt het in zoverre nog verschil of de overheid in het bestuursrecht of het privaatrecht opereert?*

10. Deze vraag wordt met het oog op de beantwoording daarvan in dit paper als volgt begrepen en nader afgebakend. In het geval dat de overheid privaatrechtelijk handelt, moet zij de beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen. Het is vervolgens aan de rechter om dat handelen normatief te beoordelen en daarbij de reikwijdte van de gebondenheid aan de beginselen aan te geven. Om vast te kunnen stellen of en in hoeverre de bestuursrechter en de burgerlijke rechter de beginselen in dat kader *op gelijke wijze* toepassen, moet eerst antwoord worden gegeven op de vraag *hoe* zij die beginselen op dit moment toepassen. Die beantwoording vindt in het navolgende plaats voor zover het de *burgerlijke* rechter betreft. Zij biedt vervolgens de mogelijkheid om de vergelijking aan te gaan met de stand van zaken zoals die blijkt uit het onderzoek naar de jurisprudentie van de bestuursrechter. Die vergelijking zelf vindt overigens niet in dit paper plaats. Bij de beantwoording van de hiervoor afgebakende vraag wordt niet ingegaan op het onderscheid tussen de materiële en de formele beginselen van behoorlijk bestuur. Een bespreking van de eventuele relevantie daarvan vindt plaats in het kader van de beantwoording van vraag 2, die in zoverre een verbijzondering van vraag 1 is.

---

<sup>17</sup> HR 24 april 1992, AB 1992/542, NJ 1993/232, m.nt. M. Scheltema (*Zeeland/Hoondert*), in r.o. 3.3. Zie ook Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijke overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 481.

**II.** In de vraagstelling ligt besloten dat voor de beantwoording daarvan de jurisprudentie van de burgerlijke rechter dient te worden onderzocht. Dat onderzoek kan niet beperkt blijven tot de jurisprudentie van de Hoge Raad. Integendeel, de vraagstelling noopt tot een onderzoek naar de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de feitenrechter in het concrete geval. Een analyse van de door feitenrechter in de afgelopen jaren gewezen relevante uitspraken zal naar verwachting immers een goed beeld kunnen geven van de in de vraagstelling bedoelde stand van zaken.

**12.** De jurisprudentie van de feitenrechter die voor een dergelijk onderzoek relevant is, laat zich niet eenvoudig selecteren. Er bestaat geen database waarin met behulp van eenvoudige zoekacties de uitspraken van de feitenrechter boven water kunnen worden gehaald die betrekking hebben op een privaatrechtelijk geschil tussen een private partij enerzijds en een overheid anderzijds en waarbij de rechter in het kader van de beoordeling van dat geschil de beginselen van behoorlijk bestuur al dan niet toepast. Voor het onderzoek is daarom gebruik gemaakt van een combinatie van deels elektronische en deels handmatige zoekacties. In het navolgende zal worden uiteengezet hoe het onderzoek is uitgevoerd en welke resultaten dat heeft opgeleverd.

**13.** Aan het begin van het onderzoek zijn op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) zoekfilters ingesteld om een zoekactie te kunnen uitvoeren binnen de verzameling van uitspraken die in de periode van 1 januari 2015 tot 1 september 2020 zijn gewezen door de rechtbanken en de gerechtshoven op het terrein van het verbintenissenrecht en het goederenrecht. Binnen die verzameling is vervolgens elektronisch gezocht naar uitspraken waarin variaties van de zoekterm “algemene beginselen van behoorlijk bestuur” voorkomen. Dat leverde een resultaat op van 49 uitspraken. Voor elk van deze uitspraken is vervolgens handmatig nagegaan wat de voor het onderzoek belangrijkste kenmerken van de uitspraken waren. Daarbij is natuurlijk in het bijzonder gekeken naar de toepassing door de rechter van de beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Het jurisprudentieonderzoek is op 1 september 2020 afgesloten met het oog op de presentatie daarvan tijdens een expert-meeting van het Platform in het najaar van 2020. In verband met de coronamaatregelen is die expert-meeting echter verplaatst naar het voorjaar van 2021. Uitspraken die na 1 september 2020 zijn gepubliceerd, zijn niet meer in deze bijdrage verwerkt. Het gaat om de volgende uitspraken: Rb. Midden-Nederland 8 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:4190; Hof Den Haag 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1920; Rb. Rotterdam 27 oktober 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9687; Rb. Noord-Holland 18 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9466; Rb. Midden-Nederland 11 februari 2021,

**14.** Op basis van de resultaten van de analyse van de geselecteerde uitspraken zijn allereerst 5 uitspraken uit de selectie verwijderd. Voor 2 uitspraken bleek namelijk dat de zoekterm “algemene beginselen van behoorlijk bestuur” weliswaar in de tekst van de uitspraak voorkwam, maar niet in de stellingen van de betrokken partijen en evenmin in het oordeel van de rechter.<sup>19</sup> Voor 3 uitspraken bleek dat de burgerlijke rechter vanwege zijn onbevoegdheid tot niet-ontvankelijkheid van de door de private partij ingestelde vordering moest oordelen.<sup>20</sup>

**15.** Daarmee resteerde een selectie van 44 uitspraken. Binnen deze selectie is vervolgens handmatig naar uitspraken gezocht waarin de private partij een vordering in conventie dan wel in reconventie instelde waarbij – uiteraard – werd gekozen voor een privaatrechtelijke grondslag van die vordering en waarbij die vordering binnen de kaders van de gekozen grondslag bovendien *direct* is gebaseerd op vermeend handelen van de overheid in strijd met een of meer beginselen van behoorlijk bestuur. Van dit gevaltype – hierna aangeduid als “gevaltype 1” – zijn in de selectie in totaal 36 uitspraken aangetroffen. In 2 van die uitspraken werd de vordering gebaseerd op de nietigheid van een overeenkomst vanwege strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>21</sup> In 1 uitspraak legde de private partij een toerekenbare tekortkoming van de overheid in de nakoming van de overeenkomst aan een van haar vorderingen ten grondslag, waarbij die tekortkoming onder andere zou bestaan uit handelen in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>22</sup> In 1 andere uitspraak werd de vordering gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid die de tussen partijen bestaande rechtsverhouding na de expiratedatum van een tijdelijke erfpacht beheerst.<sup>23</sup> In alle overige 32 uitspraken koos de private par-

---

ECLI:NL:RBMNE:2021865; Rb. Den Haag 17 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1268.

<sup>19</sup> Hof Den Haag 8 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:746; Rb. Den Haag 12 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1224.

<sup>20</sup> Hof Den Haag (vzr.) 25 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2048; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 10 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1442, *NJF* 2019/285; Hof 's-Hertogenbosch 14 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2177.

<sup>21</sup> In Rb. Den Haag 7 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:9043 stelde de private partij een vordering uit onverschuldigde betaling in op grond van de nietigheid van de overeenkomst. In Rb. Limburg 21 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:5735, is het weliswaar de overheid zelf die de vordering (tot nakoming van de overeenkomst) in conventie instelt, maar is de grondslag van het door de private partij tegen die vordering aangevoerde verweermiddel de nietigheid van de overeenkomst vanwege strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

<sup>22</sup> Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1683.

<sup>23</sup> Rb. Den Haag 29 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:3066. Zie in dit verband ook HR 26

tij als grondslag van haar vordering voor onrechtmatige daad. De tot deze laatste categorie behorende uitspraken laten zien dat de context waarbinnen de vermeend onrechtmatige gedraging van de overheid zoal kan worden geplaatst, zeer divers is. Het beweerdelijk handelen van de overheid in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur wordt in deze 32 uitspraken gekoppeld aan haar rol als wet- en regelgever,<sup>24</sup> toezichthouder,<sup>25</sup> besluitvormer op het gebied van ruimtelijke ordening,<sup>26</sup> uitvoerder van strafvonnissen,<sup>27</sup> uitvoerder van belastingwetgeving<sup>28</sup> en uitgever van frankeermiddelen<sup>29</sup>. In een aantal andere van deze 32 uitspraken gaat het om zaken waarin de overheid handelt op basis van haar eigendomsbevoegdheid: in sommige van die zaken besluit zij om haar eigendomsrecht hetzij te handhaven<sup>30</sup>, hetzij niet (verder) te beperken<sup>31</sup>. In andere zaken vindt het vermeend onrechtmatig handelen van de overheid plaats in het kader van onderhandelingen over de verkoop van haar

---

maart 1999, *NJ* 1999/446.

- <sup>24</sup> Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1950 (bevestigd in HR 26 januari 2018, *NJ* 2018/238 m.nt. J.L.R.A. Huydecoper en *AB* 2019/37, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik); Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1951 (bevestigd in HR 26 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:109); Rb. Den Haag 3 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10331; Hof Den Haag 11 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1251, *NJF* 2017/308; en Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:383.
- <sup>25</sup> Hof Den Haag 10 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:742 en Rb. Den Haag (vzr.) 7 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6204.
- <sup>26</sup> Rb. Den Haag (vzr.) 23 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6210.
- <sup>27</sup> Hof Den Haag 2 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1084; Hof Den Haag 29 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1087; Rb. Den Haag (vzr.) 3 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13618; Rb. Den Haag (vzr.) 28 augustus 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12692; en Rb. Den Haag (vzr.) 25 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:11618.
- <sup>28</sup> Rb. Den Haag 20 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8400; Rb. Midden-Nederland 1 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:304; Rb. Den Haag 17 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:359, *AR* 2018/413; Hof Den Haag 12 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:748; en Rb. Midden-Nederland 11 september 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4585.
- <sup>29</sup> Hof Den Haag 23 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:15, *NJ* 2020/117 (bevestigd in HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:210).
- <sup>30</sup> Rb. Midden-Nederland 18 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3319; Rb. Limburg 5 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:8307; Rb. Den Haag 26 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1591. In deze zaken is het weliswaar de overheid zelf die de vordering in conventie instelt, maar is de grondslag van het door de private partij tegen die vordering aangevoerde verweermiddel een onrechtmatig daad van de overheid, waarbij de private partij zich direct baseert op handelen in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.
- <sup>31</sup> Rb. Den Haag (vzr.) 20 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:507; Rb. Den Haag (vzr.) 16 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7094, *TvAR* 2019/8003; Hof Den Haag (vzr.) 20 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3450; en Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2826.

eigendom.<sup>32</sup> Een laatste uitspraak betrof het handelen van de overheid in haar hoedanigheid van opdrachtgever in het kader van de uitvoering van een met een private partij gesloten overeenkomst tot het uitvoeren van schoonmaakwerkzaamheden.<sup>33</sup>

**16.** Binnen de selectie van 44 uitspraken is vervolgens nog een tweede gevaltype aangetroffen. Tot dat “gevaltype 2” behoren 8 uitspraken waarin de door de private partij ingestelde vordering – binnen de kaders van de gekozen privaatrechtelijke grondslag daarvan – anders dan in gevaltype 1 *niet direct* is gebaseerd op vermeend handelen van de overheid in strijd met een of meer beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>34</sup> In plaats daarvan gebruikt de private partij de gebondenheid van de overheid aan die beginselen als een steunargument in het kader van de invulling van de privaatrechtelijke open norm waarop zij haar vordering heeft gebaseerd. In 1 uitspraak kleurt de private partij met een beroep op de beginselen de redelijkheidsnorm in van artikel 5:91 lid 4 BW<sup>35,36</sup> In 1 andere uitspraak doet de private partij hetzelfde, maar nu met betrekking tot de redelijkheidsnorm van artikel 7:411 lid 2 BW<sup>37</sup> in het kader van een vordering uit overeenkomst.<sup>38</sup> In 5 van de 8 uitspraken gaat het even-

---

<sup>32</sup> Rb. Midden-Nederland 14 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1116, JAAN 2018/94; Rb. Noord-Holland 23 januari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:461; Rb. Den Haag 30 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11332; en Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:79.

<sup>33</sup> Hof 's-Hertogenbosch 30 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2297.

<sup>34</sup> In twee van deze uitspraken is daarnaast ook nog een vordering ingesteld die binnen de kaders van gevaltype 1 valt. Het gaat hier om Rb. Den Haag (vzr.) 16 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7094, TvAR 2019/8003 en Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2826.

<sup>35</sup> Artikel 5:91 lid 4 BW: ‘Indien de eigenaar de vereiste toestemming [tot overdracht of toebedeling van de erfpacht door de erfpachter, zie artikel 5:91 lid 1 BW, C/J] zonder redelijke gronden weigert of zich niet verklaart, kan zijn toestemming op verzoek van degen die haar behoeft, worden vervangen door een machtiging van de kantonrechter van de rechtbank van het arrondissement waarin de zaak of het grootste gedeelte daarvan is gelegen.’

<sup>36</sup> Rb. Rotterdam 31 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6826.

<sup>37</sup> Artikel 7:11 lid 2 BW: ‘In het in lid 1 bedoelde geval [indien de overeenkomst eindigt voordat de opdracht is volbracht of de tijd waarvoor zij is verleend, is verstreken, en de verschuldigdheid van loon is afhankelijk van de volbrenging of van het verstrijken van die tijd, zie artikel 7:411 lid 1 BW, C/J] heeft de opdrachtnemer slechts recht op het volle loon, indien het einde van de overeenkomst aan de opdrachtgever is toe te rekenen en de betaling van het volle loon, gelet op alle omstandigheden van het geval, redelijk is. Op het bedrag van het loon worden de besparingen die voor de opdrachtnemer uit de voortijdige beëindiging voortvloeien, in mindering gebracht.’

<sup>38</sup> Rb. Den Haag (vzr.) 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:16380.

eens om een vordering uit overeenkomst, waarbij de private partij de beginselen van behoorlijk bestuur dan inroept als argument ter inkleuring van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 1 BW.<sup>39,40</sup> In 1 minder duidelijke uitspraak lijkt de private partij aan de beginselen van behoorlijk bestuur een steunargument te willen ontleen in het kader van een vordering gebaseerd op wilsovereenstemming die tussen haar en de overheid zou zijn bereikt ten aanzien van een voorbehoud in het kader van de totstandkoming van een koopovereenkomst.<sup>41</sup> Mocht de private partij met het beroep op de beginselen in deze laatste zaak al het oog hebben gehad op de inkleuring van een privaatrechtelijke open norm, dan komt de rechter daar – anders dan in de 7 andere uitspraken – niet meer aan toe.

**17.** Een derde gevaltype dat binnen de selectie van 44 uitspraken is aangetroffen, betreft gevallen waarbij de private partij haar vordering – binnen de kaders van de gekozen privaatrechtelijke grondslag daarvan – nóch direct baseert op vermeend handelen van de overheid in strijd met een of meer beginselen van behoorlijk bestuur (gevaltype 1), nóch de gebondenheid van de overheid aan die beginselen als een steunargument gebruikt in het kader van de invulling van de privaatrechtelijke open norm die als grondslag van de vordering is gekozen (gevaltype 2). In de uitspraken die tot dit “gevaltype 3” behoren, is het de rechter zelf die besluit om na te gaan of en in hoeverre in het kader van de beoordeling van de vordering mogelijk relevantie toekomt aan de gebondenheid van de overheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur. In de selectie van 44 uitspraken zijn slechts 2 uitspraken aangetroffen die tot dit gevaltype kunnen worden gerekend. Van een volledig eigen initiatief van de rechter om de beginselen van stal te halen, lijkt in deze twee uitspraken ook overigens geen sprake te zijn. In 1 uitspraak vordert de private partij op grond van artikel 6:240 BW<sup>42</sup> een verklaring voor recht dat een aantal artikelen van de door een overheid opgestelde algemene voorwaarden onredelijk bezwa-

<sup>39</sup> Artikel 6:248 lid 1 BW: ‘Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.’

<sup>40</sup> Rb. Rotterdam 27 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:724, *TvHB* 2019/07, UDH:TvHB/15487 m.nt. F. Van Westrhenen en *TvHB* 2019/08, UDH:TvHB/15488 m.nt. M. van Schie.; Rb. Den Haag 7 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1407; Rb. Den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:15754, *RN* 2019/28; Rb. Den Haag (vzr.) 16 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7094, *TvAR* 2019/8003; en Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2826.

<sup>41</sup> Rb. Midden-Nederland (vzr.) 6 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2484.

<sup>42</sup> Artikel 6:240 lid 1 BW: ‘Op vordering van een rechtspersoon als bedoeld in lid 3 kunnen bepaalde bedingen in algemene voorwaarden onredelijk bezwarend worden verklaard (...).’

rend zijn indien zij van toepassing worden verklaard op een door die overheid uitgegeven erfpachtrecht. Bij de inhoudstoetsing van die algemene voorwaarden kent de rechter vervolgens mede relevantie toe aan de beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>43</sup> Hij doet dat dan echter in navolging van een arrest van de Hoge Raad.<sup>44</sup> In 1 andere uitspraak vordert de private partij nakoming van een met de overheid gesloten koopovereenkomst. De overheid verweert zich tegen die vordering met een beroep op verjaring. Daartegen keert zich de stelling van de private partij dat van de overheid nog meer dan anders mag worden verwachten dat met burgers gesloten overeenkomsten als de onderhavige – kennelijk ook nadat geruime tijd en de voor verjaring gehanteerde wettelijke termijnen zijn verstreken – worden geëerbiedigd. Deze stelling is voor de rechter vervolgens het signaal om na te gaan of in het kader van het beroep van de overheid op verjaring relevantie toekomt aan haar gebondenheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>45</sup>

**18.** In het navolgende zullen de resultaten van het jurisprudentieonderzoek nader worden geduid in het licht van de vraagstelling. Daarbij zal mede een verband worden gelegd met het recente onderzoek van Huisman en Van Ommeren, die de vraag hebben gesteld wat voor gewicht aan de beginselen van behoorlijk bestuur toekomt bij de daadwerkelijke toepassing daarvan door de burgerlijke rechter.<sup>46</sup>

**19.** Het eerste wat natuurlijk opvalt, is dat het overgrote deel van de gevonden uitspraken binnen de kaders van gevaltype 1 valt. In die uitspraken hebben de beginselen van behoorlijk bestuur zelfstandige betekenis, in die zin dat de rechter het privaatrechtelijk overheidshandelen *rechtstreeks* aan die beginselen kan toetsen vanwege de aard en inhoud van de door de private partij ingestelde vordering.<sup>47</sup> Voor zover de private partij zijn vordering voldoende heeft onderbouwd, voert de rechter in de tot gevaltype 1 behorende uitspraken deze toetsing ook daadwerkelijk uit. Wat verder opvalt, is dat de rechter op basis

---

<sup>43</sup> Hof Den Haag 12 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:453.

<sup>44</sup> HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, NJ 2018/41, m.nt. H.B. Krans en TBR 2016/193, m.nt. C.M.D.S. Pavillon en F.J. Vonck.

<sup>45</sup> Rb. Midden-Nederland 11 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1658.

<sup>46</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 483.

<sup>47</sup> En in een beperkt aantal uitspraken: vanwege de inhoud van het door de private partij tegen een vordering van de overheid gericht verweermiddel.



van die toetsing in alle uitspraken – op 1 na<sup>48</sup> – tot het oordeel komt dat het handelen van de overheid *niet* in strijd is met de beginselen.

**20.** Van de tot gevaltype 1 behorende uitspraken is vervolgens nog nagegaan of en in hoeverre de door de rechter getoetste beginselen van behoorlijk bestuur in die uitspraken op gespannen voet staan met uitgangspunten die ten grondslag liggen aan het vermogensrecht. Daarbij is in aansluiting op het onderzoek van Huisman en Van Ommeren de aandacht vooral uitgegaan naar de mogelijke spanning tussen het beginsel van autonomie en contractvrijheid enerzijds en het gelijkheidsbeginsel anderzijds: ‘Het is namelijk niet gebruikelijk in een privaatrechtelijke rechtsverhouding dat een partij bij het sluiten van verschillende overeenkomsten de (potentiële) contractspartijen gelijk moet behandelen. Dit ligt echter voor de overheid anders omdat het gelijkheidsbeginsel in acht moet worden genomen. Een beginsel dat op gespannen voet staat met het vermogensrecht zorgt ervoor dat er een extra verplichting op de overheid komt te rusten in een privaatrechtelijke rechtsverhouding.’<sup>49</sup> Het door de auteurs gesignaleerde spanningsveld – alsook de oplossing daarvan door de rechter – kan duidelijk worden herkend in een aantal van de geselecteerde uitspraken. Die hebben betrekking op zaken waarin de overheid – buiten de context van de inkoop en aanbesteding van een overheidsopdracht<sup>50</sup> – met verschillende private partijen gelijktijdig in gesprek ging over het aangaan van een overeenkomst. De rechter stelt in die uitspraken de contractvrijheid van de overheid voorop, maar legt die vrijheid vervolgens aan banden met een verwijzing naar de gebondenheid van de overheid aan de beginselen van be-

---

<sup>48</sup> Het betreft hier Rb. Limburg 21 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:5735. In die uitspraak is het de overheid zelf die de vordering tot nakoming van de overeenkomst instelt en voert de private partij – met succes – het verweer dat die overeenkomst nietig is vanwege strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

<sup>49</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 483.

<sup>50</sup> Uitspraken die betrekking hebben op de inkoop en aanbesteding van een overheidsopdracht vallen buiten de kaders van dit onderzoek. De verplichting van de overheid om in het kader van de inkoop en aanbesteding van een overheidsopdracht het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel in acht te nemen, volgt namelijk niet uit de gebondenheid van de overheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur maar kan rechtstreeks op de Aanbestedingswet 2012 worden gebaseerd. Om uitspraken te kunnen selecteren die betrekking hebben op gevallen waarin de overheid handelt in het kader van de inkoop en aanbesteding van een overheidsopdracht, zou op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) ook overigens – anders dan in het onderzoek is gebeurd – onder het rechtsgebied “aanbestedingsrecht” moeten worden gezocht.

hoorlijk bestuur.<sup>51</sup> In geen van deze zaken komt de rechter overigens tot het oordeel dat de overheid in strijd met die beginselen – in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel – zou hebben gehandeld.

**21.** Huisman en Van Ommeren merken in het verlengde van het voorgaande op dat het spanningsveld tussen de beginselen van behoorlijk bestuur en het vermogensrecht soms moeilijk te peilen is: ‘Dit komt doordat de positie van de overheid en de belangen waarmee de overheid rekening dient te houden, kunnen worden verdisconteerd in de open normen die het privaatrecht rijk is. Daar komt bij dat een expliciete verwijzing door de rechter naar een concreet algemeen beginsel van behoorlijk bestuur in dergelijke gevallen nogal eens ontbreekt.’<sup>52</sup> De hiervoor geselecteerde (8 + 2) uitspraken die binnen de kaders van de gevaltypen 2 en 3 vallen, zijn illustratief voor de eerste stelling van de auteurs. Dat het er al met al slechts 10 zijn, is indirect illustratief voor hun tweede stelling. Indirect, omdat het jurisprudentieonderzoek *niet* kan laten zien in hoeveel gevallen een private partij jegens een overheid heeft geageerd op basis van een open privaatrechtelijke norm, *zonder* dat die private partij (gevaltype 2) of de rechter (gevaltype 3) ter invulling van die open norm een beroep heeft gedaan op beginselen van behoorlijk bestuur. Om deze gevallen boven water te krijgen, zou een aanvullend jurisprudentieonderzoek moeten worden uitgevoerd. Daarbij doet zich dan de moeilijkheid voor dat het niet mogelijk is om met behulp van een elektronische zoekactie op

---

<sup>51</sup> Zie Rb. Den Haag 30 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11332, rov. 4.2. Zie verder Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:79, rov. 5.7.1 t/m 5.7.5. Zie ook Rb. Midden-Nederland 14 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1116, JAAN 2018/94, met name rov. 5.3, waarin de contractsvrijheid van de overheid een zwaarder gewicht toekomt dan in andere gevallen, omdat geen sprake is van gesprekken die gelijktijdig met meerdere private partijen worden gevoerd. Een bijzondere uitspraak betreft Rb. Den Haag (vzr.) 16 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7094, TvAR 2019/8003, waarin de overheid weliswaar met slechts één private partij in gesprek was, maar zich mocht beroepen op haar aan banden gelegde contractsvrijheid vanwege regelgeving die vereiste dat zij een openbare bieding aan het sluiten van de overeenkomst vooraf zou laten gaan. De rechter oordeelt dat de handelwijze van de overheid tevens in overeenstemming is met het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, zie rov. 4.1, 4.4, 4.5 en 4.6. Zie verder nog Rb. Noord-Holland 23 januari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:461, rov. 4.15 e.v., waarin de rechter niet toekomt aan een toetsing van de beginselen. In rov. 4.27 oordeelt de rechter weliswaar nog naar aanleiding van de op afgebroken onderhandelingen gebaseerde vordering dat de overheid met het door haar gewekte vertrouwen haar contractsvrijheid jegens de private partij heeft prijsgegeven, maar noch die vordering noch dat oordeel zijn op het vertrouwensbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur gebaseerd.

<sup>52</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 483-484.

www.rechtspraak.nl de uitspraken te selecteren die betrekking hebben op een privaatrechtelijk geschil tussen een private partij enerzijds en een overheid anderzijds en waarbij (varianten van) de zoekterm “algemene beginselen van behoorlijk bestuur” nóch in de stellingen van de betrokken partijen voorkomen, nóch in het oordeel van de rechter. Het is wel mogelijk – in aansluiting op het reeds uitgevoerde jurisprudentieonderzoek – om binnen de verzameling van uitspraken die in de onderzochte periode op het terrein van het verbintenissenrecht en het goederenrecht zijn geweest, afzonderlijke elektronische zoekacties uit te voeren. Daarbij zou dan gebruik kunnen worden gemaakt van zoektermen die zijn afgeleid van privaatrechtelijke leerstukken waarbinnen open normen figureren. Vervolgens zouden de gevonden resultaten dan nog handmatig dienen te worden geschoond van zowel de uitspraken waarin de overheid geen procespartij is, als de uitspraken die geen betrekking hebben op gevallen waarin de overheid privaatrechtelijk handelt.

**22.** In mei 2020 is in het kader van het vak Verdieping Contractenrecht aan de *Vrije Universiteit Amsterdam* door 29 studenten een quick scan uitgevoerd naar uitspraken van feitenrechters die binnen de hiervoor geschetste zoekcriteria vallen. Deze studenten kregen de opdracht om uitspraken te selecteren die hetzij verband hielden met een specifieke (on)benoemde overeenkomst, hetzij met een generiek leerstuk van contractenrecht. Wat de specifieke (on)benoemde overeenkomsten betreft, zochten 10 studenten naar uitspraken die betrekking hebben op de koopovereenkomst, de huurovereenkomst, de overeenkomst van opdracht, de erfpachtovereenkomst en de samenwerkingsovereenkomst. De overige 19 studenten zochten naar uitspraken die betrekking hebben op de volgende contractenrechtelijke leerstukken: afgebroken onderhandelingen, schijn van volmachtverlening, dwaling, uitleg, ontbinding en opzegging. Deze quick scan leverde tientallen uitspraken op waarin de rechter een oordeel heeft gegeven over een vordering die in het kader van een privaatrechtelijk overheidscontract op basis van een open norm is ingesteld en waarin een expliciete verwijzing naar een concreet beginsel van behoorlijk bestuur ontbreekt.

**23.** De uitkomsten van de quick scan bevestigen de hiervoor weergegeven stelling van Huisman en Van Ommeren. Zoals hierna nog uitvoeriger zal worden toegelicht, achten zij het problematisch dat rechters in de hiervoor bedoelde gevallen een verwijzing naar de beginselen van behoorlijk bestuur achterwege laten, wanneer zij een open privaatrechtelijke norm moeten invul-

len. Alvorens op die problematisering in te gaan,<sup>53</sup> zullen hierna eerst de tot gevaltype 2 behorende uitspraken aan een nader onderzoek worden onderworpen<sup>54</sup>. Die uitspraken betreffen namelijk gevallen waarin de rechter de beginselen *wel* expliciet noemt wanneer hij invulling geeft aan een open privaatrechtelijke norm. In die gevallen vindt dan geen rechtstreekse (zoals bij gevaltype 1) maar een *indirecte* toetsing aan de beginselen plaats. Nader onderzoek van de tot gevaltype 2 behorende uitspraken kan inzicht geven in de wijze waarop de rechter in dat kader te werk gaat en in de eventuele meerwaarde daarvan.

**24.** Alvorens de tot gevaltype 2 behorende uitspraken nader te onderzoeken, merk ik eerst nog het volgende op. Als het gaat om een *indirecte* toetsing van de beginselen, spreekt men in dit verband ook wel van de zogenoemde “poortfunctie” van de open normen van het privaatrecht: via de poort van die normen dringen de beginselen van behoorlijk bestuur als het ware in het privaatrecht door.<sup>55</sup> Zoals hierna zal blijken, gaat het in de tot gevaltype 2 behorende uitspraken enkel en alleen om de poortfunctie van de redelijkheid en billijkheid. Terzijde: het is in theorie mogelijk om ook nog de poortfunctie van de maatschappelijke zorgvuldigheid (artikel 6:162 lid 2 BW<sup>56</sup>) en van de openbare orde en goede zeden (artikel 3:40 lid 1 BW<sup>57</sup>) te onderscheiden.<sup>58</sup> Men kan zich op basis van het jurisprudentieonderzoek echter afvragen of aan deze laatste open normen in de rechtspraak wel voldoende relevantie toekomt. Zoals hiervoor reeds is aangegeven blijkt uit het onderzoek immers dat in het overgrote deel van de uitspraken – te weten: 32 – de rechter het handelen van de overheid niet *indirect* op de grondslag van onrechtmatige daad<sup>59</sup> aan de beginselen van behoorlijk bestuur behoeft te toetsen, maar dat hij dat handelen *rechtstreeks* aan (mogelijke strijd met) die beginselen kan toetsen.

---

<sup>53</sup> Zie nr. 32 e.v.

<sup>54</sup> Zie nrs. 25 t/m 31.

<sup>55</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 485.

<sup>56</sup> Artikel 6:162 lid 2 BW: ‘Als onrechtmatige daad kan worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond’.

<sup>57</sup> Artikel 3:40 lid 1 BW: ‘Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig’.

<sup>58</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 487-488.

<sup>59</sup> Artikel 6:162 lid 1 BW: ‘Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden’.

Dat komt doordat, voor zover uit de onderzochte uitspraken blijkt met welk beginsel van behoorlijk bestuur de overheid in strijd zou hebben gehandeld, het telkens gaat om een of meer *geschreven* beginselen. Daarmee kan de eventuele onrechtmatige daad van de overheid worden aangemerkt als een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht, zodat de eisende private partij – en daarmee ook de rechter – aan de poort(functie) van de maatschappelijke zorgvuldigheid voorbij kan gaan.<sup>60</sup> Dat is ook de reden waarom die 32 uitspraken zijn ondergebracht bij gevaltype 1. Het oordeel van de rechter over het handelen van de overheid – in het licht van het betreffende beginsel van behoorlijk bestuur – is in dat gevaltype dan als het ware allesbepalend voor het oordeel van de rechter over de onrechtmatigheid van dat handelen. Dat ligt anders in de hierna nog te bespreken uitspraken die tot gevaltype 2 behoren en waarin de beginselen via de poort van een open privaatrechtelijke norm – mede, maar niet uitsluitend – van invloed zijn op de rechterlijke beoordeling. Een opmerking die in het verlengde hiervan nog kan worden gemaakt, betreft de tot gevaltype 1 behorende 2 uitspraken waarin de rechter moest oordelen over de nietigheid van de tussen een private partij en een overheid gesloten overeenkomst. In deze uitspraken maakt de rechter niet duidelijk of hij toetst of de rechtshandeling – in het licht van de gebondenheid van de overheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur – in strijd is met de goede zeden of de openbare orde,<sup>61</sup> dan wel in strijd is met een dwingende wetsbepaling.<sup>62,63</sup> Dat is ook niet nodig: wanneer een overeenkomst naar haar inhoud of strekking immers in strijd is met de beginselen van behoorlijk bestuur, is zij eveneens nietig op grond van artikel 3:40 lid 1 BW, waarbij het dan ook overigens geen verschil maakt of de overheid handelt in strijd met een geschreven dan wel een ongeschreven beginsel.<sup>64</sup> Het voorgaande betekent verder – en hier ligt weer de parallel met de onrechtmatigheid van het hande-

<sup>60</sup> Zie opnieuw artikel 6:162 lid 2 BW. Vgl. conclusie A-G Mok onder nrs. 2.2 t/m 2.4 bij HR 24 april 1992, AB 1992/542, NJ 1993/232, m.nt. M. Scheltema (*Zeeland/Hoondert*).

<sup>61</sup> Zie opnieuw artikel 3:40 lid 1 BW.

<sup>62</sup> Artikel 3:40 lid 2 BW: ‘Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerszijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.’

<sup>63</sup> Het lijkt erop dat de private partij zich in Rb. Den Haag 7 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:9043 op de nietigheid van de overeenkomst beriep vanwege strijd met het gelijkheidsbeginsel. In Rb. Limburg 21 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:5735 verwees de private partij naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het algemeen en in het bijzonder naar ‘het legaliteitsvereiste, de rechtszekerheid en het motiveringsbeginsel’.

<sup>64</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijke overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 493.

len vanwege strijd met een wettelijke plicht – dat voor zover de rechter tot het oordeel komt dat de overheid handelt in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur, *dat* oordeel doorslaggevend is voor het nietigheidsoordeel: het handelen in strijd met de beginselen is dan niet één van de argumenten waarmee dat oordeel wordt geconstrueerd, zoals dat het geval is wanneer de beginselen via de poort van een open privaatrechtelijke norm naar binnen worden gehaald.

25. Daarmee kom ik toe aan de vraag hoe de poortfunctie van de redelijkheid en billijkheid op dit moment in de praktijk functioneert.<sup>65</sup> Zoals hiervoor aangegeven, zal deze vraag hierna worden beantwoord aan de hand van een nadere bestudering van de uitspraken die behoren tot het gevaltype 2. De algemene indruk die op basis van het onderzoek is verkregen, is dat het door de rechter in de beoordeling betrekken van de beginselen van behoorlijk bestuur weinig tot niets lijkt toe te voegen aan de beoordeling die zou hebben plaatsgevonden in het geval dat die beginselen *niet* in de beoordeling zouden zijn betrokken. Hierna volgt een korte bespreking van de relevante<sup>66</sup> uitspraken, ter onderbouwing van deze stelling.

26. De eerste zaak betreft het geval waarin de overheid als eigenaar van een perceel grond de private erfpachter toestemming tot overdracht van erfpacht weigert.<sup>67</sup> Die toestemming mag op grond van artikel 5:91 lid 4 BW echter alleen worden geweigerd op redelijke gronden. De rechter merkt met een verwijzing naar het arrest *Amsterdam/Ikon*<sup>68</sup> op dat in het geval dat de overheid eigenaar is, de weigering van de toestemming tevens moet worden getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en vervolgt dan met de overweging: ‘Dat betekent onder meer dat de belangen van de erfpachter

---

<sup>65</sup> Dat is wat ook Huisman en Van Ommeren zich afvragen, zie hun *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 486.

<sup>66</sup> In 1 van de 8 uitspraken komt de rechter zoals gezegd niet toe aan de inkleuring van een open privaatrechtelijke norm, zie Rb. Midden-Nederland (vzr.) 6 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2484. In 1 andere uitspraak overweegt de rechter dat nader onderzoek nodig is – waarvoor een kort geding zich echter niet leent – om de juistheid te kunnen beoordelen van de op de redelijkheidsnorm van artikel 7:411 lid 2 BW gebaseerde stellingen van de private partij dat de overheid, mede nu zij ook in haar civielrechtelijke betrekkingen gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, wanprestatie heeft geleverd door de overeenkomst met hem niet goed uit te voeren en door de onzorgvuldige opzegging van de overeenkomst, zie Rb. Den Haag (vzr.) 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:16380.

<sup>67</sup> Rb. Rotterdam 31 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6826.

<sup>68</sup> HR 27 maart 1987, *NJ* 1987/727; *AB* 1987/273, m.nt. F.H. van der Burg; *AA* 1988/02, m.nt. P.W.C. Akkermans.

bij het besluit tot weigering aantoonbaar moeten zijn meegewogen.<sup>69</sup> Behoudens dat dit een wat vreemde overweging is – alsof de belangen van de erfpachter aantoonbaar *niet* behoeven te worden meegewogen in het geval dat de eigenaar *niet* aan de beginselen zou zijn gebonden? – lijkt het oordeel ook overigens enigszins gratuite te zijn. De rechter vervolgt zijn beoordeling namelijk met een afweging van de belangen van partijen, maar doet dat op dezelfde wijze waarop een rechter dat zou doen indien de eigenaar niet aan de beginselen van behoorlijk bestuur zou zijn gebonden.<sup>70</sup> Weliswaar wordt in die belangenafweging rekening gehouden met de bijzondere positie van de overheid als eerstverantwoordelijk voor de planvorming in het kader van de integrale gebiedsontwikkeling, maar met *dat* belang kan de rechter ook rekening houden via de band van een of meer gezichtspunten die een vast onderdeel vormen van van de meeromvattende gezichtspuntencatalogi die de burgerlijke rechter kan hanteren in het kader van een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid.<sup>71</sup>

27. In de tweede zaak hebben een overheid en een private partij een geschil over de uitoefening door de overheid van haar contractuele bevoegdheid tot vaststelling van een nieuwe huurprijs met betrekking tot een bedrijfsterrein.<sup>72</sup> In dat kader vordert de private partij onder andere nakoming van de verplichting van de overheid om volledige openheid van zaken te geven wat betreft de door gebruikers van soortgelijke terreinen betaalde gebruiksvergoedingen. Deze verplichting vloeit volgens de private partij (mede) voort uit de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, waarmee zij vermoedelijk het oog heeft op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>73</sup> De private partij doet in dat kader “op de voet van artikel 3:14 BW” ook een beroep op de beginselen van behoorlijk bestuur. De rechter oordeelt vervolgens – door aan te sluiten bij de verdere inhoud van de overeenkomst – dat op de overheid in beginsel een verplichting rust om openheid van zaken te geven. De rechter

<sup>69</sup> Rb. Rotterdam 31 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6826, rov. 6.11.

<sup>70</sup> Rb. Rotterdam 31 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6826, rov. 6.12 en 6.13.

<sup>71</sup> Te denken valt aan het in artikel 3:12 BW genoemde gezichtspunt van “de in het concreet voorliggende geval betrokken maatschappelijke en persoonlijke belangen” en het in de jurisprudentie ontwikkelde gezichtspunt van de “hoedanigheid” of “maatschappelijke positie” van partijen.

<sup>72</sup> Rb. Rotterdam 27 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:724, TvHB 2019/07, UDH: TvHB/15487 m.nt. F. Van Westrhenen en TvHB 2019/08, UDH: TvHB/15488 m.nt. M. van Schie.

<sup>73</sup> Artikel 6:248 lid 1 BW. De rechter lijkt dat ook zo te begrijpen, daar waar hij in het kader van de aanvulling van de overeenkomst in rov. 4.14 aansluit bij hetgeen partijen reeds in de overeenkomst hebben geregeld.

heeft de beginselen van behoorlijk bestuur echter niet nodig om tot dat oordeel te komen.<sup>74</sup> Vervolgens gaat de rechter in op de vraag naar de reikwijdte van de verplichting. Bij de beantwoording van deze vraag weegt de rechter ook de belangen van derden mee, gelet op de concurrentiegevoeligheid en het bedrijfsvertrouwelijke karakter van de door private huurder gevorderde informatie. De rechter doet dat echter opnieuw zonder daarvoor een zichtbaar beroep te doen op de gebondenheid van de overheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur en zonder dat hij de bijzondere hoedanigheid van de overheid als relevant gezichtspunt in zijn beoordeling betreft.<sup>75</sup> Zou de verhuurder van het bedrijfsterrein in dit geval niet aan de beginselen zijn gebonden, dan zou de rechter dezelfde beoordeling hebben uitgevoerd.

**28.** In de derde zaak vordert een private partij ontbinding van de met een overheid gesloten samenwerkingsovereenkomst vanwege een tekortkoming van de overheid in de nakoming van een contractuele verplichting.<sup>76</sup> Ook in deze zaak probeert de private partij die verplichting mede te construeren met behulp van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, die haars inziens zouden kunnen worden ingekleurd met de beginselen van behoorlijk bestuur. In dit geval komt de rechter echter niet toe aan een aanvulling van de overeenkomst – laat staan dat hij daarvoor een beroep doet op de beginselen – omdat de door de private partij gezochte verplichting reeds voldoende in de tekst van de overeenkomst zelf is voorzien.

**29.** In de vierde zaak legt een private partij met haar vorderingen onder andere de vraag op tafel of de overheid in de toekomst een overeenkomst, op basis waarvan zij in het verleden een voorkeursrecht aan de private partij heeft verleend, kan opzeggen en – zo ja – onder welke voorwaarden dat dan dient te gebeuren, mede in het licht van de gebondenheid van de overheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>77</sup> De rechter begint zijn beantwoording van deze vragen met een impliciete verwijzing naar de op de (aanvullende werking van de) redelijkheid en billijkheid gebaseerde standaardjurisprudentie van de Hoge Raad over de opzegging – mede ook door overheden – van duurovereenkomsten.<sup>78</sup> In die standaardjurisprudentie fungeert de redelijk-

---

<sup>74</sup> Rb. Rotterdam 27 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:724, rov. 4.14.

<sup>75</sup> Rb. Rotterdam 27 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:724, rov. 4.15 t/m 4.17.

<sup>76</sup> Rb. Den Haag 7 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14070.

<sup>77</sup> Rb. Den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:15754, RN 2019/28.

<sup>78</sup> Rb. Den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:15754, rov. 4.29. Zie bijvoorbeeld HR 28 oktober 2011, NJ 2012/685, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai; AB 2012/85 m.nt. F.J. van Ommeren; *Gst.* 2012/49, m.nt. A.J. van Poortvliet; *TBR* 2012/58, m.nt. J.E. Brink-van der



heid en billijkheid overigens niet als poortfunctie voor de beginselen van behoorlijk bestuur. Dat laat natuurlijk onverlet dat de overheid de beginselen in acht zal moeten nemen wanneer zij de overeenkomst wil opzeggen.<sup>79</sup> Wat dat precies betekent in het geval dat de overheid in de toekomst overgaat tot opzegging van de onderhavige overeenkomst, dat kan de rechter niet aangeven: dat zal namelijk afhangen van de wijze waarop de opzegging in concreto plaatsvindt.<sup>80</sup> Tegelijkertijd is de rechter wel in staat om op basis van de redelijkheid en billijkheid nu reeds te oordelen – en opnieuw: zonder dat de beginselen van behoorlijk bestuur er daarbij aan te pas komen – dat een opzegtermijn van één jaar, zonder een aanvullende verplichting tot schadevergoeding, in dit geval redelijk is.<sup>81</sup>

**30.** In de vijfde zaak komt een private partij op tegen de weigering door een overheid om een erfpachtrecht te verlengen.<sup>82</sup> In het kader van haar primaire vordering tot nakoming stelt de private partij zich onder andere op het standpunt dat de erfpacht(voorwaarden) op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid<sup>83</sup> zouden moeten worden aangevuld met een verplichting van de overheid om haar financieel te compenseren. Bij de beantwoording van de vraag of de redelijkheid en billijkheid in dit geval zo'n verplichting meebrengen, ontleent de private partij een steunargument aan de gebondenheid van de overheid aan het evenredigheidsbeginsel<sup>84,85</sup> Niettegenstaande het feit dat artikel 6:248 BW in het goederenrecht volgens de rechter terughoudend moet worden toegepast,<sup>86</sup> gaat deze vervolgens in op het beroep op het evenredigheidsbeginsel. Hij doet dat met een verwijzing naar zijn beoordeling van de subsidiaire vordering van de private partij tot schadevergoeding.<sup>87</sup> Die vordering is direct gebaseerd op vermeend handelen van de overheid in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder opnieuw het evenredigheidsbeginsel.<sup>88</sup> In de beoordeling van de subsidiaire vor-

---

Meer en A.J. van der Vegt.

<sup>79</sup> Rb. Den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:15754, rov. 4.34.

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> Rb. Den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:15754, rov. 4.32 en 4.33.

<sup>82</sup> Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2826.

<sup>83</sup> Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2826, rov. 4.24.

<sup>84</sup> Artikel 3:4 Awb.

<sup>85</sup> Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2826, rov. 4.24.

<sup>86</sup> Vermoedelijk is artikel 6:248 lid 1 BW in dit geval toegepast via de schakelbepaling van artikel 6:216 BW.

<sup>87</sup> Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2826, rov. 4.24 *jo.* 4.26 e.v.

<sup>88</sup> Deze uitspraak kadert daarmee zoals gezegd niet alleen binnen gevaltype 2, maar ook binnen gevaltype 1.

dering gaat de rechter in op het belang van de overheid bij herontwikkeling van het betreffende perceel en overweegt hij verder dat de private partij over wetenschap beschikte op basis waarvan zij tijdig had kunnen anticiperen op de beëindiging van het erfpachtrecht en haar financieel nadeel aldus had kunnen beperken.<sup>89</sup> Dit zijn argumenten die eveneens zouden kunnen worden gebruikt in het kader van de beoordeling van een beëindiging van een overeenkomst, zonder dat daarbij sprake is van een aan de beginselen van behoorlijk bestuur gebonden overheid. Dat de argumentatie door de rechter wordt opgebouwd vanuit het evenredigheidsbeginsel, levert op zichzelf geen nieuwe argumenten op. Wat overigens opvalt, is dat de rechter vervolgens oordeelt dat – nu er in het kader van de subsidiaire vordering is geoordeeld dat er geen sprake is van schending van het evenredigheidsbeginsel – het beroep op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid in het kader van de primaire vordering niet opgaat.<sup>90</sup> Dat suggereert dat de inkleuring van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid volledig zou worden bepaald door het antwoord op de vraag of de overheid het evenredigheidsbeginsel al dan niet heeft geschonden. Daarmee lijkt de rechter eraan voorbij te gaan dat er daarnaast ook nog sprake kan zijn van andere feiten en omstandigheden die, via de band van de gezichtspuntencatalogus van artikel 6:248 lid 1 BW, gewicht in de schaal kunnen leggen.

**31.** In de zesde zaak komt een private partij op tegen de weigering door een overheid om haar medewerking en toestemming te verlenen aan de vreemding door de private partij van haar erfpachtrecht aan een derde, gevolgd door wijziging van de erfpachtbestemming van de gronden en de verlening van een opstalrecht voor de realisatie van een gedeelte van een zonnepark op die gronden.<sup>91</sup> De door de private partij ingestelde vorderingen tot het verlenen van medewerking en toestemming zijn onder andere gebaseerd op de stelling dat de overheid met haar weigering toerekenbaar tekortschiet in haar verplichtingen uit hoofde van de erfpachtovereenkomst en dat de overheid op basis van die overeenkomst gebonden is aan de eisen van redelijkheid en billijkheid.<sup>92</sup> De uitspraak maakt niet duidelijk of de rechter dat laatste opvat als een beroep op de aanvullende dan wel de beperkende wer-

---

<sup>89</sup> Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2826, rov. 4.38.

<sup>90</sup> Rb. Noord-Holland 22 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2826, rov. 4.24.

<sup>91</sup> Rb. Den Haag (vzr.) 16 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7094, TvAR 2019/8003.

<sup>92</sup> De private partij baseert haar andere vorderingen – deels binnen de kaders van de grondslag van onrechtmatige daad – rechtstreeks op handelen van de overheid in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur. Om die reden kadert deze uitspraak zoals eerder aangegeven ook in gevaltype 1.

king van redelijkheid en billijkheid.<sup>93</sup> Wat wel duidelijk is, is dat de rechter bij de toepassing van de redelijkheid en billijkheid tot uitgangspunt neemt dat in dat kader ook betekenis toekomt aan de beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>94</sup> De rechter oordeelt namelijk dat de overheid in beginsel zelf de bevoegdheid heeft om te bepalen of zij gronden in erfpacht uitgeeft en met welk doel. Dat ook voor de overheid contractsvrijheid geldt, laat volgens de rechter onverlet dat de overheid daarbij wel – anders dan een private partij – de beginselen van behoorlijk bestuur in acht moet nemen.<sup>95</sup> Vervolgens gaat de rechter over tot de beantwoording van de vraag of de overheid in redelijkheid haar medewerking heeft kunnen onthouden. De argumenten die de rechter gebruikt om tot een bevestigende beantwoording van die vraag te komen, zijn opnieuw argumenten die de rechter ook zou kunnen hanteren in een geval waarin de rechtsverhouding zou bestaan tussen een private erfpachter en een grondeigenaar die niet aan de beginselen van behoorlijk bestuur is gebonden. Voor zover die argumenten verband houden met het feit dat de overheid op grond van haar gebondenheid aan nadere regelgeving<sup>96</sup> en haar daarop gebaseerde beleid enkel een nieuw – want gewijzigd qua bestemming – erfpachtrecht of een opstalrecht kan verlenen na een daaraan voorafgaande openbare biding, ontleent de rechter deze argumenten niet aan de gebondenheid van de overheid aan de beginselen van bestuur. Wat de rechter enkel doet – en in zoverre onderscheidt deze uitspraak zich van de hiervoor besproken 5 andere uitspraken – is aan zijn redenering toevoegen dat de hiervoor bedoelde argumenten óók in lijn zijn met een aantal van de beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>97</sup> Maar daarmee leveren die beginselen op zichzelf geen nieuwe argumenten op.

**32.** Huisman en Van Ommeren hebben in hun onderzoek naar de poortfunctie van de redelijkheid en billijkheid onder andere geconcludeerd: ‘Op basis van de jurisprudentie is het niet steeds even duidelijk of (en zo ja welke) algemene beginselen van behoorlijk bestuur een rol hebben gespeeld bij de

---

<sup>93</sup> In rov. 4.7 lijkt de rechter uit te gaan van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

<sup>94</sup> Mogelijk is de rechter op dat spoor gezet door de andere vorderingen van de private partij, zie de voorlaatste voetnoot hierboven. De beoordelingen van de verschillende vorderingen lopen in deze uitspraak ook overigens enigszins door elkaar heen.

<sup>95</sup> Rb. Den Haag (vzr.) 16 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7094, rov. 4.1.

<sup>96</sup> Regeling beheer onroerende zaken 2017.

<sup>97</sup> Rb. Den Haag (vzr.) 16 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7094, rov. 4.5: ‘Dat is ook in overeenstemming met het zorgvuldigheidsbeginsel dat het RVB bij zijn handelen in acht moet nemen’ en rov. 4.6: ‘(...) en strookt met het gelijkheidsbeginsel dat het RVB in acht dient te nemen.’

invulling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen. De verklaring daarvoor is dat deze privaatrechtelijke open norm zelf al voldoende ruimte biedt om rekening te houden met de bijzondere positie die de overheid in een concreet geval in kan nemen, waardoor het minder nodig is voor de rechter om (tevens) te verwijzen naar bepaalde beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>98</sup> De jurisprudentie waar de auteurs op doelen, betreft overigens een aantal arresten van de Hoge Raad.<sup>99</sup> Het in het kader van dit paper uitgevoerde nadere onderzoek van de recente uitspraken die tot gevaltype 2 behoren, wijst uit dat de feitenrechter de beginselen in die uitspraken weliswaar noemt maar deze vervolgens geen zichtbare rol laat spelen bij de invulling van de redelijkheid en billijkheid. De verklaring die daarvoor kan worden gegeven, sluit overigens aan bij de hiervoor geciteerde verklaring van Huisman en Van Ommeren.

33. Daarmee ligt de vraag op tafel of de door de rechter gevolgde werkwijze problematisch is. Huisman en Van Ommeren menen van wel: 'Ofschoon vanuit een oogpunt van rechtsvinding begrijpelijk, is dit vanuit het oogpunt van rechtsvorming en rechtseenheid minder gelukkig. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn als een verzameling van normen immers meer gedifferentieerd van karakter en bieden een scherpere beoordelingsmaatstaf dan de amorfe (open) norm van de redelijkheid en billijkheid. Door naar een specifiek beginsel te verwijzen is ook een preciezer onderbouwd rechterlijk oordeel mogelijk. Daar komt bij dat als explicieter naar deze beginselen wordt verwezen de verschillen in toetsing aan bepaalde beginselen tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter inzichtelijker worden; eventuele verschillen komen sneller aan het licht en er kan worden gewaakt voor het uiteenlopen van de toepassing zonder dat daarvoor een goede verklaring is.'<sup>100</sup> Zij herhalen deze stellingen elders in hun onderzoek en voegen daar nog aan toe: 'Het zou al met al veel inzicht bieden als de rechter meer expliciet kan overwegen welke betekenis aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in een bepaald geval toekomt en welke niet.'<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 487.

<sup>99</sup> HR 20 mei 1994, *NJ* 1995/691, m.nt. C.J.H. Brunner (*De negende van OMA*); HR 9 januari 1998, *NJ* 1998/363, m.nt. A.R. Bloembergen (*Apeldoorn/Duisterhof*); HR 7 mei 2004, *AB* 2004/247, m.nt. G.A. van der Veen (*Heerde/Goudsmit*); en HR 15 maart 1991, *NJ* 1991/399 (*Körfer/Heerlen*).

<sup>100</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 487. Zie in kritische zin eerder ook al H.J. Simon en A.Q.C. Tak, 'Het BW als 'zwart gat'', *NTBR* 1994, p. 173-180, in het bijzonder op p. 177 en p. 180.

<sup>101</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB)

34. Wat te denken van deze stellingen? Vooropgesteld kan worden dat wanneer een private partij een vordering jegens de overheid instelt op de grondslag van een op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde open norm, de rechter bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen op grond van artikel 3:12 BW rekening moet houden met de volgende gezichtspunten: de algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.<sup>102</sup> Met Huisman en Van Ommeren kan worden aangenomen dat de verwijzing in het artikel naar de “algemeen erkende rechtsbeginselen” inhoudt dat de rechter bij de invulling van de redelijkheid en billijkheid in de hier besproken gevallen tevens rekening moet houden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>103</sup> Maar dat betekent niet dat de rechter bij de invulling van de redelijkheid en billijkheid in een concreet geval de bijzondere positie van de overheid, de belangen waarmee zij rekening dient te houden en de diensgevolge aan haar te stellen eisen enkel en alleen via de band van het genoemde gezichtspunt zou kunnen verdisconteren.<sup>104</sup> Artikel 3:12 BW laat zien dat de rechter dat ook kan doen met gebruikmaking van de andere in het artikel genoemde gezichtspunten.

35. Dat de rechter in staat zou zijn om “scherper” te oordelen en dat oordeel “preciezer” te onderbouwen wanneer hij bij de invulling van de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval zichtbaar gebruik zou maken van de beginselen van behoorlijk bestuur, die als beoordelingsmaatstaf “meer gedifferentieerd” van karakter zouden zijn dan de “amorphe” open normen van de

---

2019, p. 507.

<sup>102</sup> Zie artikel 3:12 BW.

<sup>103</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 486. Zie ook HR 25 oktober 1991 (*Cornelissen/Groningen*), AB 1992/88, m.nt. F.H. van der Burg; NJ 1992/299 m.nt. M. Scheltema en J.B.M. Vranken. En onder omstandigheden zou dit dan inderdaad tot gevolg kunnen hebben dat andere, strengere eisen kunnen worden gesteld aan de overheid dan aan een private partij, zoals Huisman en Van Ommeren op de aangegeven pagina opmerken met verwijzing naar M.W. Scheltema, ‘Doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht in drievoud’, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2009, p. 50, 51. Zij lichten dat toe op p. 494-495.

<sup>104</sup> Artikel 3:12 BW moet overigens niet worden begrepen als een “afvinklijst”. Afhankelijk van de aard van het geval waarover de rechter heeft te oordelen, zal hij het accent wat meer op het ene gezichtspunt dan op het andere kunnen leggen. Dat laat onverlet dat het artikel de rechter ertoe verplicht inzichtelijk te maken welke belangen en welke rechtsbeginselen hij uiteindelijk in zijn oordeel heeft laten meewegen, zie MvT. Parl. Gesch. InvW 3, p. 1036.

redelijkheid en billijkheid,<sup>105</sup> blijkt mijns inziens niet uit de onderzochte jurisprudentie.<sup>106</sup> Immers, de nadere analyse van de tot gevaltype 2 behorende uitspraken wijst nu juist uit dat het in de beoordeling betrekken van die beginselen weinig tot niets lijkt toe te voegen aan de inhoudelijke argumentatie waartoe de rechter zou komen, wanneer hij de bijzondere positie van de overheid, de belangen waarmee zij rekening moet houden en de in verband daarmee aan haar te stellen eisen in zijn oordeel zou verdisconteren door de open norm in te vullen *zonder* daarbij naar de beginselen van behoorlijk bestuur te verwijzen. En in zoverre bevestigt het onderzoek de relativerende opmerkingen die vanuit de privaatrechtelijke literatuur destijds al bij het arrest *Amsterdam/Icon* zijn geplaatst.<sup>107</sup>

36. De werkwijze van de rechter lijkt evenmin problematisch wanneer die wordt gezien vanuit de wens om in geval van privaatrechtelijk overheidshandelen bij de invulling van de open norm ook de belangen van derden te kunnen meewegen. Daarvoor is namelijk niet nodig de beginselen van behoorlijk bestuur – voor zover de verplichting van de overheid om rekening te houden met de belangen van derden daarmee verband houdt – via de poort van de redelijkheid en billijkheid naar binnen te dragen.<sup>108</sup> Ook dat blijkt uit een aantal van de voor dit onderzoek geselecteerde uitspraken.<sup>109</sup>

---

<sup>105</sup> Van Ommeren heeft zich al in vergelijkbare bewoordingen uitgelaten in zijn annotatie bij het arrest *RZG/ComforMed*: HR 4 april 2003, AB 2003/365 m.nt. F.J. van Ommeren, nr. 2.

<sup>106</sup> Nog daargelaten dat wanneer de open normen van de redelijkheid en billijkheid inderdaad een verhoudingsgewijs onvoldoende scherpe beoordelingsmaatstaf zouden bieden, dat niet alleen problematisch is in die gevallen waarin de rechter het privaatrechtelijk handelen van de overheid moet beoordelen, maar in feite in *alle* gevallen waarin het privaatrechtelijk handelen van een rechtssubject met gebruikmaking van die maatstaf moet worden beoordeeld. Dat is een conclusie die ik niet voor mijn rekening zou willen nemen.

<sup>107</sup> HR 27 maart 1987, NJ 1987/727; AB 1987/273, m.nt. F.H. van der Burg; AA 1988/02, m.nt. P.W.C. Akkermans. Zie bijvoorbeeld J.B.M. Vranken, 'Wisselwerking tussen privaatrecht en bestuursrecht', in: J.A.F. Peters, M.H. Kobussen (red.), *Bestuursrecht en Nieuw BW*, Zwolle 1988, p. 27 en in dezelfde JUVAT-bundel: W. Snijders, 'Artikel 3.1.1.15 nieuw BW en de schakelbepalingen nader bezien', p. 49-69 op p. 57. Instemmend J.C.E. Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid*, diss. Nijmegen 1989, Deventer: Kluwer 1989, p. 63. Vgl. ook R.P.J.L. Tjittes, 'Herbezinning op de grondslagen van de overheidsaansprakelijkheid', in: *Preadviezen 1996 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Lelystad: Vermande 1996, p. 37 met betrekking tot de invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Zie voor een overzicht ook H. Nijholt, *Op weg naar een bestuursrechtelijke normering van het gemeentelijk aanbestedingsbeleid in de bouw*, diss. Maastricht 1996, Deventer: Kluwer 1996, p. 30-31. Vgl. in dit verband ook R. Ortlep, *Redelijkheid en billijkheid in het bestuursrecht* (oratie Heerlen OU), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 14-15.

<sup>108</sup> Zoals Huisman en Van Ommeren dat doen in hun analyse van het arrest HR 20 mei 1994,

37. Wat dan nog resteert, is het door Huisman en Van Ommeren aangevoerde argument van consistente toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur in het publiek- en privaatrecht. Wanneer de rechter in zijn oordelen explicieter naar de beginselen zou verwijzen, zou dat een eventueel verschil in toetsing aan bepaalde beginselen tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter inzichtelijker kunnen maken en zouden onwenselijke verschillen sneller aan het licht kunnen komen. Om dit argument goed te kunnen waarderen, zal eerst de vergelijking moeten worden gemaakt tussen de stand van zaken voor wat betreft de ontwikkeling van de jurisprudentie van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Zoals aangegeven aan het begin van de beantwoording van deze vraagstelling, vindt die vergelijking niet in dit paper plaats. Vooruitlopend op die eventuele vergelijking in de toekomst, wordt hier – wellicht ten overvloede – nog het volgende opgemerkt. Wat de jurisprudentie van de burgerlijke rechter betreft, hebben de te vergelijken uitspraken géén betrekking op de tot gevaltype 1 behorende zaken waarbij de private partij haar vordering – binnen de kaders van de gekozen privaatrechtelijke grondslag – *direct* baseert op handelen van de overheid in strijd met de beginselen van bestuur en waarbij die vordering voor toewijzing gereed zal liggen indien het handelen van de overheid inderdaad in strijd met de beginselen wordt geoordeeld. De in de vergelijking te betrekken uitspraken zien enkel op de tot gevaltype 2 behorende zaken waarbij de gebondenheid van de overheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur eventueel kleur kan geven aan de toepassing van een open norm, die de werkelijke grondslag van de vordering vormt. Om een goede vergelijking te kunnen maken, zou bij *dat* gevaltype uitspraken de bestuursrechtelijke pendant moeten worden gezocht.

## Vraag 2

*Dringt zich bij de beantwoording van de eerste vraag een onderscheid op tussen de materiële en de formele beginselen van behoorlijk bestuur? Als differentiatie blijkt tussen materiële en formele beginselen van behoorlijk bestuur dan wel differentiatie tussen de formele beginselen onderling, bestaat daarvoor dan een rechtvaardiging en*

---

NJ 1995/691, m.nt. C.J.H. Brunner (*De negende van OMA*), zie *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 486. De op die pagina geplaatste opmerking dat men het meewegen van belangen van derden kan zien als “aan het vermogensrecht vreemd” dient ook overigens te worden genuanceerd.

<sup>109</sup> Zie Rb. Rotterdam 27 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:724, *TvHB* 2019/07, UDH:TvHB/15487 m.nt. F. Van Westrhenen en *TvHB* 2019/08, UDH:TvHB/15488 m.nt. M. van Schie en Rb. Den Haag (vzr.) 16 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7094, *TvAR* 2019/8003.

*zo ja, welke? Speelt het Europese recht (bijvoorbeeld artikel 6 EVRM) in dit verband een rol en zo ja, welke?*

38. In het kader van de beantwoording van vraag 1 is aan de hand van een jurisprudentieonderzoek nagegaan hoe de burgerlijke feitenrechter de beginselen van behoorlijk bestuur op dit moment toepast. Daarbij is niet ingegaan op de vraag of de rechter bij het toepassen van die beginselen een onderscheid maakt tussen de materiële en de formele beginselen van behoorlijk bestuur dan wel differentieert tussen de formele beginselen onderling: daarover gaat vraag 2.

39. Bij de beantwoording van vraag 2 wordt verondersteld dat deze vraag kadert in het onderscheid dat in het Nederlandse bestuursrecht wordt gemaakt tussen de formele en de materiële beginselen van behoorlijk bestuur, in die zin dat wanneer een overheidshandeling in strijd is met een formeel beginsel, dit nog niet noodzakelijk met zich brengt dat die handeling ook in materieel opzicht onrechtmatig is. Dat maakt nieuwsgierig naar het gewicht dat de burgerlijke rechter aan de formele beginselen toekent in een privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen een overheid en een private partij, zeker nu de jurisprudentie waarin deze kwestie al aan de orde is gekomen schaars is.<sup>110</sup>

40. Het kernarrest van de Hoge Raad dat in dit verband dient te worden genoemd, is het arrest *Coevorden/Gasfabriek*.<sup>111</sup> In deze zaak is de opzegging door de overheid van een privaatrechtelijke concessie-overeenkomst door de burgerlijke rechter getoetst aan de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder aan het (formele) zorgvuldigheidsbeginsel en de daarmee verband houdende uitwerking van de hoorplicht in artikel 4:7 Awb. Betekent het niet horen van de private partij dat de burgerlijke rechter in het kader van de beoordeling van – in dit geval – de opzegging van een privaatrechtelijke overeenkomst tot het oordeel zou moeten komen dat de privaatrechtelijke opzegging niet rechtsgeldig heeft plaatsgevonden? De Hoge Raad oordeelt van niet: '[niet] valt (...) in te zien hoe de (...) gerelateerde feiten en omstandigheden bij toetsing van de opzegging door de bodemrechter aan het zorgvuldigheidsbeginsel zouden kunnen meebrengen dat de onderhavige opzegging niet rechtsgeldig heeft plaatsgevonden, althans geen effect zou kunnen sorteren dan nadat de Gemeente in goed overleg met de Gasfabriek en met inachtne-

---

<sup>110</sup> Vgl. Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 485 en 496.

<sup>111</sup> HR 9 april 1999, *NJ* 2000/219, m.nt. M. Scheltema (*Coevorden/Gasfabriek*).



ming van de betrokken belangen die opzegging heeft heroverwogen. Met name valt niet in te zien waarom dat beginsel zou meebrengen dat de Gemeente bij een zorgvuldige afweging van de belangen van de Gasfabriek bij voortzetting van de gasdistributie in de gemeente Coevorden had moeten afzien van het gebruik van haar bevoegdheid om de concessie-overeenkomst op te zeggen, althans zou meebrengen dat de opzegging eerst rechtsgevolg verkrijgt nadat de Gemeente de Gasfabriek heeft gehoord en de opzegging met inachtneming van alle daarbij betrokken belangen heeft heroverwogen.’<sup>112</sup>

**41.** In hun analyse van het arrest merken Huisman en Van Ommeren onder andere op: ‘Het zorgvuldigheidsbeginsel legt in de overwegingen van de Hoge Raad *niet zoveel gewicht* in de schaal dat de opzegging op een andere – meer zorgvuldige – wijze had moeten plaatsvinden dan was overeengekomen. We zouden kunnen zeggen dat aldus het zorgvuldigheidsbeginsel daarmee *geen inbreuk* maakt op het *pacta sunt servanda*-beginsel. Aan het zorgvuldigheidsbeginsel komt in dit geval *geen aanvullende werking* toe. Het is in casu niet nodig dat er een *extra verplichting*, naast de reeds bestaande contractuele verplichting met betrekking tot de opzegging, bestaat dat betrokkenen bij opzegging moeten worden gehoord en dat een heroverweging van de opzegging dient plaats te vinden. Daarbij lijkt een rol te spelen dat een hoorplicht in dit geval niet tot een inhoudelijk ander oordeel van de gemeente bij de opzegging had behoeven leiden (mijn cursiveringen, CJ).’<sup>113</sup> De auteurs laten hier zien – zie mijn cursiveringen in de hiervoor geciteerde tekst – dat het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur op verschillende manieren in het privaatrecht kan doorwerken. “Gewicht in de schaal leggen” houdt in dat meerdere beginselen naast elkaar kunnen bestaan, maar dat het ene beginsel zwaarder kan wegen dan het andere. “Inbreuk maken” betekent dat het ene beginsel door het andere opzij wordt gezet. “Aanvullende werking” betekent dat de werking van één beginsel alleen leidt tot een leemte in de regeling van de contractuele verhouding die – zonder dat dit consequenties voor dat ene beginsel heeft – moet worden opgevuld door nog een ander beginsel werking te laten hebben.

**42.** Dat deze verschillende manieren van doorwerking mogelijk zijn, laat onverlet dat de wijze waarop de burgerlijke rechter het zorgvuldigheidsbeginsel in een concreet geval toepast uiteindelijk afhangt van de wijze waarop het

---

<sup>112</sup> Rov. 3.4.

<sup>113</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019, p. 497-498.

beginsel door de private partij in de civiele procedure in stelling is gebracht. Dat de Hoge Raad in het arrest *Coevorden/Gasfabriek* slechts beperkt gewicht aan het zorgvuldigheidsbeginsel toekent, moet in *dat* licht worden gezien. In dit verband zij er op gewezen dat de aanleiding tot het arrest een door de overheid ingestelde vordering in kort geding betrof en dat de private partij zich in het kader van haar verweer tegen die vordering op de vermeende schending van het zorgvuldigheidsbeginsel beriep. Dat de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en de daarmee verband houdende hoorplicht in *dit* geval de rechtsgeldigheid van de privaatrechtelijke opzegging van de overeenkomst niet kon aantasten, betekent derhalve niet dat die aantasting in *alle* gevallen onmogelijk zal zijn. Een private partij kan in geval van opzegging immers ook zelf een vordering instellen en daarmee de vraag aan de rechter voorleggen of de overeenkomst in redelijkheid door de ander kon worden opgezegd. Bij de beantwoording van die vraag zal de rechter dan – ongeacht of de opzegging door een private partij of door een overheid plaatsvindt – moeten nagaan of de opzeggende partij zich de redelijke belangen van haar wederpartij voldoende heeft aangetrokken. Daarvoor zal nodig zijn dat de opzeggende partij die belangen kende of behoorde te kennen. En daarvoor zal mogelijk nodig zijn, dat zij op zoek is gegaan naar informatie, teneinde inzicht te verkrijgen in de belangen van haar wederpartij. En daarvoor kan weer nodig zijn dat zij zich heeft geïnformeerd, bijvoorbeeld door het stellen van vragen aan haar wederpartij. En als zij dat laatste niet heeft gedaan, waardoor zij de belangen van haar wederpartij onvoldoende kende, met als mogelijk gevolg dat zij zich die belangen onvoldoende heeft aangetrokken, kan de schending van haar informatieplicht doorwerken in het oordeel van de rechter dat de opzeggende partij zich de belangen van haar wederpartij – die zij immers *behoorde* te kennen – onvoldoende heeft aangetrokken, waarmee de vordering van de private partij voor toewijzing gereed ligt. Ik merk opnieuw op dat de burgerlijke rechter deze redenering ook zou kunnen volgen in het geval dat de overheid de opzeggende partij is, zonder dat de rechter zich daarbij behoeft te baseren op de beginselen van behoorlijk bestuur.

**43.** Dat de burgerlijke rechter het privaatrechtelijk handelen van de overheid – in het arrest *Coevorden/Gasfabriek*: het opzeggen van een duurovereenkomst – onaangetast laat, ook wanneer dat handelen gepaard is gegaan met een schending van een formeel beginsel van behoorlijk bestuur, betekent tot slot niet dat een dergelijke schending privaatrechtelijk betekenisloos is. De

private partij kan die schending immers ten grondslag leggen aan een vordering tot schadevergoeding op basis van onrechtmatige daad.<sup>114</sup>

**44.** In de jurisprudentie die in het kader van de beantwoording van vraag 1 is geselecteerd en onderzocht, zijn geen uitspraken aangetroffen waarin door de rechter dezelfde benadering is gevolgd (of daarvan is afgeweken) als door de Hoge Raad in het arrest *Coevorden/Gasfabriek*. In een aantal van de tot gevaltype 1 behorende uitspraken zijn daarentegen wel voorbeelden gevonden van uitspraken waarin de private partij op de grondslag van onrechtmatige daad een vordering tot schadevergoeding jegens de overheid instelde vanwege handelen in strijd met een of meer beginselen van behoorlijk bestuur. Nog daargelaten dat die vordering in geen enkele uitspraak is toegewezen, blijkt uit de meeste uitspraken ook overigens niet welk(e) beginsel(en) het precies betreft. Voor zover dat wel blijkt, ziet de vordering slechts een enkele keer op de schending van een formeel beginsel.<sup>115</sup>

### **III. Toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur in geval van privaatrechtelijk handelen door private personen die taken van algemeen belang uitoefenen**

#### **Vraag 3**

*Is juist de hypothese dat de beginselen van behoorlijk bestuur een betere bescherming bieden dan de privaatrechtelijke vereisten van betamelijk/zorgvuldig handelen en van de redelijkheid en billijkheid/goede trouw en dat daarom bij uitbesteding van overheidstaken sprake zou zijn van een tekort aan rechtsbescherming dat moet worden opgelost?*

- i) *Is er verschil in uitkomst als het gaat om ‘behoorlijk handelen’ in kwesties die het algemeen belang betreffen bij toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur en de genoemde privaatrechtelijke eisen en zo ja, in welke zin?*
- ii) *Ondergaan genoemde privaatrechtelijke eisen als het gaat om ‘behoorlijk handelen’ invloed van het te behartigen algemeen belang en zo ja, hoe valt deze invloed te omschrijven?*
- iii) *Zijn verschillen tussen privaot- en publiekrechtelijke eisen als het gaat om behoorlijk handelen, zo deze mochten blijken te bestaan, al dan niet te rechtvaardigen?*

<sup>114</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 498. Vgl. ook HR 27 juni 1986, NJ 1987/726, m.nt. M. Scheltema (Tolkentarieven).

<sup>115</sup> Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 17 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:359, AR 2018/413.

- iv) *Zo tussen die eisen niet te rechtvaardigen verschillen mochten bestaan, moet daarvoor dan – in het algemeen belang – naar een oplossing worden gezocht en gestreefd en zo ja, waaraan valt dan te denken?*

#### **Vraag 4**

- i) *Nemen private personen die taken van algemeen belang op zich nemen en daarmee opereren in het schemergebied tussen privaatrecht en publiekrecht, als het gaat om de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, nog een bijzondere positie in?*
- ii) *Werken deze beginselen door naar dergelijke private actoren, bijvoorbeeld bij het gebruik van samenwerkingscontracten, beheerscontracten en/of subsidies?*
- iii) *Zijn er op dit punt nog (specifieke) ontwikkelingen gaande in de functionele rechtsgebieden (zoals bijvoorbeeld het milieurecht, het economisch recht, het aanbestedingsrecht, het onderwijsrecht en/of het gezondheidsrecht) en zo ja, welke zijn dit en welke is de achtergrond/herkomst ervan?*

**45.** In het navolgende is er voor gekozen de vragen 3 en 4 in onderlinge samenhang te beantwoorden, nu deze vragen immers sterk met elkaar zijn verweven. Dat komt mede doordat de vragen op dezelfde feitelijke en juridische uitgangspunten zijn gebaseerd. Die uitgangspunten luiden als volgt.

**46.** De overheid kan een taak van algemeen belang zelf uitvoeren. Zij kan deze taak echter ook door een private partij laten uitvoeren. De juridische grondslag van de verplichting op basis waarvan die private partij dat dan moet doen, kan verschillende vormen aannemen. De verplichting kan bijvoorbeeld haar grondslag vinden in de wet. Het is ook mogelijk dat de overheid een privaatrechtelijke rechtspersoon opricht die zij met het uitvoeren van taken van algemeen belang belast. De juridische grondslag kan verder nog de vorm aannemen van een door de overheid aan de private partij verstrekte subsidie. Voorts valt natuurlijk te denken aan een tussen de overheid en de private partij bestaande contractuele rechtsverhouding, die mede voorziet in het verrichten van taken van algemeen belang door de private partij.

**47.** Wanneer de private partij in het kader van de uitoefening van haar taak van algemeen belang vervolgens in een rechtsverhouding tot een andere private partij komt te staan, is zij niet gebonden aan de beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>116</sup> In dat verband maakt het overigens geen verschil wat de juridische

---

<sup>116</sup> HR 4 april 2003, AB 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren (RZG/ComforMed). Zie ook Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 479.

grondslag is op basis waarvan zij met de taak van algemeen belang is belast. Haar privaatrechtelijk handelen jegens die andere private partij dient in dat geval enkel te worden beoordeeld aan de hand van de regels van het privaatrecht, waaronder de open normen van de redelijkheid en billijkheid, de maatschappelijke zorgvuldigheid en de openbare orde en goede zeden.

**48.** De resultaten van het jurisprudentieonderzoek, waarover is gerapporteerd in het kader van de beantwoording van vraag 1, bevestigen dat de burgerlijke rechter – voor zover hij in zijn oordelen relevantie toekent aan de beginselen van behoorlijk bestuur – dat alleen doet in uitspraken waarin hij het handelen moet beoordelen van een overheid die *zelf* aan de beginselen van behoorlijk bestuur is gebonden. Er zijn geen uitspraken gevonden waarin de rechter het privaatrechtelijk handelen heeft beoordeeld van een private partij die door een overheid met de uitvoering van een taak van algemeen belang is belast en waarbij de rechter de beginselen in zijn beoordeling betreft. Wellicht ten overvloede: het voorgaande betekent dat er evenmin uitspraken zijn gevonden waarin de rechter betekenis aan die beginselen toekent in het kader van de invulling van de hiervoor genoemde open privaatrechtelijke normen.

**49.** Het voorgaande betekent dat – voor zover de rechter relevantie toekent aan de omstandigheid dat een private partij jegens een andere private partij handelt in het kader van de uitoefening van een taak van algemeen belang – dit eventueel zou kunnen blijken uit jurisprudentie waarin de rechter aan de hand van gezichtspuntencatalogi invulling geeft aan de open privaatrechtelijke normen. In dat kader kan de rechter dan immers de bijzondere hoedanigheid van die private partij en de belangen waarmee zij rekening dient te houden, gegeven dat zij door de overheid met een taak van algemeen belang is belast, via de band van die gezichtspunten in zijn oordeel verdisconteren. Ik merk op dat de rechter in dat geval dan overigens niets anders zal doen dan wat hij nu ook al doet in de gevallen waarin hij het handelen van de overheid *zelf* beoordeelt op basis van de open privaatrechtelijke normen en hij bij de invulling van die normen *niet* naar de beginselen verwijst dan wel, wanneer hij daar *wel* naar verwijst, niet tot een ander oordeel blijkt te komen dan in de gevallen waarin hij niet naar de beginselen zou verwijzen. Wat dat laatste betreft, doel ik natuurlijk op de uitspraken die behoren tot het gevaltype 2 en die in het kader van de beantwoording van vraag 1 nader zijn onderzocht.

**50.** Gelet op het voorgaande kunnen mijns inziens kanttekeningen worden geplaatst bij de juistheid van de hypothese in vraag 3, althans voor zover daarin gewag wordt gemaakt van een mogelijk tekort aan rechtsbescherming

(door de burgerlijke rechter) dat oplossing behoeft. In de gevallen waarin een private partij op basis van een open privaatrechtelijke norm hetzij jegens de overheid hetzij jegens een met een taak van algemeen belang belaste private partij ageert, zal het in beginsel immers geen verschil behoeven uit te maken dat de rechter bij de invulling van de open norm in het ene geval relevantie kan toekennen aan de gebondenheid van de overheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur en in het andere geval niet. Waar het in de kern om gaat, is dat de rechter bij de invulling van de open norm in *beide* gevallen betekenis kan toekennen aan de bijzondere hoedanigheid van de handelende partij, de belangen waarmee zij gelet op die bijzondere hoedanigheid rekening moet houden en de in verband daarmee aan haar te stellen eisen. Ook Huisman en Van Ommeren onderschrijven het voorgaande, althans voor zover de met een taak van algemeen belang belaste partij een privaatrechtelijke overheidsrechtspersoon is. Zij schrijven namelijk: ‘dat bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen mede *de aard van de rechtsverhouding* en *de bijzondere positie* van de privaatrechtelijke overheidsrechtspersoon, moet worden betrokken. Dit maakt het mogelijk om met de norm van de redelijkheid en billijkheid tot *hetzelfde resultaat* te komen als met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (mijn cursivering, CJ).’<sup>117</sup>

**51.** In het jurisprudentieonderzoek zijn – uiteraard – geen uitspraken gevonden die bevestigen dat de rechter via de open normen van het privaatrecht inderdaad betekenis toekent aan bijzondere hoedanigheid van de handelende private partij die door de overheid met een taak van algemeen belang is belast. De geselecteerde uitspraken betreffen immers enkel gevallen waarin de overheid *zelf* de partij is van wie het privaatrechtelijk handelen door de rechter diende te worden beoordeeld. Om toch te kunnen nagaan of de rechter bij de toepassing van privaatrechtelijke normen relevantie toekent aan de bijzondere hoedanigheid van een private partij, gegeven dat zij door de overheid met een taak van algemeen belang is belast, is in het onderzoek beperkt teruggegrepen op de resultaten van de quick scan die in aanvulling op het jurisprudentieonderzoek is uitgevoerd.<sup>118</sup> Die resultaten laten vele illustraties zien van uitspraken die het voorgaande lijken te bevestigen. Alleen al als het gaat over het privaatrechtelijk handelen van woningcorporaties, zijn er voorbeelden te over.<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 351-352.

<sup>118</sup> Zie daarvoor de beantwoording van vraag 1.

<sup>119</sup> Zie bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam 17 april 2015, ECLI:NL:RBROT:20153525, rov. 4.7; Rb. Midden-Nederland 30 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:20159117, rov. 4.2, 4.4 en 4.9; Rb.

52. Waar in de resultaten van de quick scan echter nog geen duidelijke aanwijzingen voor zijn gevonden, is of – en zo ja: in hoeverre – de rechter bij het invullen van de open normen van het privaatrecht relevantie toekent aan de aard van de juridische grondslag, op basis waarvan de private partij door de overheid met de taak van algemeen belang is belast. Verondersteld mag worden dat wanneer de verplichting om taken van algemeen belang uit te voeren haar grondslag vindt in de wet, of wanneer de overheid de uitvoering van die taken opdraagt aan een specifiek daarvoor opgerichte privaatrechtelijke rechtspersoon, *die* omstandigheden voor de rechter aanleiding zullen zijn om bij de invulling van de open norm relevantie toe te kennen aan de bijzondere positie van de private partij en de daarmee gemoeide belangen. In het verlengde hiervan zal wellicht mogen worden verondersteld dat de rechter dat ook zal doen – maar mogelijk in minder sterke mate? – wanneer de uitvoering van de taken van algemeen belang enkel en alleen aan de private partij zijn opgedragen op basis van een met de overheid gesloten overeenkomst. Aldus dringt zich het beeld op van een glijdende schaal, die mogelijk (deels) overlapt met een andere glijdende schaal: naar mate voor de private partij meer vrijheid bestaat om – naast het uitvoeren van de aan haar opgedragen taken van algemeen belang – ook nog andere activiteiten te verrichten, die niet van algemeen belang zijn, kan er voor de rechter aanleiding zijn om bij de invulling van de open normen van privaatrecht minder (snel) relevantie toe te kennen aan de bijzondere positie van de private partij en de daarmee gemoeide belangen. Zoals gezegd: voor deze veronderstellingen is vooralsnog geen bevestiging gevonden in de resultaten van de quick scan. Nader onderzoek is hier gewenst.

53. Dat het mogelijk is om kanttekeningen te plaatsen bij de juistheid van de hypothese in vraag 3 (zie hiervoor onder nr. 50), betekent overigens niet dat er in het geheel geen sprake kan zijn van een probleem dat mogelijk oplos-

---

Midden-Nederland (vzr.) 17 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3332, rov. 4.8, waarin ook de belangen van derden in de beoordeling worden betrokken; Rb. Midden-Nederland 1 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6020, rov. 4.2; Rb. Den Haag 6 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14298, rov. 4.10; Rb. 18 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3209, rov. 4.16; Rb. Den Haag 3 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2821, rov. 4.11 en 4.12; Rb. Midden-Nederland 15 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3065, rov. 4.3 en 4.5; Rb. Rotterdam 15 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:276, rov. 4.14 en 4.15; Rb. Midden-Nederland 5 februari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:392, rov. 4.4 en 4.9; Hof 's-Hertogenbosch 14 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1266, rov. 3.10. Anders: Rb. Amsterdam 22 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4542; Rb. Midden-Nederland 30 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6440; Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:375; Hof 's-Hertogenbosch 16 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1813, waaruit niet blijkt of de rechter ook relevantie toekent aan de bijzondere hoedanigheid van de woningbouwvereniging.

sing behoeft. In dit verband is door Huisman en Van Ommeren bepleit om de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing te laten zijn op *bepaalde* private partijen die door de overheid met taken van algemeen belang zijn belast. Zij hebben dan niet het oog op *iedere* private partij die met een dergelijke taak is belast, maar beperken hun pleidooi tot de privaatrechtelijke overheidsrechtspersonen en de zogenoemde toegelaten of erkende maatschappelijke instellingen.<sup>120</sup> Het door de auteurs beoogde resultaat vergt, zo schrijven zij, op zijn minst een koerswijziging in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter of een wettelijke voorziening.<sup>121</sup> Voor wat betreft de eerste mogelijkheid – een koerswijziging in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter – vindt het pleidooi van Huisman en Van Ommeren echter zijn grondslag in dezelfde problematisering als die waarop zij hun oproep aan de burgerlijke rechter baseren om in diens oordelen over privaatrechtelijk handelen door de overheid *zelf*, in het kader van de invulling van de open normen van privaatrecht, meer expliciet te overwegen of en welke betekenis aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur toekomt.<sup>122</sup> De kanttekeningen die ik bij die oproep heb geplaatst in het kader van de beantwoording van vraag 1 kunnen hier dan ook als ingelast worden beschouwd.<sup>123</sup> Zij sluiten ook overigens bij het voorgaande aan.<sup>124</sup> Voor wat betreft de tweede mogelijkheid – een wettelijke voorziening die bewerkstelligt dat de private partijen die zij met hun pleidooi op het oog hebben aan de beginselen gebonden raken – heeft het voorstel van Huisman en Van Ommeren als voordeel dat die partijen, anders dan nu het geval is, in rechte direct zullen kunnen worden aangesproken op eventueel handelen in strijd met de beginselen.<sup>125</sup> Ook zou met de uitvoering

---

<sup>120</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 348 en 352-353. Zij beperken de kring van de aan de beginselen te binden private partijen daarmee tot die partijen waarvan in nr. 52 is verondersteld dat de rechter bij het invullen van de open privaatrechtelijke normen vooral relevantie zal toekennen aan de bijzondere positie van die partijen en de daarmee gemoeide belangen.

<sup>121</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 480.

<sup>122</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019, p. 352: 'De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn als verzameling van normen meer gedifferentieerd van karakter dan de meer amorfe norm van de redelijkheid en billijkheid. Dit brengt met zich dat ook als de redelijkheid en billijkheid tot hetzelfde resultaat leiden als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een toegevoegde betekenis kan hebben.' Zie eerder in dezelfde zin de beantwoording van vraag 1 hiervoor.

<sup>123</sup> Zie nrs. 34-37.

<sup>124</sup> Zie nrs. 49-51.

<sup>125</sup> Vergelijk de tot gevaltype 1 behorende uitspraken die zijn besproken in de beantwoording



van dat voorstel eventueel een duidelijker kader van gedragsnormen kunnen ontstaan voor de private partijen die het aangaat, zodat zij hun handelen daarop zouden kunnen afstemmen. Of het ontbreken van een dergelijk kader op dit moment inderdaad tot problemen leidt die oplossing behoeven, is echter een vraag die nader onderzoek vergt. Ik ben op die vraag niet ingegaan omdat zij buiten het kader valt van de hypothese in vraag 3, in die zin dat die hypothese zich toespitst op een mogelijk tekort aan *rechtsbescherming* (door de burgerlijke rechter). Een dergelijk tekort heb ik in mijn onderzoek zoals gezegd niet aangetroffen.



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

*Publiekrechtelijk preadvies België*

*Ingrid Opdebeek<sup>1</sup> en Stéphanie De Somer<sup>2</sup>*

## Inhoud

|        |                                                                                                               |     |
|--------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1.     | Inleiding en afbakening                                                                                       | 85  |
| 2.     | Rol van de ABBB voor het handelen van de overheid: algemene inzichten en verworvenheden                       | 85  |
| 2.1.   | Begrip – belang                                                                                               | 85  |
| 2.2.   | Geen codificatie van de ABBB                                                                                  | 86  |
| 2.3.   | Functies van de ABBB                                                                                          | 87  |
| 2.4.   | Plaats van de ABBB in de hierarchie                                                                           | 88  |
| 2.5.   | Lijst van de naar Belgisch recht erkende ABBB                                                                 | 89  |
| 3.     | Rol van de ABBB voor het privaatrechtelijk handelen van de overheid                                           | 89  |
| 3.1.   | Toepassing van de ABBB wanneer de overheid overeenkomsten sluit                                               | 91  |
| 3.1.1. | Situering en begrip ‘afsplitsbare rechtshandeling’ 9                                                          | 91  |
| 3.1.2. | Gevolgen voor de rechtsmachtverdeling tussen de gewone rechter en de bestuursrechter                          | 94  |
| 3.1.3. | Toepassing van de ABBB op de afsplitsbare rechtshandeling <i>door de Raad van State</i>                       | 96  |
| 3.1.4. | Toepassing van de ABBB op de afsplitsbare rechtshandeling <i>door de burgerlijke rechter</i>                  | 98  |
| 3.1.5. | Toepassing van de ABBB op de uitvoering en beëindiging van de overeenkomst <i>door de burgerlijke rechter</i> | 99  |
| § 1.   | Toepassing van de ABBB op het ontslag van contractueel overheidspersoneel                                     | 100 |
| 1.     | Inleiding                                                                                                     | 100 |
| 2.     | Een strijd over “eenzijdigheid”                                                                               | 101 |

---

<sup>1</sup> Ingrid Opdebeek is gewoon hoogleraar bestuursrecht UAntwerpen, Advocaat Balie Provincie Antwerpen.

<sup>2</sup> Stéphanie De Somer is docent Vrije Universiteit Brussel, deeltijds docent UAntwerpen, Advocaat Balie Brussel.

DE POLSSTOKWERKING VAN DE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR:  
EXPORT EN REFLEXWERKING?

|        |                                                                                                                                                                                          |     |
|--------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.     | Rechtspraak van de arbeidsgerechten tot 2015: gebrek aan eensgezindheid                                                                                                                  | 103 |
| 4.     | De hoogste rechtscolleges mengen zich vanaf 2015 in de discussie                                                                                                                         | 104 |
| 5.     | Vergelijking met de eisen uit het arbeidsrecht                                                                                                                                           | 111 |
| § 2.   | Toepassing van de ABBB op de uitvoering en beëindiging van overheidsopdrachten                                                                                                           | 113 |
| § 3.   | Andere voorbeelden van de toepassing van de ABBB op de uitvoering of beëindiging van de overeenkomst                                                                                     | 116 |
| 3.2.   | Toepassing van de ABBB wanneer de overheid een private rechtsvorm aanneemt                                                                                                               | 118 |
| 3.2.1. | Situering                                                                                                                                                                                | 118 |
| 3.2.2. | Gevolgen voor de rechtsmachtverdeling tussen de gewone rechter en de bestuursrechter                                                                                                     | 118 |
| 3.2.3. | Toepassing van de ABBB wanneer de overheid optreedt in een private rechtsvorm                                                                                                            | 120 |
| 3.3.   | Toepassing van de ABBB wanneer de overheid optreedt als ondernemer                                                                                                                       | 121 |
| 3.3.1. | Situering                                                                                                                                                                                | 121 |
| 3.3.2. | Gevolgen voor de rechtsmachtverdeling tussen de gewone rechter en de bestuursrechter                                                                                                     | 121 |
| 3.3.3. | Toepassing van de ABBB wanneer de overheid optreedt als ondernemer                                                                                                                       | 122 |
| 3.4.   | Tussenconclusie en voorstel <i>de lege ferenda</i>                                                                                                                                       | 123 |
| 3.5.   | Relevantie van het onderscheid tussen materiële en formele ABBB?                                                                                                                         |     |
| 3.5.1  | Een principieel, maar te relativeren onderscheid                                                                                                                                         | 126 |
| 3.5.2. | Relevantie van het onderscheid voor de toepassing van de ABBB op het publiekrechtelijk versus privaatrechtelijk handelen van de overheid                                                 | 128 |
| 3.6.   | Verschillen in de wijze van toepassing van de ABBB tussen de Raad van State en de gewone rechter naargelang de overheid al dan niet gebruik maakt van ‘privaatrechtelijke bevoegdheden’? | 129 |
| 4.     | Conclusie                                                                                                                                                                                | 131 |

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

Ingrid Opdebeek en Stéphanie De Somer

### 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 zoubeantwoorden. 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 ABBB voor het handelen van de overheid: algemene inzichten en verworvenheden

#### 2.1. Begrip – belang

2. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur (hierna: ABBB) kunnen worden beschouwd als een onderdeel van de ruimere categorie van de **algemene rechtsbeginselen**<sup>3</sup> die moeten worden nageleefd niet alleen in de relatie

---

<sup>3</sup> 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>,

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.<sup>4</sup> VAN GERVEN ziet het als concretisering van algemene *'beginselen van behoorlijk handelen'*.<sup>5</sup> Volgens VANDENDRIESSCHE, GELDHOF en CARTON hebben ABBB, 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"*.<sup>6</sup>

3. De ABBB worden wel eens 'het kloppend hart van het bestuursrecht' genoemd. Terecht: **regels komen en gaan, maar beginselen ... die blijven bestaan**. Wie de ABBB niet kent, kent ook het bestuursrecht niet. In tijden van een steeds wijzigend en alsmaar complexer wordend bestuursrecht zijn die ABBB 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 ABBB

4. Ondanks hun grote belang voor het Belgische bestuursrecht zijn de ABBB in België **niet op algemene wijze gecodificeerd**. België beschikt niet zoals

---

(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.

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

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

6 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.

Nederland over een Algemene wet bestuursrecht, waarin belangrijke leerstukken van het bestuursrecht en een (belangrijk) deel van de ABBB zijn gecodificeerd. Sinds kort beschikt Vlaanderen wel over een ‘Bestuursdecreet’<sup>7</sup> waarin een aantal bestuursrechtelijke regels werd gegroepeerd, maar de ABBB als zodanig niet gecodificeerd zijn. Van vele van de ABBB 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 ABBB is men dus in grote mate **aangewezen op de rechtspraak en de rechtsleer**.

### 2.3. Functies van de ABBB

5. De ABBB hebben diverse functies die in elkaar overvloeien. Van de ABBB 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 ABBB 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.

---

<sup>7</sup> 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.

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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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 termijn voor te schrijven aan de overheid, of slechts een termijn van orde<sup>10</sup>, de jurisprudentiële redelijketermijneis soelaas bieden.

#### 2.4. Plaats van de ABBB in de hiërarchie der normen

8. Over het statuut van de ABBB in de hiërarchie der normen bestaat er geen eensgezindheid. Deze beginselen hebben o.i. **minstens wettelijke waarde** zodat een reglement er niet van kan afwijken<sup>11</sup>; **sommige beginselen hebben in ieder geval grondwettelijke waarde** (bv. het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel) en volgens bepaalde rechtsleer<sup>12</sup> hebben al

---

<sup>8</sup> RvS 8 mei 2018, nr. 241.447, X.

<sup>9</sup> 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).

<sup>10</sup> 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

<sup>11</sup> 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). 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).

<sup>12</sup> 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.



deze beginselen grondwettelijke waarde, zodat de formele wet ondergeschikt is aan de ABBB en daar niet zonder meer mag van afwijken.

## 2.5. Lijst van de naar Belgisch recht erkende ABBB

9. In het algemeen erkennen de rechtspraak en rechtsleer het bestaan van de volgende ABBB:<sup>13</sup>

- het zorgvuldigheidsbeginsel;
- de hoorplicht;
- 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 formelemotiveringsplicht<sup>14</sup> – niet te verwarren met de materiële motiveringsplicht – zijn volgens de Raad van State geen ABBB. Het transparantiebeginsel ligt evenwel, minstens in het domein van de overheidsopdrachten en de verdeling van schaarse publieke rechten, in het gelijkheidsbeginsel besloten.<sup>15</sup>

## 3. Rol van de ABBB voor het privaatrechtelijk handelen van de overheid

II. 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

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> RvS 27 mei 2014, nr. 227.557, Martens.

<sup>15</sup> Zie RvS 23 december 2015, nr. 233.355, nv Kinopolis Mega.

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 private rechtssubjecten 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 ABBB 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 ABBB 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 ABBB 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 ABBB correct toepassen.

Waar het onderworpen zijn van een handeling aan de rechtsmacht van de bestuursrechter de toepasselijkheid van de ABBB 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 ABBB 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 ABBB worden toegepast.**<sup>16</sup> In die

---

<sup>16</sup> 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*, <http://www.cassatie.be>

rechtspraak vindt men echter zelden algemene theoretische beschouwingen terug over de redenen waarom de ABBB 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 ABBB.**

**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, waaraan (wellicht) slechts een fractie van de rechtspraak wordt aangeboden ter publicatie. Elke theorievorming die vertrekt vanuit de bestaande rechtspraak heeft dan ook haar beperkingen.<sup>17</sup>

**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 ABBB geen toepassing vinden.

**3.1.** Toepassing van de ABBB wanneer de overheid overeenkomsten sluit

**3.1.1.** Situering en begrip ‘afsplitsbare rechtshandeling’

**16.** “Het ene overheidscontract is het andere niet”.<sup>18</sup> 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 **‘bestuurs-**

---

ps://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 gewone rechtscolleges.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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.

**rechtelijke' overeenkomsten**, waarbij afwijkingen aan het gemene burgerlijke recht worden aangebracht door bijzondere publiekrechtelijke regelingen (*'contrats administratifs'*).<sup>19</sup> Deze laatste kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op het leveren van werken, goederen en/of diensten aan de overheid (de aanemingsovereenkomst, de concessieovereenkomst) maar kunnen ook betrekking hebben op de uitvoering van het beleid (beleidsovereenkomsten of conventanten) 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.<sup>20</sup> Deze administratieve eindbeslissing van bijvoorbeeld de procedure tot verkoop is als zodanig afsplitsbaar van de verkoopovereenkomst die erna wordt gesloten.<sup>21</sup>

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.<sup>22</sup> Ook de vernietiging door de toezichthoudende overheid van een beslissing die verband houdt met de uitvoering of beëindiging van een overeenkomst<sup>23</sup>, zoals het ontslag van een contractueel personeelslid van de overheid, wordt be-

---

<sup>19</sup> Deze bevoorrechte contractpositie van de overheid is ingegeven door de noodzaak om de drie basisbeginselen van de openbare dienst te vrijwaren: het veranderlijkebeginsel, het continuïteitsbeginsel en de benuttigingsgelijkheid.

<sup>20</sup> RvS 5 mei 2011, nr. 212.929, nv Grondmaatschappij van België e.a.

<sup>21</sup> RvS 8 oktober 2018, nr. 242.547, Foubert e.a.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> De toezichthoudende overheid is hier, in tegenstelling tot de Raad van State, wél toe voegd, daar de grondwettelijke rechtsmachtverdeling enkel van toepassing is op rechters en niet op toezichthoudende besturen.

schouwd als een afsplitsbare akte.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup>

**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 overheidsopdracht<sup>26</sup> of de concessie<sup>27</sup> 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 arbeidsovereenkomst<sup>28</sup>, de verkoop van een grond<sup>29</sup>, een erfpachtovereenkomst<sup>30</sup>, een dading<sup>31</sup> 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 wanprestatie<sup>32</sup>;
- de eenzijdige beëindiging door de overheid van een gebruiksovereenkomst

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> RvS 27 oktober 2015, nr. 232.713, nv Mexico Natie. *In casu* was er een probleem met de veiligheid van de kaaimuur.

<sup>26</sup> Vaste rechtspraak, zie bv. RvS 15 februari 2012, nr. 217.992, nv Bulvano; RvS 3 januari 2017, nr. 236.957, la s.a. Bodarwe.

<sup>27</sup> RvS 17 oktober 2012, nr. 221.056, Vaessen; RvS 1 december 2016, nr. 236.642, sprl Claer Channel Belgium.

<sup>28</sup> RvS 24 april 2012, 219.034, Dumont; RvS, algemene vergadering, 4 maart 2016, nr. 234.035, Goedseels.

<sup>29</sup> 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).

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> RvS 9 december 2016, nr. 236.720, Vereniging der Belgische foornijveraars e.a.; RvS 21 mei 2019, nr. 244.552, De Liedekerke e.a.

<sup>32</sup> RvS 14 oktober 2014, nr. 228.744, nv Synergie.

met betrekking tot een stuk grond op grond van een contractuele clausule die deze mogelijkheid biedt<sup>33</sup>;

- 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 arbeidsovereenkomst<sup>34</sup>.

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.<sup>35</sup>

### 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’.**<sup>36</sup> Dit geldt zowel ten aanzien van ‘gewone’ overeenkomsten als ten aanzien van ‘bestuurlijke’ contracten. Hieronder bespreken we dan ook eerst de toepassing van de ABBB 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 slechts *principieel* of *residuaire*. **In een aantal gevallen zal niet de Raad van State, maar een rechtscollège 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

---

<sup>33</sup> RvS 7 november 2013, nr. 225.385, nv Kinopolis Mega; RvS 26 januari 2016, nr. 233.635, Van Craen.

<sup>34</sup> RvS 2 oktober 2019, nr. 245.605, Jaspers.

<sup>35</sup> RvS 1 december 2016, nr. 236.642, sprl Clear Channel Belgium.

<sup>36</sup> 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.

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 ABBB 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**.<sup>37</sup> 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 ABBB vertrouwd is met de principes en regels van het verbintenissenrecht, rijst de vraag of hier een plaats is weggelegd voor de toepassing van de ABBB (3.1.5).

**24.** Op voormeld 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 wanprestatie) acht de Raad van State zich wél bevoegd.<sup>38</sup> 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.

---

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> 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).

3.1.3. Toepassing van de ABBB 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 ABBB 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.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup>

27. Verder kan de Raad van State de beslissing ook op **alle andere (inhoudelijke en formele<sup>41</sup>) aspecten** toetsen, en dus ook wat de naleving betreft van de ABBB.<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup> De gunning van een overheidsopdracht werd vernietigd wegens schending van de materiële motiveringsplicht.<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup>

---

<sup>39</sup> RvS, algemene vergadering, 4 maart 2016, nr. 234.035, Goedseels.

<sup>40</sup> RvS 5 mei 2011, nr. 212.929, nv Grondmaatschappij van België e.a.

<sup>41</sup> 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.)

<sup>42</sup> Zie bijvoorbeeld RvS, 23 april 2015, nr. 230.941, Pirson (afsplitsbare handeling inzake huur).

<sup>43</sup> 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).

<sup>44</sup> RvS 15 februari 2012, nr. 217.992, nv Bulvano.

<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> Op grond van het interne gelijkheidsbeginsel geldt trouwens evenzeer een transparantieplicht.<sup>47</sup>

**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.<sup>48</sup> Deze rechtsmacht is evenwel middel per middel te onderzoeken.<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup> De nietigverklaring van de afsplitsbare akte blijft hoe dan ook zonder gevolgen voor het contract.<sup>51</sup> Ze brengt niet automatisch de nietigverklaring van de overeenkomst met zich.<sup>52</sup> Er is dus geen sprake van een ‘onbestaand’ contract of van een ‘nietigheid van rechtswege’ van het contract.<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup>

---

<sup>46</sup> RvS 23 december 2015, nr. 233.355, nv Kinopolis Mega.

<sup>47</sup> RvS 23 december 2015, nr. 233.355, nv Kinopolis Mega.

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> RvS 9 december 2016, nr. 236.720, Vereniging der Belgische foornijveraars e.a.

<sup>50</sup> 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).

<sup>51</sup> RvS 9 december 2016, nr. 236.720, Vereniging der Belgische foornijveraars e.a.

<sup>52</sup> RvS, algemene vergadering, 4 maart 2016, nr. 234.035 Goedseels.

<sup>53</sup> RvS, algemene vergadering, 4 maart 2016, nr. 234.035 Goedseels.

<sup>54</sup> RvS, algemene vergadering, 4 maart 2016, nr. 234.035 Goedseels.

3.1.4. Toepassing van de ABBB 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 **aanbestedings-contentieux**. 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 ABBB precies hebben in dit contentieux. Toch zijn er **voldoende voorbeelden die aantonen dat de gewone rechter de ABBB – 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 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 ABBB.<sup>55</sup>

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’.<sup>56</sup> 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 (oud) Burgerlijk Wetboek, dan wel aan het zorgvuldigheidsbeginsel als ABBB, als hij dat in het eigenlijke vonnis al

---

<sup>55</sup> Brussel 1 december 2003, *Res Jur.Imm.* 2004, 235.

<sup>56</sup> Zie Rb. Brussel 11 april 2014, *OOO* 2014, 375; Rb. Brussel (kortgeding) 13 juni 2018, *OOO* 2019, 439.

zou verduidelijken.<sup>57</sup> 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 ABBB, 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 oprechtsgeldige motieven moeten berusten (d.i. de **materiële motiveringsplicht**) toe op de beslissing van een vzw tot heraanbesteding van een opdracht.<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup>

3.1.5. Toepassing van de ABBB op de uitvoering en beëindiging van de overeenkomst *door de burgerlijke rechter*<sup>60</sup>

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 ABBB hebben afgespeeld. De rechtspraak die dit debat op gang heeft getrokken betreft de beëindiging van arbeids-overeenkomsten door de overheid (§1). Voor het overige is over de toepassing van de ABBB op de uitvoering en beëindiging van overeenkomsten heel wat minder geschreven.<sup>61</sup> We trachten de *status quo* in het debat over het ontslag van con-

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> Gent 8 januari 2010, *NJW* 2010, 765, noot J. GOOSSENS.

<sup>59</sup> Bergen 14 september 2010, OOO 2011, 138.

<sup>60</sup> We brengen hier gemakkelijheidshalve ook de geschillen onder m.b.t. de *geldigheid* van overeenkomsten of bedingen in overeenkomsten (vorderingen tot nietigverklaring), daar die vaak rijzen in de fase van de uitvoering.

<sup>61</sup> Er zijn enkele uitzonderingen. Zie bv. T. LEYS, “De beslissing van de publiekrechtelijke rechtspersoon tot herroeping van een privaatrecht op het openbaar domein: al dan niet on-

tractueel overheidspersoneel toch te vergelijken met de (beperkte, gepubliceerde) rechtspraak inzake de toepassing van de ABBB 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 ABBB op het ontslag van contractueel overheidspersoneel*

1. Inleiding

35. Steeds meer overheidspersoneel wordt in België tewerkgesteld met een arbeidsovereenkomst.<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup>

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 ABBB in acht moet nemen. We besteden hier uitvoerig aandacht aan, omdat voor geen enkel ander type overeenkomst het debat over de toepasselijkheid van de ABBB 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 ABBB 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 ABBB. Hetzelfde geldt voor de beslissing tot be-

---

derworpen aan de beginselen van behoorlijk bestuur?”, *TBP* 2017, 192-199.

<sup>62</sup> 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.

<sup>63</sup> 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.

eindiging 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.<sup>64</sup> 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 ABBB, zoals het onpartijdigheidsbeginsel en de redelijkheidstermijneis.

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.<sup>65</sup> Dat is geen toeval. De ABBB 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 ABBB 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 eenzij-**

<sup>64</sup> 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.

<sup>65</sup> 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. SALOMÉZ, “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.

**dige 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 ABBB 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 ABBB zou moeten respecteren, ook hebben ingeroepen dat een overheid, wanneer zij optreedt als werkgever, niet zou optreden ‘als bestuur’.<sup>66</sup> 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 overheids-personeel 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 bestuurdde verplichtingen of lasten op te leggen zonder zijn toestemming. Het betreft dan 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.<sup>67</sup> Het beperken van het toepas-

---

<sup>66</sup> 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.

<sup>67</sup> 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

singsgebied van de ABBB 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 eenzijdige bestuurlijke rechtshandeling.

### 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 miskenning van de ABBB, 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.<sup>68</sup> Eén van de **uitdagingen** is dus het **vinden van een**

---

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.

<sup>68</sup> Zie bv. Arrbrb. Charleroi 18 juli 2007, *JIT* 2008, 172 *et seq.*, noot S. GILSON.

**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 vaak toe dat vaak geen of een relatief beperkte vergoeding werd toegekend. De rechter past daarbij meestal de ‘verlies van een kans’-leer toe.<sup>69</sup>

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

45. Op 12 oktober 2015 sprak uiteindelijk het Hof van Cassatie zich uit.<sup>70</sup> 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.<sup>71</sup> **Het Hof van Cassatie oordeelde echter dat de Wet Motivering**

---

<sup>69</sup> 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, *JIT* 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).

<sup>70</sup> Cass. 12 oktober 2015, AR S.13.0026.N., Stad Oostende/P.V., *APT* 2016, 93, *JLMB* 2016, 528, *JIT* 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 Motiveringswet en de beginselen van behoorlijk bestuur (dan toch) wel van toepassing op arbeidsovereenkomsten in de publieke sector?”, *Soc.Kron.* 2016, 355-366.

<sup>71</sup> Arbeidsh. Gent 24 april 2012, onuitg.



**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 uitsluitsel. 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 ‘evolutionaire 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. *In casu* was de bestreden beslissing er 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.<sup>72</sup> De Raad **sloot zich aan bij de cassatierechtspraak**: noch de Wet Motivering Bestuurshandelingen, noch de ABBB, zijn van toepassing op het ontslag van een contractueel personeelslid.

Ook enkele arbeidsgerechten sloten zich vrijwel meteen aan bij de cassatierechtspraak. Daarbij waren ook Franstalige arbeidsgerechten.<sup>73</sup>

**47.** In de rechtsleer gaf het cassatiearrest echter al gauw aanleiding tot **kritiek**. Die kritiek kon o.i., wat de hoorplicht betreft, worden bijgevalen. 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 handelend als privépersoon<sup>74</sup>, 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 ABBB niet alleen ontwikkeld om

<sup>72</sup> 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.

<sup>73</sup> Zie bv. Arbeidsh. Bergen 24 november 2015, [www.juridat.be](http://www.juridat.be); Arbeidsh. Bergen 5 juli 2017, [www.juridat.be](http://www.juridat.be); Arbeidsh. Luik 14 april 2016, *JLMB* 2016, 1761.

<sup>74</sup> 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”.

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.

**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.**<sup>75</sup> 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<sup>o</sup><sup>76</sup> en 37, §1<sup>77</sup> 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**.<sup>78</sup> Het kwam in een arrest van februari 2018 tot dezelfde conclusie wat de hoorplicht bij een ontslag om dringende reden betreft.<sup>79</sup>

---

<sup>75</sup> 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 voor 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.

<sup>76</sup> "Behoudens de algemene wijzen waarop de verbintenissen te niet gaan, nemen de verbintenissen voortspruitende uit de door deze wet geregelde overeenkomsten een einde: [...] 3° door de wil van een der partijen, wanneer de overeenkomst voor onbepaalde tijd werd gesloten, of ingeval een dringende reden tot beëindiging voorhanden is."

<sup>77</sup> Betreffende de opzegging van de arbeidsovereenkomst die voor onbepaalde tijd is gesloten.

<sup>78</sup> 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 consti-

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 statutairen en contractuelen.<sup>80</sup> 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’.<sup>81</sup>

51. In de recente rechtspraak van de arbeidsgerechten lijkt de visie van het Grondwettelijk Hof inzake de hoorplicht de bovenhand te halen.<sup>82</sup> **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.<sup>83</sup>

52. Het niet-respecteren van de hoorplicht houdt echter niet automatisch in

---

tutionnelle considère que le principe d'audition devrait s'appliquer au licenciement des agents contractuels du secteur public", *Rev.dr.comm.* 2017, 34-35.

<sup>79</sup> GwH 22 februari 2018, nr. 22/2018.

<sup>80</sup> 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.

<sup>81</sup> 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.

<sup>82</sup> 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).

<sup>83</sup> Arbh. Brussel 5 december 2017, *JTT* 2018, 101.

dat het personeelslid een kans heeft verloren. Zo stelde het arbeidshof te Brussel recent nog (eigen onderstropping):

*“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.<sup>84</sup>

**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.<sup>85</sup> De 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.<sup>86</sup> Bij een ontslag zal aan die laatste voorwaarde in principe nooit voldaan zijn: de werkgever zal altijd over een zekere discretionaire bevoegdheid beschikken.<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> Arbh. Brussel 4 november 2019, *JIT* 2020, 47. Zie ook bv. Arbh. Brussel 25 april 2018, *JIT* 2018, 351.

<sup>85</sup> 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 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.

<sup>86</sup> Bv. RvS 3 april 2012, nr. 218.8o6, X; RvS 5 maart 2012, nr. 218.3o3, Mathy.

<sup>87</sup> Ten aanzien van statutair personeel bestaat er soms een gebonden bevoegdheid tot ontslag, bijvoorbeeld bij het ontslag wegens beroepsongeschiktheid na een (dubbele) negatieve eva-

**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.<sup>88</sup> 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.”<sup>89</sup>*

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.<sup>90</sup>

**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 schade<sup>91</sup> kan voortvloeien.<sup>92</sup>

**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). 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**

---

luatie. De betrokkene zal dan echter wel gehoord zijn n.a.v. de voorafgaande negatieve evaluatiebesluiten.

<sup>88</sup> 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.

<sup>89</sup> Arbh. Brussel 8 juni 2018, *JIT* 2018, 353. Zie ook bv. Arbrb. Gent 10 november 2008, *Soc.Kron.* 2013, 396, noot J. JACQMAIN.

<sup>90</sup> Zie Arbrb. Antwerpen (afdeling Hasselt) 28 mei 2018, *Limb.Rechtsl.* 2019, 168, noot R. VALKENEERS. Zie ook Arbh. Brussel 5 december 2017, *JIT* 2018, 101: hier kende het Hof én een opzeggingsvergoeding én een bijzondere schadevergoeding toe.

<sup>91</sup> D.i. schade die verband houdt met de psychologische gevolgen van het ontslag.

<sup>92</sup> Zie bv. Arbrb. Brussel 13 juni 2019, [www.juridat.be](http://www.juridat.be) (2500 euro materiële en 1000 euro morele schadevergoeding).

**van het (oud) Burgerlijk Wetboek.**<sup>93</sup> 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 ABBB. **De ABBB 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.”*<sup>94</sup>

57. Het debat heeft tot nu toe vooral betrekking gehad op de toepassing van de hoorplicht. Voorlopig vindt men over de andere ABBB 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 ABBB. 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**.<sup>95</sup> 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

---

<sup>93</sup> Bv. A. CASTADOT, “Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (deuxième partie)”, *JIT* 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.

<sup>94</sup> 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) 74-75. In dezelfde zin 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) 198.

<sup>95</sup> Arbh. Brussel 9 januari 2018, *JLMB* 2018, afl. 22, 1036.

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.<sup>96</sup> Zowel bepaalde rechtspraak als bepaalde rechtsleer hebben echter reeds uit andere rechtsbronnen een verplichting afgeleid om een werknemer vooraf te horen. Die verplichting zou kunnen worden afgeleid uit **artikel 1134 van het (oud) 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 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.<sup>97</sup>

**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 ABBB, 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.<sup>98</sup> Hier legt de rechter, zonder dat expliciet te zeggen, een verband met de **algemene zorgvuldig-**

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

<sup>97</sup> 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.

<sup>98</sup> Arbh. Brussel 19 augustus 2016, *Soc.Kron.* 2016, 382-389.

**heidsplicht 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.<sup>99</sup> 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.**<sup>100</sup> 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 te verzoenen met de verplichting tot kennisgeving van het ontslag binnen drie werkdagen na kennisname van het feit dat de dringende reden rechtvaardigt.<sup>101</sup>

**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*

<sup>99</sup> 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.

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

<sup>101</sup> 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.



*alteram partem* (de hoorplicht) wel van toepassing is op (het ontslag van) statutairen.<sup>102</sup> 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 overheids-personeel 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 **ABBB 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 ABBB 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 ABBB. 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 aanbesteder, voor een periode van drie jaar van deelname aan haar opdrachten wordt 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 of de burgerlijke rechter ook zonder normatieve verankering van een ABBB bereid is dat beginsel toe te passen en – zo ja – hoe dat beginsel zich dan verhoudt tot de regels van privaatschuldrecht (contractrecht) 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

<sup>102</sup> Prejudiciële vraag d.d. 24 februari 2021 met rolnr. 7518 (FR).

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 tijdspanne tot een goed einde zou kunnen brengen.”*<sup>103</sup> 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 **besteksbeplating die geldboetes verankerde indien de onderneming bepaalde verplichtingen niet zou nakomen**. Aan de rechtbank werd gevraagd de verenigbaarheid van deze bepaling met **artikel 1231, §1, eerste lid van het (oud) 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 straf beding zou worden toegepast, riep echter ook een schending in van het **evenredigheidsbeginsel als ABBB**. De rechter overwoog dat de ABBB 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 (oud) 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 de-

---

<sup>103</sup> 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.

batten 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.<sup>104</sup> De rechter past het ABBB 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 ook tot méér waarborgen voor de contractspartij van de overheid, die op deze basis mogelijk wél een matiging 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 ABBB, 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 ABBB 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 ABBB. Deze rechtspraak sluit aan bij de stelling van WAUTERS, die ervoor pleit de vraag naar de toepasselijkheid van de ABBB 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*.<sup>105</sup>

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 ABBB, 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 de ABBB. De redenering luidt hier dus: *Privatrecht*

<sup>104</sup> Orb. Brussel 10 april 2020, onuitg.

<sup>105</sup> K. WAUTERS, “De toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur in het raam van de uitvoering van een arbeidsovereenkomst 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.)

*bricht öffentliches Recht.*<sup>106</sup> 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 ABBB 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 ABBB op de uitvoering of beëindiging van de overeenkomst*

69. Wij vonden voor het overige nog enkele andere uitspraken terug waarin de rechter de ABBB 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° van het (oud) Burgerlijk Wetboek) geschonden. Ook haar burgerrechtelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 1382 van (oud) het Burgerlijk Wetboek was in het geding.<sup>107</sup> 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 ABBB: de goede trouw werd niet miskend *omdat* het vertrouwensbeginsel was geschonden.<sup>108</sup> Het lijkt er niettemin op dat hetzelfde gedrag, d.i. het jarenlange

---

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

<sup>107</sup> Arbh. Brussel 26 april 1996, RW 1996-97, 749.

<sup>108</sup> 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) 75-76.

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 exonerationbeding in een overeenkomst tussen een nutsbedrijf en zijn gebruiker. Volgens de vrederechter die kennis nam van het betrokken geschil, konden de ABBB en de wetten van de openbare dienst worden beschouwd als *“de publiekrechtelijke tegenhanger van het in het algemeen contractenrecht geldende criterium dat een exonerationbeding, 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 exonerationclausule indien deze het voorwerp van de openbaardiensttaak uitholde.<sup>109</sup>

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 ABBB** 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.<sup>110</sup>

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 even-

<sup>109</sup> 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 privaatrecht en publiekrecht*, *Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2015, (13) 77.

<sup>110</sup> Vred. Leuven 30 mei 2000, *RW* 2002-03, 271.

redige beoordeling met kennis van zaken. Klachten van afzonderlijke of verenigde medehuurders, maar zonder voldoende nauwkeurigheid zodat de huurder niet in staat is zich daartegen te verdedigen, bezitten niet de minste bewijswaarde.<sup>111</sup>

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.<sup>112</sup>

3.2. Toepassing van de ABBB 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**<sup>113</sup>;
- 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 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 rechts-**

---

<sup>111</sup> Vred. Grèce-Hollogne 29 november 2001, *JLMB* 2002, 1810.

<sup>112</sup> Bergen 23 april 1996, *JT* 1997, 80-83.

<sup>113</sup> Deze publiekrechtelijke rechtspersonen hebben *steeds een sui generis-statuu*t: elke publiekrechtelijke rechtspersoon word afzonderlijk, ‘op maat’ ontworpen.

**personen** 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.<sup>114</sup> Deze rechtspersonen zijn opgericht door of krachtens een wetkrachtige 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 beginsel<sup>115</sup> 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 State<sup>116</sup> 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 ABBB 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*

---

<sup>114</sup> Het is echter ook mogelijk dat bij wetkrachtige 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.

<sup>115</sup> Bij wetkrachtige 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 (3.3.2.).

<sup>116</sup> 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 Bestuurs-handelingen.

*anderen eenzijdig vast te stellen*".<sup>117</sup> 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.<sup>118</sup> 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 gezagshandelingen.<sup>119</sup> **Aangezien de Raad van State de ABBB 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 3.1. Uit vaste rechtspraak van de Raad van State volgt immers dat afsplitsbare rechtshandelingen, zoals gunningsbeslissingen in het aanbestedingsrecht, nooit gezagshandelingen zijn.<sup>120</sup>

### 3.2.3. Toepassing van de ABBB 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 3.1. lijkt te volgen dat de rechtsvorm van de 'overheid' geen invloed heeft op de bereidheid van de burgerlijke rechter om de ABBB 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).

---

<sup>117</sup> Cass. 6 september 2002, AR C.01.0382.N; Cass. 6 september 2002, AR C.02.0177.N.

<sup>118</sup> 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.

<sup>119</sup> 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).

<sup>120</sup> 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.



### 3.3. Toepassing van de ABBB 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.<sup>121</sup> In andere gevallen zijn zij **zuiver commercieel of industrieel van aard**, d.w.z. dat er geen openbare dienst mee gemoeid is.<sup>122</sup> Vooral in dat laatste geval<sup>123</sup> 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 overheidsbedrijven in het kader van hun taken van zuiver commercieel of industrieel belang**.<sup>124</sup> 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 Vennoot-

---

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

<sup>122</sup> 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.

<sup>123</sup> 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.

<sup>124</sup> 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.

schappen en Verenigingen (WVV) is een discussie ontstaan over de (mogelijke) impact van **artikel 2:44 WVV**<sup>125</sup> 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.<sup>126</sup> 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.<sup>127</sup> 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 ABBB 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 ABBB, ook niet als het een ‘organieke overheid’ betreft (*infra*).<sup>128</sup> 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 ABBB echter wel een rol te kunnen spelen.** Zo oordeelde het hof van beroep van Gent dat een schending van de ABBB en meer bepaald van het gelijkheidsbeginsel een oneerlijke handelspraktijk in de zin van het economisch recht kan uitmaken.

---

<sup>125</sup> 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.

<sup>126</sup> 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.

<sup>127</sup> 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.

<sup>128</sup> 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.), *Beginnelsen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (35), 54 e.v.

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 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**.<sup>129</sup> **Het Hof gebruikt de ABBB 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 ABBB 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 ABBB 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 ABBB, **verdedigt VANDENDRIESSCHE een genuanceerd toetsingskader om te oordelen of bepaalde entiteiten en/of de handelingen die zij stellen, onder het toepassingsgebied vallen van de ABBB**. 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 ABBB

---

<sup>129</sup> 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.

een belangrijke rol. **De ABBB hebben echter ook los van de context van imperiumbevoegdheden en/of gezagshandelingen een functie te vervullen.** Zij “*ambïëren 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 ABBB belangrijke **garanties op verantwoordelijk en integer overheidsoptreden**.<sup>130</sup> Ook wij wezen eerder op onder meer deze twee functies van de ABBB.

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

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.<sup>132</sup> Van deze organieke overheden zijn alle handelingen, dus zowel de eenzijdige, contractuele als feitelijke handelingen onderworpen aan de ABBB. De handelingen die zij stellen buiten hun taken van algemeen belang (of openbare dienst) zijn niet onderworpen aan de ABBB 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.<sup>133</sup>

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 ABBB 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 ABBB moeten voldoen. VANDENDRIESSCHE onderscheidt hier de gezagshandelingen enerzijds en de niet-gezagshandelingen die kaderen in een publiekrechtelijk procedé, zoals de

---

<sup>130</sup> F. VANDENDRIESSCHE, “Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur” in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginnelsen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (35) 44-46.

<sup>131</sup> *Ibid.*, 44-46.

<sup>132</sup> 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.

<sup>133</sup> 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.

wetgeving overheidsopdrachten, anderzijds.

**90.** Wanneer de afbakening van VANDENDRIESSCHE als uitgangspunt wordt genomen, zijn de ABBB 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* afbakt). Sommige privaatrechtelijke rechtspersonen zullen immers onder de noemer ‘organieke overheid’ vallen, zoals VANDENDRIESSCHE die definieert, zodat op hen de ABBB ook van toepassing zijn.<sup>134</sup> 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.<sup>135</sup> Voor wie de logica van het hierboven geschetste schema volgt, is die vzw bij de gunning van die opdracht echter wel onderworpen aan de ABBB.

**91.** In de theorie van VANDENDRIESSCHE zijn de vraag naar het personeel toepassingsgebied van de ABBB (‘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 ABBB; 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 ABBB moeten respecteren wanneer zij gun-

<sup>134</sup> 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.

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

ningsbeslissingen nemen in het kader van de wetgeving overheidsopdrachten.<sup>136</sup>

92. Het zuiver commercieel of industrieel handelen van de overheid, d.i. buiten elke taak van algemeen belang om, is volgens de VANDENDRIESSCHE nooit onderworpen aan de ABBB, 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 ABBB echter wel een rol te kunnen spelen (*supra*, 3.3.3.).

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 ABBB 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 ABBB de overheid immers in een zwakkere concurrentiepositie plaatsen.

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

3.5.1. Een principieel, maar te relativeren onderscheid

94. De ABBB 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 ABBB (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.<sup>137</sup> 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

---

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

<sup>137</sup> Aldus bijvoorbeeld RvS 5 april 2011, nr. 21.397, Boeykens.

(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 fout<sup>138</sup> 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 bewijslast<sup>139</sup>; soms wel en wordt een schadevergoeding toegekend voor het verlies van een kans op een gunstiger beslissing.<sup>140</sup> Reeds eerder hebben wij rechtspraak vermeld in dezelfde zin bij het niet horen in geval van ontslag van een contractueel personeelslid.

**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.<sup>141</sup> 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 tuchtfacten) 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’ motivering<sup>142</sup> moet zijn, waardoor de link wordt gelegd met de materiële motiveringsplicht.

---

<sup>138</sup> 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).

<sup>139</sup> Gent 24 september 1996, *CDPK* 1997, 433.

<sup>140</sup> Brussel 23 april 1996, *RW* 1998-99, 296, noot I. OPDEBEEK; Gent 5 mei 2011, *NJW* 2012, nr. 261, 301, noot IB.

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

<sup>142</sup> Art. 3, tweede lid Wet Motivering Bestuurshandelingen.

97. Bovendien zijn niet alle formele beginselen over één kam te scheren wat hun gevolgen betreft. Zo zal de schending van de redelijkheidstermijneis 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 ABBB *geen* beslissing meer worden genomen. Deze rechtspraak vindt bijvoorbeeld toepassing in tuchtzaken en bij de bestraffing van milieu-inbreuken via bestuurlijke boetes.<sup>143</sup>

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.<sup>144</sup> 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 ABBB – 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 ABBB op het publiekrechtelijk versus privaatrechtelijk handelen van de overheid

99. Uit ons onderzoek is **niet gebleken dat het onderscheid tussen materiële en formele ABBB relevant zou zijn** voor de vraag of, in welke mate en hoe de ABBB 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 redelijkheidstermijneis, tevens **procedurele beginselen**, reeds toegepast op het ontslag.

---

<sup>143</sup> I. OPDEBEEK en C. VANDEKEYBUS, “De sanctie bij schending van de redelijkheidstermijneis 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.

<sup>144</sup> 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.



Dat de discussie niet draait over inhoudelijke beginselen en met name over het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht, valt te verklaren door 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’<sup>145</sup> 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 rechtscolleges 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.<sup>146</sup>

**100.** In de **overige rechtspraak die wij bespraken** – buiten de context van het arbeidsrechtelijk ontslag – werden overigens **wél materiële ABBB 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 ABBB 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 ABBB invult**.<sup>147</sup>

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

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

<sup>147</sup> Wij zij niet nagegaan in hoeverre de gewone rechter de BBB anders invult wanneer hij het publiekrechtelijk handelen van de overheid beoordeelt dan wanneer hij haar privaatrechte-

**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 onderneming waarin zij zich ertoe verbond een ruimtelijk plan van aanleg op te maken in een welbepaalde zin in ruil voor een betaling door die onderneming. De rechtbank wees erop dat het gemeentelijk beleid inzake ruimtelijke ordening er niet op mag gericht zijn om de ontwikkelingsplannen van een bepaalde onderneming te bevorderen. Indien de overheid het plan alsnog vaststelt met de bedoeling een zuiver privébelang te behartigen, maakt zij zich schuldig aan machtsafwendings. 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 onderneming zwaarder doorweegt dan de overwegingen van goede ruimtelijke ordening van het gebied, zoals uiteengezet in de toepasselijke regelgeving.<sup>148</sup> Een 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 oud 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 ongeoorloofdheid 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 *machtsafwendings* de reden voor de ongeldigheid van de overeenkomst. In België beschouwt men het verbod van machtsafwendings niet als een afzonderlijk ABGB (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 hij 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.<sup>149</sup>

---

lijk handelen beoordeelt. Daarvoor waren wij verplicht geweest het fiscaal contentieus in onze analyse te betrekken, wat gelet op de toegelaten omvang van deze paper, onmogelijk was geweest.

<sup>148</sup> Rb. Brussel 16 juni 2017, *TBO* 2018, 63.

<sup>149</sup> 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. VER-

**103.** De burgerlijke rechter zal de ABBB 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 impliciet of expliciet verwijst naar de rechtspraak van de Raad van State over de ABBB.

**106.** Ook lijken er niet meteen verschillen te bestaan tussen de wijze waarop de Raad van State de ABBB 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 ABBB 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 ABBB betreft, al moeten wij nogmaals benadrukken dat de gepubliceerde rechtspraak schaars is.

#### 4. Conclusie

**107.** In dit preadvies hebben wij hoofdzakelijk rechtspraak van de gewone

---

BEYST, "Voorafgaande contractuele afspraken nekken RUP Vijverhof. Welk lot is deze overeenkomsten nog beschoren?", *TROS* 2019, 229-236.

rechter geanalyseerd. **Voor zover het privaatrechtelijk handelen van de overheid onder de rechtsmacht van de bestuursrechter valt, is de toepassing van de ABBB immers verzekerd.** Wij hebben geen kennis van rechtspraak waarin de Raad van State de ABBB 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 ABBB zijn dan ook tot ontwikkeling gekomen in de rechtspraak van de Raad van State.

**108.** Elk onderzoek naar de toepasselijkheid van de ABBB 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 ABBB vraagt, maar niet verkrijgt, misschien de commerciële tijdschriften niet, wegens minder opvallend of ‘spannend’ dan een uitspraak waarin de rechter de ABBB 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 ABBB 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 ABBB – 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 naar die rechtspraak van die Raad van State. De burgerlijke rechter zal de ABBB 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.

**III.** 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 ABBB toepassen van zodra een rechtspersoon enige link met de overheid of het overheidsoptreden vertoont.

**112.** Het **onderscheid tussen formele en materiële ABBB** heeft naar positief Belgisch recht in zijn algemeenheid **geen belang** voor de vraag in hoeverre de ABBB toepassing vinden op het privaatrechtelijk handelen van de overheid. Zowel de Raad van State als de burgerlijke rechtscolleges passen beide categorieën van ABBB 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 ABBB, 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.<sup>150</sup>

**115.** Een genuanceerde benadering van de toepasselijkheid van de ABBB 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 ABBB ook hun **preventieve rol** kunnen vervullen, d.w.z. dat overheden hun gedrag er effectief aan aanpassen

---

<sup>150</sup> 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.

DE POLSSTOKWERKING VAN DE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR:  
EXPORT EN REFLEXWERKING?

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 ABBB. Een Algemene wet bestuursrecht, die een reeks indicatoren zou kunnen verankeren, zou hier soelaas kunnen bieden, maar die ambitie lijkt in België voorlopig opgeborgen.

# LOST IN TRANSLATION? OVER DE TOEPASSING VAN DE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR OP "PRIVAATRECHTELIJK" OVERHEIDSHANDELEN

*Privaatrechtelijk preadvies België*

*Prof. dr. Jeroen Delvoie <sup>1</sup> en Mr. Claire Fornoville <sup>2</sup>*

## Inhoud

|          |                                                                             |     |
|----------|-----------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1        | Inleiding: zoektocht naar de juiste (privaatrechtelijke) invalshoek         | 137 |
| 2        | De toepassing van de ABBB op het privaatrechtelijk handelen van de overheid | 142 |
| 2.1      | Algemeen                                                                    | 142 |
| 2.2      | Een gevalstudie: de benoeming en het ontslag van overheidsbestuurders       | 146 |
| 2.2.1.   | Inleiding                                                                   | 146 |
| 2.2.2.   | Benoeming en ontslag bij koninklijk besluit                                 | 151 |
| 2.2.2.1. | Benoeming                                                                   | 151 |
| 2.2.2.3  | Ontslag                                                                     | 152 |
| 2.2.3    | Benoeming en ontslag door de algemene vergadering                           | 156 |
| 3.       | De rol van privaatrechtelijke normen van behoorlijk handelen                | 160 |
| 3.1      | Inleiding                                                                   | 160 |
| 3.2      | Contractuele normen van behoorlijk handelen                                 | 163 |
| 3.2.1.   | Inleiding                                                                   | 163 |
| 3.2.2.   | Totstandkoming van de overeenkomst sterk publiekrechtelijk gekleurd         | 163 |
| 3.2.3.   | Uitvoering van de overeenkomst                                              | 168 |
| 3.2.3.1. | Inleiding                                                                   | 168 |
| 3.2.3.2. | Sluiswerking via de geode trouw? Een systematisch rechtspraakonderzoek      | 170 |
| 3.2.3.3. | Voorzichtige conclusie                                                      | 178 |

---

<sup>1</sup> Vrije Universiteit Brussel en advocaat Balie Brussel

<sup>2</sup> Advocaat Balie Brussel

De auteurs danken Lene Verhaegen, advocaat Balie Brussel, voor haar ondersteuning bij de voorbereiding van deze bijdrage.

|      |                                                                                       |     |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4.   | Nemen private personen met een taak van algemeen belang nog een bijzondere plaats in? | 181 |
| 4.1. | Algemeen                                                                              | 181 |
| 4.2. | Twee bijkomende elementen voor het debat                                              | 184 |
| 5.   | Besluit – Samenvatting van ons antwoord                                               | 189 |



# Lost in translation? Over de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur op "privaatrechtelijk" overheidshandelen

Prof. dr. Jeroen Delvoie en Mr. Claire Fornoville

## 1. Inleiding: zoektocht naar de juiste (privaatrechtelijke) invalshoek

**1. Vertrekpunt.** De auteurs van deze bijdrage hebben lang geworsteld met de vraag hoe de gestelde vragen best te benaderen en te beantwoorden vanuit het privaatrecht. Het leek ons nuttig hiervan bij aanvang kort te getuigen, al was het maar om de moeilijke stand van het leerstuk te illustreren.

Het opzet van het Platform bestaat erin een onderwerp via specifieke vraagpunten enerzijds in het privaatrecht en anderzijds in het publiekrecht te onderzoeken, zowel in België als in Nederland, en vervolgens aan de hand van de bevindingen via interne en externe rechtsvergelijking gelijkenissen, verschilpunten, eventuele fricties en leerkansen in kaart te brengen. Uitdagend aan het voorgelegde onderwerp, en de vraagpunten in dit verband, vonden wij dat zij in essentie naar de stand van één positiefrechtelijk leerstuk leken te peilen, met name de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur bij het “privaatrechtelijk” handelen van de overheid. Het leek ons niet *prima facie* evident om op de vraagpunten een afzonderlijk privaatrechtelijk en publiekrechtelijk antwoord te formuleren. Wij hebben (mede na verdere terugkoppeling met de organisatoren en de publiekrechtelijke preadviseurs) niettemin getracht het opzet te respecteren, en daarbij de ons toebedeelde “privaatrechtelijke” invalshoek op te zoeken.

**2. De ABBB en het privaatrecht?** Centraal in het onderzoek staat dus de eventuele doorwerking van de ABBB in het privaatrecht, en meer bepaald waar het privaatrechtelijk handelen van de overheid betreft.<sup>3</sup> Het onderzoek wil daarbij onder mee nagaan waar de eventuele verschillen liggen met de normen van behoorlijk handelen die louter privaatrechtelijk op ditzelfde overheidshandelen van toepassing zouden zijn.

De achilleshiel van het onderzoek voor de Belgische jurist – en zeker de Belgische privatist – is dat die het zonder hapklare omschrijving van “het privaatrechtelijk” handelen van de overheid gaat.

---

<sup>3</sup> In de vraagpunten ook wel “het uitoefenen van de privaatrechtelijke bevoegdheden” van de overheid of het “opereren in het privaatrecht” van de overheid. Ook de uitoefening van overheidstaken door private personen (het voorwerp van vraag 4) wordt hieronder gebracht, logischerwijze vanuit de visie dat deze personen die taken enkel opnemen omdat de overheid ze hen rechtstreeks of onrechtstreeks toevertrouwt, en het dus in zekere zin ook om privaatrechtelijk handelen van de overheid gaat.

rechtelijk handelen van de overheid" moet doen. Er bestaat bij ons weten enkel in het Belgisch publiekrecht theorievorming hier rond en tot hapklare antwoorden komt ook het publiekrecht op dit stuk (althans in onze lezing) niet. Anders uitgedrukt: de vraag of de overheid in een concreet geval "publiekrechtelijk" dan wel "privaatrechtelijk" handelt (en zelfs de vraag of het overheidshandelen wel volgens die dimensie kan worden opgesplitst) lijkt ons een voorvraag die naar Belgisch recht (i) niet steeds makkelijk te beantwoorden valt, en (ii) hoe dan ook essentieel publiekrechtelijk is. Sinds de gekende Flandria-rechtspraak in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, is er geen noemenswaardige privaatrechtelijke theorie meer die de overheid in een bepaald domein van het privaatrecht anders dan andere rechtssubjecten behandelt. Als het privaatrecht de overheid ziet "binnenwandelen", zal het privaatrecht in principe de gewone privaatrechtelijke regels toepassen, tenzij het *door het publiekrecht* tot de orde wordt geroepen. Telkens in onze praktijk (waarin wij vaak met het "hybride" rechtspersonenrecht te maken hebben) de vraag rijst of een bepaalde rechtsvraag zuiver privaatrechtelijk mag worden geanalyseerd, claimt het publiekrecht het antwoord op die voorvraag. Het is pas na het *nilhil obstat* op basis van het publiekrecht dat we in de zuiver privaatrechtelijke zandbak mogen spelen. Toegepast op het huidige onderwerp: er is ons geen privaatrechtelijke analyse bekend op basis waarvan kan worden uitgemaakt of de beginselen van behoorlijk bestuur op welbepaald handelen van de overheid al dan niet van toepassing zijn. Het antwoord op die vraag komt het publiekrecht toe.<sup>4</sup>

**3. Illustratie.** In onze zoektocht naar "privaatrechtelijk" overheidshandelen dat dan kon worden getoetst op al dan niet toepassing van de ABBB en/of kon worden vergeleken met toetsing aan louter privaatrechtelijke gedragsnormen, liepen we meer dan eens verloren in wat bij momenten een spiegelpaleis met dubbele wanden en kantelende klapdeuren leek.<sup>5</sup> Wat wel en niet als privaatrechtelijk overheidshandelen kwalificeert, is aalglad om vast te pakken. In een poging minstens voor onszelf enkele ijkpunten aan te brengen, onder-

---

<sup>4</sup> Het is uiteraard belangrijk de bevoegde rechter en het toepasselijke recht goed te onderscheiden. De burgerlijke rechter moet het op de zaak toepasselijke recht toepassen, en kan dus wel met de vraag worden geconfronteerd. Maar voor het antwoord zal hij dan bij het publiekrecht te rade moeten.

<sup>5</sup> Uit een recente publiekrechtelijke bijdrage (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) leren wij wat betreft het toepassingsgebied van de ABBB het volgende. Over het toepassingsgebied *ratione personae* bestaat "geen eensgezindheid" (p.193). De auteur onderscheidt drie strekkingen in de rechtspraak met daarnaast nog "enkele afwijkende strekkingen" in de rechtsleer. Wat het toepassingsgebied *ratione materiae* betreft bestaat "grote onenigheid" (p.195), met zo lijkt, twee hoofdstrekkingen en een "interessante afwijkende visie" (p.196).

scheidden wij bij aanvang van dit onderzoek alvast drie potentieel relevante variabelen.<sup>6</sup>

Een eerste variabele kijkt naar de auteur van de handeling waaromtrent de vraag naar toepasselijkheid van de ABBB rijst, en heeft betrekking op diens publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke rechtsvorm. “De overheid” handelt via publiekrechtelijke rechtspersonen, inclusief publiekrechtelijke rechtspersonen waarop privaatrecht (aanvullend) van toepassing is.<sup>7</sup> Maar de overheid handelt ook meer en meer via private (rechts-)personen, hetzij omdat ze die opricht en controleert, hetzij omdat ze aan private personen overheidstaken toevertrouwt. In die gevallen echter, heeft de auteur van de handeling een privaatrechtelijke rechtsvorm.

Een tweede variabele beschouwt het activiteitendomein waarbinnen de handeling zich situeert: gaat het om een publieke activiteit, een taak van openbare dienst, met het algemeen belang tot doel, of om een private activiteit ten dienste van een particulier belang? De conceptuele vraag rijst misschien of (kern)overheden anders publieke activiteiten in het algemeen belang kunnen ontplooiën, maar empirisch is het een feit dat naar rechtsvorm publiekrechtelijke rechtspersonen bestaan die (ook) zuiver private (commerciële) activiteiten verrichten.<sup>8</sup>

Een derde variabele focust op de handeling zelf, op het juridische instrument waarlangs die zich vertaalt. De overheid handelt normaal via gezagshandelingen, die haar prerogatief zijn<sup>9</sup>: wetten, besluiten, reglementen, verordeningen, beslissingen enzovoort, die derden binden. Rechtshandelingen van publiekrecht, met andere woorden. Maar de overheid handelt ook via privaatrechtelijke instrumenten, d.w.z. handelingen die ons aller ter beschikking staan. De overeenkomst is daarvan uiteraard het meest sprekende voorbeeld. Maar ook de rechtshandeling door eenzijdige wilsuiting (bv. een aanbod tot contracteren) of

---

<sup>6</sup> Deze “nomenclatuur” gebruikt grotendeels dezelfde parameters als in: F. VANDENDRIESSCHE, “Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur”, in I. OPDEBEEK en M. VANDAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 46 e.v., maar valt er niet helemaal mee samen.

<sup>7</sup> Typevoorbeeld: de naamloze vennootschap van publiek recht in de zin van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven (verkort geciteerd als de “**Wet van 21 maart 1991**”).

<sup>8</sup> Typevoorbeeld: overheidsbedrijven in de zin van de Wet van 21 maart 1991.

<sup>9</sup> Zo uitzonderingen op zouden zijn, dan lijken zij voor de voorliggende analyse niet zo relevant.

zelfs het zuivere zakenrechtelijk handelen (de revindicatie van een privaat domeingood, de vordering tot uitzetting van krakers...) kan in die categorie worden ondergebracht.

Dat het hier wel degelijk variabelen betreft die minstens potentieel onafhankelijk van mekaar kunnen bewegen, kan blijken uit een aantal voorbeelden. De drie dimensies worden daarbij weergegeven in dezelfde volgorde als hierboven, om beurten variërend publiek-privaat.

- Publiek-publiek-publiek: de Belgische Staat stelt bij ministerieel besluit nieuwe COVID-maatregelen vast.
- Publiek-publiek-privaat: de Belgische Staat koopt bij overeenkomst mondkmaskers aan; de gemeente werft een contractueel personeelslid aan voor de dienst bevolking; de Vlaamse overheid sluit een huurovereenkomst om het personeel van het departement Onderwijs te huisvesten.
- Publiek-privaat-publiek: NMBS werft statutair personeel aan voor haar afdeling internationaal reizigersvervoer; de Vlaamse overheid belast een ambtenaar met de verhuur van de kantoren in het volgende voorbeeld.
- Publiek-privaat-privaat: de Vlaamse overheid onderverhuurt de vrijstaande verdieping in het kantoorgebouw van het departement Onderwijs aan een onderneming<sup>10</sup>; bpost koopt (de aandelen van) Radial; NMBS verkoopt (de aandelen van) Lineas; de Belgische Staat verkoopt 51% van haar participatie in Belfius aan KBC.
- Privaat-publiek-publiek. de VUB sluit een student uit van herinschrijving in een opleiding wegens onvoldoende studievoortgang<sup>11</sup>; een nutsbedrijf (Elia, Fluxys) legt kabels of leidingen aan op/over private grond (per hypothese mits gebruik van “imperiumrechten” zoals onteigening of wettelijke erf-dienstbaarheden).

---

<sup>10</sup> In de hypothese dat dit als privébeheer als een goede huisvader van het patrimonium geldt, maar mogelijks roept het publiekrecht ons hier tot de orde, omdat de overheid ook hier ultiem een publieke taak (de huisvesting van het departement Onderwijs op de meest spaarzame wijze) vervult.

<sup>11</sup> Hoewel het conceptueel ook mogelijk is om de rechtsverhouding tussen universiteit en student qua instrument zuiver privaat (contractueel) vorm te geven, zoals bv. in de V.S. Dat is evenwel de lege lata niet de benadering in België.

- Privaat-publiek-privaat: een sociale huisvestingsmaatschappij beëindigt een huurovereenkomst met een sociale huurder wegens wanbetaling.
- Privaat-privaat-publiek: is dit vakje leeg? Beschikken private personen ooit over publieke instrumenten met het oog op private doelen? Er zijn gevallen waarin statutair personeel door een publieke rechtspersoon ter beschikking gesteld wordt van privéondernemingen. Maar er ontstaat, zo lijkt ons, geen statutaire relatie tussen de ambtenaar en de private onderneming. De “publiekrechtelijke” rechtsverhouding blijft tussen de ambtenaar en de overheidsrechtspersoon. Maar de grens is in sommige gevallen wel dun wanneer grotere groepen personeel op die manier de facto bestendig voor de onderneming werken.
- Privaat-privaat-privaat: Belfius weigert een bedrijfskrediet aan een onderneming; Nethys verkoopt VOO<sup>12</sup>.

Wij hopen dat de discussie binnen het platform zal toelaten in de toekomst in deze matrix verdere ijkpunten aan te brengen. Maar wij vertrekken nu al van de starthypothese dat het niet evident zal blijken (en hoe dan ook geen taak die primair “privaatrechtelijk” kan worden vervuld) deze gevallen binair te clusteren als privaatrechtelijk handelen van de overheid vs. publiekrechtelijk handelen van de overheid om dan na te gaan wanneer de ABBB wel of niet van toepassing zijn en wat de privaatrechtelijke alternatieven zijn.

**4. Overzicht.** Wij vatten de voorgelegde vraagpunten als volgt samen, en behandelen ze in die volgorde, waarbij vraag 1 en vraag 2 in het eerste punt gebundeld worden.

1. Zijn de ABBB van toepassing op het privaatrechtelijk handelen van de overheid?
2. Welke rol spelen privaatrechtelijke normen van behoorlijk handelen bij het privaatrechtelijk handelen van de overheid? Welk niveau van rechtsbescherming geven zij, in vergelijking met de ABBB?
3. Hoe zit deze vork aan de steel wanneer niet de overheid maar een private actor de overheidstaak uitoefent? Beïnvloedt dit het antwoord op voorgaande vragen?

---

<sup>12</sup> En voorts alle zuiver private relaties tussen private personen uiteraard, maar de voorbeelden zijn uiteraard gekozen omdat er toch “een” link met de overheid blijft, omdat de overheid de economische eigenaar is van de (private) actor.

2. De toepassing van de ABBB op het privaatrechtelijk handelen van de overheid

- 2.1 Algemeen

5. **Invalshoeken.** Gelet op het voorgaande, mag duidelijk zijn dat het niet evident is om te bepalen hoe Belgische privatisten de vraag hoe het staat met de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur op het privaatrechtelijk handelen van de overheid kunnen beantwoorden. Wij bekeken diverse invalshoeken om vanuit het privaatrecht toch puzzelstukjes rond deze vraag aan te leveren.

6. **Eerste invalshoek.** Een eerste, vrij voor de hand liggende invalshoek, zou erin bestaan om de bevoegde rechter als aanknopingspunt te nemen, de burgerlijke rechter als “privaatrechtelijk” te beschouwen<sup>13</sup>, en na te gaan hoe het staat met de *rechtstreekse* toepassing van de ABBB voor de gewone hoven en rechtbanken. Vervolgens kan men dan trachten die gevallen op te delen in publiekrechtelijk en privaatrechtelijk handelen van de overheid, en nagaan of er een verschil is. Dat leverde echter weinig resultaten op. Een onderzoek via de databank juportaal, op basis van de zoektermen “beginselen van behoorlijk bestuur” resp. “principes généraux de bonne administration” in de rechtspraak van het Hof van Cassatie, de hoven van beroep, arbeidshoven, de rechtbanken van eerste aanleg, de arbeidsrechtbanken en de ondernemingsrechtbanken levert 249 resultaten op voor de opzoeking in het Nederlands en 45 bijkomende resultaten voor de opzoeking in het Frans.<sup>14</sup> Het gros van deze resultaten heeft evenwel alsnog betrekking op publiekrechtelijk handelen van de overheid (onder meer inzake fiscaliteit, sociale zekerheid<sup>15</sup>, stedenbouw of onteigening).<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Dit is uiteraard niet helemaal juist. Er is een onderscheid tussen de bevoegde rechter en het toepasselijke recht. Als de gewone rechter per hypothese een overeenkomst met de overheid rechtstreeks nietig zou verklaren wegens inbreuken op de ABBB, dan is dat op grond van een inbreuk op regels van publiekrecht.

<sup>14</sup> De opzoeking in het Frans leverde 90 resultaten. Bij een kruisvergelijking met de resultaten die reeds waren bekomen uit de opzoeking in het Nederlands, bleken 45 resultaten van de opzoeking in het Frans reeds voor te komen in de resultaten van de opzoeking in het Nederlands.

<sup>15</sup> Een uitspraak betrof een betwisting over de doorrekening van kosten die het BIPT had gemaakt in het kader van de oprichting van een databank door Belgacom. Ook hier was geen contractuele grondslag voor die verhouding tussen het BIPT en Belgacom, ook al hadden de kosten betrekking op een onderliggende overeenkomst tussen het BIPT en Smals MvM/Egov. De aspecten inzake de algemene beginselen van behoorlijk bestuur hadden betrekking op de verhouding tussen het BIPT en Belgacom, en niet op de verhou-

Tien uitspraken betroffen de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur op de beëindiging van arbeidsovereenkomsten.<sup>17</sup> Wij verwijzen voor de bespreking van de evolutie van de rechtspraak in dit verband naar het publiekrechtelijke verslag. Vanuit een private invalshoek onthouden we uit die evolutie vooral dat het Hof van Cassatie en de Raad van State van oordeel zijn dat de ABBB niet van toepassing zijn op overheidsbeslissingen in het kader van de uitvoering van overeenkomsten<sup>18</sup>, al levert dat volgens het Grondwettelijk Hof een ongrondwettelijke discriminatie op voor contractueel overheidspersoneel. De conclusie van advocaat-generaal Vanderlinden bij het bewuste cassatiearrest is wellicht typisch voor de civiele zienswijze: eens het contract gesloten, verlaat de overheid de publiekrechtelijke sfeer en komt zij in het contractenrecht terecht. De opzegging van een overeenkomst is geen bestuurshandeling daar er geen overheidsgezag wordt uitgeoefend. Er is geen nood meer aan de correcties

---

ding tussen het BIPT en Smals MvM/Egov (die overigens geen partij was bij het geschil), reden waarom we deze uitspraak voor deze opzoeking niet relevant was. (Cass. 7 september 2010, 2009/AR/1871).

Een mogelijk nader te onderzoeken zaak betreft Cassatie 14 april 2003 over de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur bij de beëindiging van een overeenkomst voor een beroepsopleiding.

- <sup>16</sup> In de resultaten identificeerden we 75 fiscale geschillen, 74 geschillen inzake sociale zekerheid, 15 geschillen inzake stedenbouw, 3 strafzaken, 2 geschillen over onteigeningen en 32 andere “publiek-publiek-publieke” zaken. Door plaatsgebrek worden de exacte referenties hier niet weergegeven, maar de resultaten zijn beschikbaar bij de auteurs.

Maakt eerder reeds dezelfde vaststelling: F. VANDENDRIESSCHE, “Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur”, in I. OPDEBEEK en M. VANDAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 40. Naast de uitspraken die we hieronder behandelen, vermelden we nog een arrest van het Hof van Cassatie, waarin zijdelings de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur op het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en La Cité Moderne in een ogenschijnlijk contractuele context aan de orde was. De zaak werd in cassatie evenwel op basis van de regels inzake taalwetgeving beslist. Uit de context kan onvoldoende de beslissing ten gronde worden afgeleid. De uitspraak van de rechtbank van eerste aanleg (die uitspraak deed in graad van beroep) zou ten deze interessant te onderzoeken zijn, maar is ons niet bekend (Cass. 6 juni 2008, C.07.0144.F).

- <sup>17</sup> Arbrb. Antwerpen 28 mei 2018, rol.nr. 17/916/A; Arbeidsrechtbank Bergen 8 december 2015, rol.nr. 2014/AM/422; Cass. 12 oktober 2015, rol.nr. AR S.13.0026.N; Arbeidshof Brussel 3 september 2010, rol.nr. 2009/AB/052094, Arbeidshof Antwerpen, 20 april 2009, rol.nr. 2070536, Nederlandstalige Arbrb. Brussel, 29 januari 2009, rol.nr. 08/1558, Gent 10 november 2008, rol.nr. 08/595; Arbrb. Luik, 9 november 2008, rol.nr. 34.045/06; Arbrb. Antwerpen 2 oktober 2008, rol.nr. 2147/2007; Arbrb. Brussel 30 mei 2006, rol.nr. 45.959.

- <sup>18</sup> Cass. 12 oktober 2015, AR S.13.0026.N., RvS 27 september 2016, nr. 235.871.

die de beginselen van behoorlijk bestuur op de bevoorrechte positie van de overheid aanbrengen.<sup>19</sup>

Naar ons aanvoelen weerspiegelt de civiele rechtspraak in contractuele geschillen met de overheid deze visie over het algemeen vrij getrouw. We troffen zelfs amper spoor aan van gevallen waarin de contractspartij nog maar probeerde de ABBB rechtstreeks tegen de overheid te mobiliseren in een contractueel uitvoeringsgeschil.<sup>20</sup>

Een uitzondering op die regel vormt een zaak waarin twee kopers van net verkavelde bouwgrond zich tegenover de gemeente contractueel verbonden hadden om een strook daarvan kosteloos af te staan aan het openbaar domein voor aanleg van een weg.<sup>21</sup> Aangezien ze nadien niet goedschiks hun verbintenis nakwamen, vorderde de gemeente de uitvoering. De ontevreden eigenaars wierpen onder meer op dat de gemeente de ABBB schond, meer bepaald het gelijkheidsbeginsel. De plannen van de gemeente hadden immers slechts zin indien ook twee andere eigenaars een strook grond opgaven, en het was niet zeker dat die dat zouden doen. Het hof van beroep wijst het argument af omdat de situatie niet vergelijkbaar was: uit niets blijkt dat die andere eigenaars zich ook tot kosteloze afstand hadden verbonden. Enigszins bijzonder aan deze zaak is dat het hof technisch gezien de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel uitvoert, eerder dan het argument van tafel te vegen omdat de ABBB niet van toepassing zouden zijn. Maar tegelijk maakt het hof er amper woorden aan vuil. De civiele rechter voelt duidelijk geen grote bewijslast alvorens het gekende contractuele pad in te slaan. Het hof “*ziet niet in*” hoe een en ander verweerders “*zou vrijstellen van de uitvoering van hun contractuele verbintenis*”.

In een andere zaak kreeg het hof van beroep van Gent het duidelijk op zijn heupen van de systematische laattijdigheid waarmee de Staat haar facturen betaalt, en de slappe excuses die daarvoor steeds worden ingeroepen. Het was volgens het Hof “*kennelijk in strijd met de wet betreffende de betalingsachterstand in handelstransacties, met de beginselen van behoorlijk bestuur en met het begrotingsrecht in het algemeen*” om een leverancier tot krediet te verplichten via betalingsachterstand.<sup>22</sup> Strikt technisch bekeken, insinueert het Hof hier dat een contractuele fout (mede) uit een inbreuk van de ABBB kan worden afgeleid. Maar het argu-

---

<sup>19</sup> Cass. 12 oktober 2015, AR S.13.0026.N., concl. Adv. Gen. Verlinden.

<sup>20</sup> In het volgende hoofdstuk gaan we dan na of de ABBB *onrechtstreeks* doorwerken via privaatrechtelijke open gedragsnormen, zoals het verbod van rechtsmisbruik.

<sup>21</sup> Brussel 30 juni 2009, 2006AR1907.

<sup>22</sup> Gent 16 oktober 2006, RW 2007-2008, 785.



ment is duidelijk ten overvloede, aangezien de fout (laattijdige betaling) vast stond, en geen inbreuk op de ABBB behoefde. De veeg uit de ABBB-pan illustreert enerzijds wellicht vooral de irritatie van de rechter die al te veel dergelijke zaken zag passeren, terwijl het anderzijds mee de volle toepassing van het (vrij forse) strafbeding helpt valideren. Mogelijk wou de rechter de Staat ook even tot de orde roepen, aangezien diens raadsman kennelijk had gepleit dat leveranciers van de Staat altijd met vertraging rekening moeten houden, m.a.w. dat de Staat qua betalingssnelheid tot een *lagere* gedragsnorm dan een private partij gehouden zou zijn.<sup>23</sup>

Verder was er ook een zaak waarbij het hof van beroep te Gent impliciet maar zeker aangaf dat de ABBB relevant hadden kunnen zijn in een contractuele discussie tussen de gemeente Stekene en (de curator van) diens medecontractant, al bevestigt de zaak meteen de regel dat partijen de ABBB niet snel mobiliseren.<sup>24</sup> Het betrof de verkoop van een stuk grond met verbod op doorverkoop gedurende de eerste twintig jaar zonder goedkeuring van de gemeente, op straffe van toepassing van een contractueel vastgesteld forfaitair schadebedrag. De gemeente had voorts ook een soort voorkooprecht. De handelswijze van de gemeente bij de uitoefening van deze rechten was in het geding. Het hof stelt vast dat geen van de partijen een schending van de ABBB inriep, laat staan aantoonde. Daarmee lijkt het Hof de rechtstreekse toepasselijkheid van deze beginselen te aanvaarden, ook al is sprake van een louter contractuele context. Anderzijds hing van deze mijmering van het hof in deze zaak niets af, zodat het moeilijk is er veel gewicht aan toe te kennen.

**7. Eerste invalshoek: zwakte.** Een conceptuele zwakte van deze eerste benadering zit hem in het feit dat geschillen over het privaatrechtelijke handelen van de overheid<sup>25</sup> in ons Belgisch rechtssysteem niet noodzakelijk voor de gewone hoven en rechtbanken worden gebracht. Meer zelfs: de kans lijkt ons groot dat de meeste gevallen hun weg eerder naar de Raad van State zullen vinden, zeker waar de eiser zich over een inbreuk op de ABBB beklagt. De rechtspraak van de Raad van State staat bol van gevallen waarin – meestal via de “afsplitsbare akte” – handelen van de overheid dat minstens in een bepaalde interpretatie “privaatrechtelijk” kan worden genoemd, via het administratief contentieux wordt getoetst.<sup>26</sup> Die toetsing gebeurt dan door de Raad uiteraard

<sup>23</sup> Gent 16 oktober 2006, *RW* 2007-2008, 785 (nr. 6).

<sup>24</sup> Gent 9 november 2009, 2007/AR/2057.

<sup>25</sup> Minstens in interpretaties van dit begrip die we niet *a priori* kunnen uitsluiten.

<sup>26</sup> Het is mogelijk om deze gevallen dan niet als ‘privaatrechtelijk handelen’ te bestempelen. Maar dat verschuift enkel het probleem opnieuw naar de zone van de conceptuele voor-

ook aan de ABBB. Maar een analyse van deze administratiefrechtelijke rechtspraak leek ons toch wel duidelijk buiten *scope* voor het privaatrechtelijke verslag. Het positiefrechtelijke antwoord lijkt ons ook glashelder: uiteraard zijn de ABBB van toepassing op overheidshandelen dat als eenzijdige administratieve rechtshandeling voor de Raad van State op objectieve wettigheid kan worden getoetst. Het feit dat deze rechtshandeling dan kadert in een vanuit bepaalde invalshoeken mogelijk als "privaatrechtelijk" te omschrijven procedé – de verkoop van een woonhuis, de benoeming van een bestuurder in een vennootschap, de verkoop van aandelen enzovoort – is dan voor het ruimere plaatje wel interessant. Men kan er bijvoorbeeld het bewijs in zien dat de overheid via de privaatrechtelijke weg niet zo snel aan de ABBB zal ontsnappen dankzij de techniek van de afsplitsbare akte. Maar een exhaustief positiefrechtelijk onderzoek van deze essentieel publiekrechtelijke rechtspraak, gaat het kader van ons rapport te buiten.

**8. Tweede invalshoek.** Een alternatieve invalshoek om als privatist toch puzzelstukjes op tafel te leggen, leek ons de inductieve methode. Die bestaat erin domeinen van "privaatrechtelijk handelen", op de grens tussen publiek- en privaatrecht te identificeren, en dan na te gaan of, en zo ja hoe, de ABBB er worden toegepast. We maken deze oefening hier aan de hand van een korte gevalstudie: de benoeming en het ontslag van vennootschapsbestuurders. Een andere gevalstudie zou de verkoop van een aandelenparticipatie door een overheidsrechtspersoon kunnen zijn.

2.2 Een gevalstudie: de benoeming en het ontslag van overheidsbestuurders

2.2.1 Inleiding

**9. Relevantie van de casus.** Met betrekking tot de benoeming en het ontslag van bestuurders van overheidsbedrijven was de vraag of de ABBB erop van

---

vraag ("wat is privaatrechtelijk handelen van de overheid"), die wij privaatrechtelijk toch niet opgelost krijgen. De verkoop door de gemeente via een privaatrechtelijke overeenkomst aan een particulier van een woonhuis dat de gemeente via particuliere erfenis verwierf ("publiek-privaat-privaat") kan voor de Raad van State worden aangevochten (via de afsplitsbare akte) door geïnteresseerden die zich erover beklagen dat het huis zonder enige concurrentie aan de zoon van de burgemeester werd verkocht. De vordering tot schadevergoeding van de gemeente tegen de wegenbouwer die het nieuwe gemeentehuis niet tijdig oplevert ("publiek-publiek-privaat") dient voor de gewone hoven en rechtbanken te worden gebracht. Het overheidshandelen is in het eerste geval meer "privaatrechtelijk" gekleurd dan in het tweede geval.

toepassing zijn reeds aan de orde, zoals hierna zal blijken. Deze casus vertoont ook interessante vergelijkingspunten met de discussie rond het ontslag van contractueel overheidspersoneel, dat centraal wordt behandeld in het publiek-rechtelijke preadvis. Voorts is sprekend dat op eerste gezicht identieke (of minstens zeer gelijkaardige) handelingen, namelijk de benoeming of het ontslag van een vennootschapsbestuurder, afhankelijk van het geval, een verschillende publiek-private kleuring krijgen.

**10. Overheidsbedrijven: enkele inleidende ijkpunten.** Vennootschappen zijn privaatrechtelijke organisaties die private doeleinden nastreven met privaatrechtelijke instrumenten. Zij worden bestuurd door bestuurders in diverse schakeringen van bestuursmodellen, rechtstreeks of onrechtstreeks benoemd door de vennoten of aandeelhouders. In naamloze vennootschappen, de vennootschapsvorm die ons hier meest zal bezighouden, komt de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van bestuurders toe aan een orgaan van de vennootschap, (meestal) de algemene vergadering.<sup>27</sup> De benoeming of het ontslag gebeurt in de regel bij gewone meerderheid. Het volstaat dus dat een aandeelhouder (of meerdere aandeelhouders gezamenlijk) over 50%+1 van de stemmen in de algemene vergadering beschikken om alle bestuurders van de vennootschap te benoemen of ontslaan. Daarbij zullen de aandeelhouders weliswaar geen misbruik mogen maken van hun meerderheidsmacht.<sup>28</sup> Om hun vertegenwoordiging in het bestuursorgaan te verzekeren, gebeurt het regelmatig dat aandeelhouders voordrachtrechten bedingen in de statuten of in aandeelhou-

---

<sup>27</sup> Artikel 7:85, §§2 en 3 WVV. Het WVV voorziet thans drie bestuursmodellen voor naamloze vennootschappen. De suppletieve regeling is het monistische collegiaal bestuur. Er bestaat ook de mogelijkheid om een enig bestuurder te benoemen of te opteren voor een duaal bestuursmodel. In naamloze vennootschappen met een enig bestuurder, kan de enige bestuurder worden benoemd in de statuten, en kan in de statuten ook een opvolger worden benoemd voor die bestuurder (artikel 7:101, § 1 WVV). In naamloze vennootschappen met duaal bestuur, is er geen “raad van bestuur”, maar wel een raad van toezicht en een directieraad. In dat geval worden de leden van de raad van toezicht benoemd door de algemene vergadering (art. 7:105, § 3 WVV); de leden van de directieraad worden in dat geval benoemd door de raad van toezicht (art. 7:107, derde lid WVV). Om de tekst hierna niet verder te verzwaren, gaan we behoudens wanneer uitdrukkelijk anders vermeld, uit van het monistisch collegiaal bestuursmodel.

<sup>28</sup> Zie hierover bijvoorbeeld K. GEENS, “De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder tegen door de meerderheid opgezette beschermingsconstructies”, *TPR* 1989, p. 33-95; en K. GEENS en M. WYCKAERT, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. IV. Rechtspersonen. Algemeen deel*, Mechelen, Kluwer, p. 602-605.

dersovereenkomsten.<sup>29</sup> Het komt ook voor dat aandeelhouders in aandeelhoudersovereenkomsten stemafspraken maken om voor elkaars voorgedragen kandidaten te stemmen.<sup>30</sup>

Sinds geruime tijd maakt de overheid veelvuldig gebruik van vennootschapsvormen. Dat gebeurt op alle beleidsniveaus. Het exacte juridische regime van zulke overheidsvennootschappen hangt van beleidsniveau tot beleidsniveau, en vaak zelfs van vennootschap tot vennootschap af, maar doorgaans is het een cocktail van vennootschapsrechtelijke en publiekrechtelijke elementen. Wij zullen hier als *plerumque fit* het federale regime op basis van de Wet van 21 maart 1991 nemen.<sup>31</sup> Federale overheidsbedrijven in de zin van de Wet van 21 maart 1991 kunnen de rechtsvorm van een naamloze vennootschap “van publiek recht” aannemen, waardoor zij principieel door het privaat vennootschapsrecht worden beheerst, behalve voor wat wettelijk uitdrukkelijk anders is geregeld.<sup>32</sup> Hun rechtsvorm blijft wel principieel publiekrechtelijk. Bedrijven zoals NMBS, Infrabel, bpost en Proximus vallen in die categorie. Bpost en Proximus zijn als beursgenoteerde ondernemingen met uitsluitend of hoofdzakelijk commerciële activiteiten weliswaar recent verder “ontvoogd”<sup>33</sup>. Hun publiekrechtelijke rechtsvorm, die juridisch in de kern nog aanwezig is, is daardoor eerder platonisch geworden. Aan de andere kant van het spectrum, is skeyes een “autonoom

---

<sup>29</sup> J. PATTYN, *Aandeelhoudersovereenkomsten*, Gent, Larcier, 2012, 148-153. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, Brussel, Swinnen, 1982, p. 92.

<sup>30</sup> We gaan niet in op de voorwaarden voor de geldigheid van dergelijke stemafspraken. Zie daarvoor bv. J. PATTYN, *Aandeelhoudersovereenkomsten. Overdrachtsbeperkingen en stemafspraken in een niet-publieke NV*, Brussel, Larcier, 2012, 183 p.; N. HALLEMEERSCH, *Aandeelhoudersovereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 338 p.

<sup>31</sup> Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven (de “**Wet van 21 maart 1991**”).

<sup>32</sup> Over de invulling van het begrip “naamloze vennootschap van publiek recht”, zie o.m. L. CORNELIS, E. DE KEYSER, D. D’HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, “De naamloze vennootschap van publiek recht” in S. BAETEN, K. BYTTEBIER en K. LEUS (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, (63) 67 e.v. We gebruiken de term hier in zijn brede interpretatie, die dus eveneens betrekking heeft op *sui generis* rechtspersonen, op wie de toepasselijke rechtsregels voor naamloze vennootschappen aanvullend van toepassing zijn.

<sup>33</sup> Wet van 16 december 2015 tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, BS 12 januari 2016. Zie hierover: S. BAETEN en T. COEN, “Nieuwe corporate governance voor Proximus en bpost: much ado about nothing, of toch niet?”, *TRV-RPS* 2017, 393-404. Zie ook: J. DELVOIE en C. FORNOVILLE, “Wet van 16 december 2015 tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven”, *TRNI* 2016, 573-577.

overheidsbedrijf’ in de zin van de Wet van 21 maart 1991, maar werd dit bedrijf (nog) niet omgezet in een NV van publiek recht. Bijgevolg is het privaat vennootschapsrecht *niet* op skeyes van toepassing, maar maakt de wet via een verwijzingsregel dan weer sommige vennootschapsrechtelijke bepalingen uitdrukkelijk van toepassing.

**11. Benoeming en ontslag van bestuurders.** In de systematiek van de Wet van 21 maart 1991, worden “overheidsbestuurders”<sup>34</sup> in overheidsbedrijven bij koninklijk besluit (vastgesteld na overleg in de Ministerraad) benoemd en ontslagen.<sup>35</sup> Dat geldt overigens ook voor de voorzitter van de raad van bestuur en de gedelegeerd bestuurder (CEO). Daarop zijn recent twee types uitzonderingen ontstaan. De raad van bestuur van NMBS en Infrabel telt tegenwoordig twee “onafhankelijke” bestuurders die door de algemene vergadering worden benoemd.<sup>36</sup> En bij bpost en Proximus worden sinds voormelde wet van 16 december 2015 *alle* bestuurders benoemd en ontslagen door de algemene vergadering, overeenkomstig het privaat vennootschapsrecht.

**12. Illustratie van de publiek-private kleuring.** Met verwijzing naar de in de inleiding geïdentificeerde systematiek, kan de publiek-private kleuring van de benoeming en ontslag van bestuurders in overheidsbedrijven als volgt worden geïllustreerd.

- Benoeming of ontslag van een bestuurder bij skeyes: publiek-publiek-publiek (skeyes is een publiekrechtelijke rechtspersoon die – nagenoeg enkel – opdrachten van openbare dienst verricht en benoeming en ontslag van bestuurders gebeurt bij koninklijk besluit).
- Benoeming of ontslag van een gewone bestuurder bij NMBS: publiek-publiek-publiek (NMBS is een publiekrechtelijke rechtspersoon die hoofd-

---

<sup>34</sup> Dat zijn de bestuurders die worden benoemd in verhouding tot het aantal stemmen dat verbonden is aan de aandelen in het bezit van de overheid. De overige gewone leden worden daarna benoemd door de andere aandeelhouders. Opmerkelijk genoeg leidt dit “imperiummechanisme” in werkelijkheid tot minderheidsbescherming. Het waarborgt immers dat de andere aandeelhouders dan de overheid bestuurders kunnen benoemen in verhouding met hun participatie. Aangezien de bestuurders in private vennootschappen worden benoemd bij gewone meerderheid, zou dat anders niet het geval (de overheid moet immers in deze vennootschappen steeds de meerderheid aanhouden).

<sup>35</sup> Artikel 18, § 2 van de Wet van 21 maart 1991.

<sup>36</sup> Artikel 162bis, § 2 resp. 207, § 2 van de Wet van 21 maart 1991.

zakelijk<sup>37</sup> opdrachten van openbare dienst verricht en benoeming en ontslag van bestuurders gebeurt bij koninklijk besluit).

- Benoeming of ontslag van een onafhankelijke bestuurder bij NMBS: publiek-publiek-privaat (NMBS is een publiekrechtelijke rechtspersoon die hoofdzakelijk opdrachten van openbare dienst verricht en benoeming en ontslag van bestuurders gebeurt bij besluit van de algemene vergadering).
- Benoeming of ontslag van een bestuurder bij Proximus sinds 2016<sup>38</sup>: publiek-privaat-privaat (Proximus is een publiekrechtelijke rechtspersoon die exclusief commerciële activiteiten verricht en benoeming en ontslag van bestuurders gebeurt bij besluit van de algemene vergadering).
- Benoeming of ontslag van een bestuurder bij Proximus voor 2016: publiek-privaat-publiek (Proximus is een publiekrechtelijke rechtspersoon die exclusief commerciële activiteiten verricht en benoeming en ontslag van bestuurders gebeurde bij koninklijk besluit).
- Benoeming of ontslag van een bestuurder bij Belfius: privaat-privaat-privaat (Belfius is een privaatrechtelijke rechtspersoon die commerciële activiteiten verricht en benoeming en ontslag van bestuurders gebeurt bij besluit van de algemene vergadering).

---

<sup>37</sup> De vraag wanneer handelingen die zowel publieke taken (opdrachten van openbare dienst) als zuiver commerciële activiteiten betreffen publiek dan wel privaat zijn, is uiteraard relevant in het verhaal, maar de theorievorming hieromtrent is uitsluitend publiekrechtelijk. Een bestuurder van NMBS wordt benoemd om de vennootschap in haar geheel te besturen (zowel de opdrachten van openbare dienst als de commerciële activiteiten). Wij begrijpen het zo (zonder deze vraag te hebben uitgespit) dat het een soort van absorptietheorie ten voordele van de publieke taak de voorkeur wegdraagt van zodra de handeling “deels” daarop betrekking heeft (F. VANDENDRIESSCHE, “Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur”, in I. OPDEBEEK en M. VANDAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 56). In het geval van NMBS weegt de publieke taak ook in volume het zwaarst. In andere gevallen – bv. bpost – is dat niet het geval. En in sommige gevallen – bv. Proximus – zijn er enkel nog commerciële activiteiten.

<sup>38</sup> Wet van 16 december 2015 tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, BS 12 januari 2016. Zie hierover: S. BAETEN en T. COEN, “Nieuwe corporate governance voor Proximus en bpost: much ado about nothing, of toch niet?”, *TRV-RPS* 2017, 393-404. Zie ook: J. DELVOIE en C. FORNOVILLE, “Wet van 16 december 2015 tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven”, *TRNI* 2016, 573-577.

**13. Overzicht.** In wat volgt onderzoeken wij wat een en ander betekent voor de toepassing van de ABBB. Wij starten met de gevallen van benoeming en ontslag bij koninklijk besluit (*infra* 2.2.2.) en bekijken vervolgens benoeming en ontslag door de algemene vergadering (*infra* 2.2.3.).

## 2.2.2 Benoeming en ontslag bij koninklijk besluit

### 2.2.2.1 Benoeming

**14. MATTHIS-arrest.** In een geval dat betrekking had op bestuurdersbenoemingen bij koninklijk besluit in de raad van bestuur van NMBS, heeft de Raad van State in 2003 reeds uitspraak gedaan.<sup>39</sup> De Raad oordeelde dat het benoemingen in openbare ambten betrof en dat bijgevolg het beginsel van gelijke toegang tot openbare ambten – een toepassing van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet – een vergelijking van de aanspraken en verdiensten van de kandidaten voorschreef. Nog volgens de Raad houdt een vergelijking van de aanspraken en verdiensten in dat deze onderzocht moeten worden en met elkaar in verband moeten worden gebracht. De Raad vernietigde het bestreden benoemingsbesluit na te hebben vastgesteld dat in dit geval noch uit het bestreden besluit, noch uit het administratief dossier, bleek dat de aanspraken en verdiensten van alle kandidaten effectief waren onderzocht en vergeleken.<sup>40</sup>

**15. Publiekrechtelijke kleuring.** Het gelijkheidsbeginsel alsook de materiële motiveringsplicht werden hier dus op de benoeming in de raad van bestuur van een naamloze vennootschap van publiek recht toegepast, ook al knoopt de wet de benoemingsmacht vast aan het aandelenbezit van de overheid. Dat wijkt duidelijk af van de privaatrechtelijke oplossing, die ter zake de quasi-discretionaire bevoegdheid van de algemene vergadering (en dus *de facto* de overheid als meerderheidsaandeelhouder) aanvaardt. De grenzen die een privaatrechtelijk leerstuk zoals bv. het misbruik van meerderheid aan die discretionaire bevoegdheid zou stellen, reiken bij lange na niet zover dat de meerderheidsaandeelhouder de bestuurdersmandaten systematisch zou moeten openstellen voor geïnteresseerden of zijn keuze motiveren op basis van een vergelijking van titels en verdiensten.

<sup>39</sup> RvS, 4 april 2003, nr. 118.044, Matthis. We merken op dat de betrokken wetsbepaling destijds vereiste dat de vacatures bekend werden gemaakt in het Belgisch Staatsblad. In die bekendmaking moesten de kandidaten worden uitgenodigd hun titels voor te leggen binnen de daartoe bepaalde termijn.

<sup>40</sup> RvS 4 april 2003, nr. 118.044, Matthis, p. 12-13.

De publiekrechtelijke uitkomst kan evident lijken. Het betreft tenslotte een benoeming bij koninklijk besluit in een publiekrechtelijke rechtspersoon die in dit geval ook nog eens (destijds quasi-exclusief) opdrachten van openbare dienst uitvoert. Het overheidshandelen in kwestie is publiek-publiek-publiek volgens de voormelde systematiek. Maar het was toch een klap voor de idee, die in de jaren '90 van de vorige eeuw sterk opgeld maakte, dat de hybridisering van overheidsrechtspersonen een onweerstaanbare mars richting privaatrecht was. De overheid kon zich duidelijk (nog) niet gedragen zoals een private aandeelhouder. De gekozen privaatrechtelijke gewaden van de naamloze vennootschap ten spijt, bleek de kwalificatie "van publiek recht" wel degelijk nog relevant.

Daarnaast stelt deze rechtspraak de interessante vraag aan de orde welke van de drie publiek-private schakelknoppen doorslaggevend zijn bij dit antwoord. Hierna bespreken we nog de omschakeling van publiekrechtelijk (KB) naar privaatrechtelijk (AV) *instrumentum*. Maar wat als enkel de tweede schakel (publieke of private activiteit) zou worden omgeklapt? Proximus voor 2016, toen de benoeming van bestuurders nog bij KB plaatsvond, maar de vennootschap enkel nog commerciële activiteiten had, biedt een voorbeeld van een dergelijke publiek-privaat-publieke setup. Hier is voor zover wij konden nagaan geen rechtspraak over. Dat het benoemingsKB bij de Raad van State kon worden aangevochten, staat naar wij aannemen vast. Dat de Koning de ABBB moet naleven, wellicht ook. Of de kwalificatie van de benoeming als "benoeming in een openbaar ambt" of "overheidsbetrekking" nog aanwezig is, en indien niet, of dit voor het antwoord op de vraag een verschil maakt, is een vraag die behoort tot het publiekrecht en daarmee buiten de scope van ons onderzoek valt.

#### 2.2.2.2 Ontslag

**16. BOVY-arrest.** De Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij is weliswaar geen naamloze vennootschap van publiek recht in de zin van de Wet van 21 maart 1991, maar haar statuut is zeer vergelijkbaar. Het is een publiekrechtelijke rechtspersoon onder de vorm van een naamloze vennootschap waarop het privaatrechtelijke vennootschapsrecht van toepassing is, tenzij uitdrukkelijke wettelijke (en in dit geval ook statutaire) afwijking.<sup>41</sup> Overheidsbestuurders, alsook de voorzitter van de raad van bestuur en de gedelegeerd bestuurder,

---

<sup>41</sup> Artikel 1, § 3 van de wet van 2 april 1962 betreffende de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij en de gewestelijke investeringsmaatschappijen (de "**Wet van 52 april 1962**").



worden benoemd en ontslagen bij koninklijk besluit (vastgesteld na overleg in de Ministerraad). De Belgische Staat heeft 100% van de aandelen in handen.

In het belangwekkende schorsingsarrest BOVY van de Raad van State rees de vraag of het ontslag van de voorzitter van de raad van bestuur bij koninklijk besluit onderhevig was aan publiekrechtelijke regels, zoals de formele motiveringsplicht en de ABBB, waaronder in dit geval de hoorplicht, dan wel of dit ontslag zonder veel omhaal kon gebeuren.<sup>42</sup> Interessant is uiteraard dat het privaats vennootschapsrecht voor bestuurders van een naamloze vennootschap op die vraag een duidelijk antwoord had: bestuurders dienen bij gratie van de aandeelhouders en kunnen op elk ogenblik en zonder enige motivering worden ontslagen (ontslag *ad nutum*). Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie was deze regel zelfs van openbare orde.<sup>43</sup> De FPIM-wet verklaart het privaats vennootschapsrecht van toepassing, en wijkt niet specifiek af van de *ad nutum*-regels. Toch leidt de Raad van State uit het feit dat het ontslaginstrument een koninklijk besluit was, af dat de publiekrechtelijke regels inzake motivering en hoorplicht (*prima facie*) van toepassing zijn, en schorst om die reden het ontslag. Er is ons weliswaar geen uitspraak ten gronde bekend in deze zaak.

**17. Publiekrechtelijke kleuring.** We stellen dus vast dat ook m.b.t. ontslag de publiekrechtelijke gedragsregels voorrang krijgen, ditmaal zelfs op privaatrechtelijke regels van openbare orde. Nu is het wel zo dat in extreme gevallen ook het privaats vennootschapsrecht al te onbehoorlijk ontslag beteugelt<sup>44</sup>, maar ook hier verhoudingsgewijs slechts zeer marginaal. De omstandigheden in de

---

<sup>42</sup> RvS 26 april 2016, nr. 234-543, L. Bovy t. de Belgische Staat. Er is geen uitspraak ten gronde in die zaak. Wij merken terzijde op dat de Raad van State er in dit arrest verkeerdelijk van uitgaat dat volgens het vennootschapsrecht de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van de voorzitter van de raad van bestuur een bevoegdheid is van de algemene vergadering is (zie p. 5 en p. 7 van het arrest van de Raad van State). De bevoegdheid tot ontslag van de voorzitter van de raad van bestuur is echter, bij gebreke aan andersluidende regeling, een bevoegdheid van de raad van bestuur zelf. Wij gaan hier aan deze nuances voorbij, en hanteren het arrest in "vereenvoudigde" vorm, met name voor het erin vervatte standpunt dat publiekrechtelijke regels op de ontslagbeslissing van toepassing zijn.

<sup>43</sup> Cass. 13 april 1989, *Pas.* 1989, I, 825, *T.R.V.* 1989, 321, noot M. WYCKAERT; Cass. 22 januari 1981, *Pas.* 1981, I, 543. Dit standpunt werd vaak bekritiseerd en is nu met het WVV door de wetgever zelf gewijzigd: zie artikel 7:85, § 3 WVV (artikel 1:101, § 4 voor de enige bestuurder en 7:105, § 4 WVV voor de leden van de raad van toezicht in een dual bestuursmodel) en voor een grondige analyse van de nieuwe regels: P. CRAHAY, "La révocation des administrateurs dans le Code des sociétés et des associations", *TRV-RPS* 2020, afl. 1, 38-74.

<sup>44</sup> Zie bijvoorbeeld B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 259-284.

zaak BOVY zouden privaatrechtelijk niet tot sanctionering aanleiding hebben gegeven.

Sommigen zullen dit publiekrechtelijke resultaat even evident vinden als bij de benoeming. Ook hier gaat het om een beslissing bij koninklijk besluit met betrekking tot een bestuursmandaat in een publiekrechtelijke rechtspersoon die overheidstaken vervult: publiek-publiek-publiek. En is het niet logisch dat benoeming en ontslag door dezelfde principes worden beheerst? Maar toch rijzen er o.i. enkele vragen.

Ten eerste op het vlak van de “bewijslast” van het publiekrecht. Over de selectie van bestuurders van een naamloze vennootschap is het privaatrecht in essentie stilzwijgend, over het ontslag nadrukkelijk niet. Op FPIM is volgens de FPIM-wet zelf het privaat vennootschapsrecht van toepassing tenzij daarvan door de wet wordt afgeweken.<sup>45</sup> Geconfronteerd met een stilzwijgen van de (publiekrechtelijke) organieke wet die de rechtspersoon in kwestie beheerst, is het bij ontslag minder evident het privaat vennootschapsrecht terzijde te schuiven. Worden de (publiekrechtelijke) regels die het organiek statuut van een overheidsbedrijf beheersen niet geschonden wanneer men al te makkelijk voorbijgaat aan hun voorschrift dat het privaat vennootschapsrecht van toepassing is tenzij daarvan uitdrukkelijk wordt afgeweken? Volstaat het publiekrechtelijk karakter van de rechtshandeling tot ontslag (koninklijk besluit) als afwijking van alle andere privaatrechtelijke met betrekking tot dit ontslag, en waarvan niet uitdrukkelijk werd afgeweken?

Ten tweede is de rechtsverhouding tussen een vennootschap en haar bestuurders vanuit privaatrechtelijk oogpunt contractueel van aard.<sup>46</sup> De organieke

---

<sup>45</sup> In de Wet van 21 maart 1991 is zelfs een “uitdrukkelijke” afwijking vereist, terwijl de FPIM-wet een afwijking door “deze” wet vergt: art. 37 van de Wet van 21 maart 1991 resp. art. 1, § 3 van de Wet 2 april 1962. Over het algemeen wordt (te) weinig stilgestaan bij deze tekstuele verschillen in de organieke wetgeving van overheidsvennootschappen wanneer men gemeenzaam zegt dat het privaat vennootschapsrecht “aanvullend van toepassing is”.

<sup>46</sup> Ook al bestaat er discussie over de aard van deze overeenkomst. Zie hierover J. DELVOIE, *Orgaantheorie in rechtspersonen van privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 590 p, i.h.b. p. 157-206; K. GEENS en M. WYCKAERT, *Algemeen deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 446-449; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, Brugge, die Keure, 2005, 3-7 en 287, n° 451 et 452; L. CORNELIS et A. FRANÇOIS, “Les résidus de la responsabilité des administrateurs”, in O. CAPRASSE, H. CULOT en X. DIEUX (ed.) *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthémis, 2019, rn. 5; D. VAN GERVEN, “Kroniek Vennootschapsrecht 2011-2012”, *TRV* 2012, 587; P. CRAHAY, “La

wetgeving van toepassing op overheidsbedrijven bevat op dat vlak doorgaans geen (uitdrukkelijke) afwijkende bepalingen. Integendeel, de Wet van 21 maart 1991 maakt uitdrukkelijk gewag van een “bijzondere overeenkomst” tussen minstens de uitvoerende bestuurders en de vennootschap.<sup>47</sup> De BOVY-rechtspraak levert dan ook een opmerkelijk verschil op in vergelijking met de eensgezinde rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Raad van State over het ontslag van een contractueel overheidspersoneelslid die in het publiekrechtelijke preadvies wordt besproken. Die rechtspraak kwam tot het besluit – in dezelfde periode als het arrest-BOVY bovendien – dat voor het ontslag van contractueel personeel *geen* toepassing moest worden gemaakt, noch van de hoorplicht, noch van de formele motiveringsplicht.<sup>48</sup> Vanuit privaatrechtelijk oogpunt is het ons niet meteen duidelijk hoe een bestuurdersovereenkomst en een arbeidsovereenkomst – beide vormen van een dienstenovereenkomst – op dit vlak tot een andere uitkomst kunnen leiden. Beslissingen m.b.t. de uitvoering en de beëindiging van een bestuurdersovereenkomst zijn vanuit privaatrechtelijk oogpunt even contractueel als m.b.t. een arbeidsovereenkomst. Het vennootschapsrecht legt bij het beëindigen van een bestuurdersovereenkomst net zomin motivering of hoorplicht op als de arbeidsovereenkomstenwet bij ontslag.<sup>49</sup> De ontslagbeslissing zelf – als rechtshandeling van “een” overheid – lijkt ons conceptueel niet zo verschillend of die nu via koninklijk besluit, besluit van een college van burgemeester en schepenen<sup>50</sup> of beslissing van de (bevoegde) personeelsdirecteur van een overheidsdienst vorm krijgt. In elk van die gevallen maakt een via het bevoegde orgaan aan de overheid-medecontractant toerekenbare rechtshandeling een einde aan een overeenkomst. In het geval van de bestuurder is dat weliswaar geen orgaan van de overheidsrechtspersoon in kwestie zelf, maar dat lijkt ons hier niet zeer relevant: steeds wordt de overeenkomst beëindigd door het overheidsorgaan dat de wet hiertoe aanwijst.

Beleidsmatig is het resultaat eveneens merkwaardig. De bestuurder van een overheidsbedrijf zou dankzij de toepassing van de ABBB beter tegen ontslag zijn beschermd dan een contractueel personeelslid van datzelfde overheidsbe-

---

révocation des administrateurs dans le Code des sociétés et des associations”, *TRV-RPS* 2020, afl. 1, 39.

<sup>47</sup> Artikel 21, § 1, eerste lid, van de Wet van 21 maart 1991.

<sup>48</sup> Zie hierover het publiekrechtelijke preadvies van S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, p. 30 e.v.

<sup>49</sup> Het feit dat de arbeidsovereenkomstenwet het ontslag regelt, en niet tot horen verplicht, stond in de redenering van het Hof van Cassatie m.b.t. de hoorplicht centraal. Cass. 12 oktober 2015, S.13.0026.N, nr. 5.

<sup>50</sup> Zoals in het geval van de zaak die tot het cassatiearrest van 12 oktober 2015 aanleiding gaf.

drijf. Privaatrechtelijk is het net omgekeerd. Werknemers genieten van sterke ontslagbescherming, terwijl bestuurders *ad nutum* opzegbaar zijn en contractuele opzegtermijnen en -vergoedingen tot voor kort zelfs strijdig met de openbare orde werden geacht.<sup>51</sup>

De rechtspraak op het vlak van ontslag van contractueel overheidspersoneel is weliswaar in volle evolutie sinds het Grondwettelijk Hof het onderscheid met statutair personeel veroordeelde.<sup>52</sup> Maar dat lijkt ons geen afbreuk te doen aan de relevantie van de discussie. Het Grondwettelijk Hof stelt immers slechts de strijdigheid van de onderscheiden behandeling met de Grondwet vast.

### 2.2.3 Benoeming en ontslag door de algemene vergadering

**18. Algemeen.** Het leek ons interessant vervolgens na te gaan of de sleutel van de analyse wijzigt wanneer de schakelaars één stand meer richting privaatrecht draaien. Indien bestuurders in een naamloze vennootschap van publiekrecht niet langer bij koninklijk besluit maar gewoon door de algemene vergadering<sup>53</sup> overeenkomstig het privaatrecht worden benoemd en ontslagen, maakt dit dan een verschil?

**19. Recente wetswijzigingen.** Hiervoor kunnen we als het ware van een “natuurlijk experiment” gebruik maken. Met de wet van 16 december 2015 werd de algemene vergadering bevoegd voor de benoeming en het ontslag van de bestuurders bij bpost en Proximus.<sup>54</sup> Met de wet van 3 augustus 2016<sup>55</sup> werd dat ook het geval voor twee onafhankelijke bestuurders bij NMBS en bij Infrabel.

In het geval van bpost en Proximus was dat nadrukkelijk om hun regime te aligneren op dat van private ondernemingen, gelet op hun marktgeoriënteerde

---

<sup>51</sup> En ook sinds de recente wetswijziging (WVV) suppletief nog steeds niet aanwezig zijn.

<sup>52</sup> GwH 6 juli 2017, nr. 86/2017.

<sup>53</sup> Of, in het nieuwe duaal bestuursmodel, de leden van de directieraad door de raad van toezicht

<sup>54</sup> Wet van 16 december 2015 tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, BS 12 januari 2016. Zie hierover: S. BAETEN en T. COEN, “Nieuwe corporate governance voor Proximus en bpost: much ado about nothing, of toch niet?”, *TRV-RPS* 2017, 393-404. Zie ook: J. DELVOIE en C. FORNOVILLE, “Wet van 16 december 2015 tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven”, *TRNI* 2016, 573-577.

<sup>55</sup> Wet van 3 augustus 2016 houdende diverse bepalingen inzake spoorwegen, BS 7 september 2016.

activiteiten enerzijds en hun beursgenoteerd karakter anderzijds.<sup>56</sup> De overheid moest haar rol voortaan spelen zoals een gewone aandeelhouder. In het geval van NMBS en Infrabel was de wetgever van oordeel dat onafhankelijke bestuurders in het bestuur via een “externe kijk” een meerwaarde konden bieden<sup>57</sup>, en ging men er dan wellicht van uit dat het dan logischer was die dan niet bij KB te benoemen.

Vermeldenswaard is wel dat in al die gevallen de ultieme beslissingsmacht bij de Belgische Staat blijft liggen. In de vier betrokken vennootschappen heeft de Staat de meerderheid van de stemmen in de algemene vergadering, in het geval van NMBS en Infrabel zelfs nagenoeg 100%. Evenmin veranderde er iets aan de onderliggende publiekrechtelijke rechtsvorm van deze ondernemingen of aan hun activiteiten (en dus de bestaande mix van opdrachten van openbare dienst en commerciële activiteiten).

**20. Belang voor toepasselijkheid van de ABBB.** Deze wetswijziging lijkt alvast tot gevolg te hebben dat de Raad van State niet langer bevoegd zal zijn om de beslissingen tot benoeming en ontslag te toetsen in het kader van het administratiefrechtelijke annulatiecontentieux.<sup>58</sup> De zaak zal aan de gewone rechter moeten worden voorgelegd.

Maar dat betekent uiteraard niet dat er geen regels van publiekrecht op van toepassing kunnen zijn: het toepasselijke recht en de bevoegde rechter zijn twee verschillende zaken. Vermoedelijk zal de burgerlijker rechter wel vreemd opkij-

---

<sup>56</sup> Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *Parl. St.* 2014-2015, 54-1287/1, 3, 4, 5 en 10.

<sup>57</sup> Wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake mobiliteit, *Parl. St.* Kamer, 2015-2016, 54-1889/1, 4, 6-7,

<sup>58</sup> S. BAETEN en T. COEN, “Nieuwe corporate governance voor Proximus en bpost: much ado about nothing, of toch niet?”, *TRV-RPS* 2017, 403. Zie meer algemeen over deze problematiek sinds het WVV: T. COEN, “De weerslag van de inwerkingtreding van de artikelen 2:44 en 2:46 W.V.V. op de rechtsmacht van de Raad van State”, *RW* 2019, afl. 8, 283-297 en T. COEN, “De weerslag van wetsvoorstel nr. 553/001 op de rechtsmacht van de Raad van State”, *RW* 2019, afl. 83, 602. Een (publiekrechtelijke) vraag in dit verband zou erin kunnen bestaan of, zelfs indien de beslissing van de algemene vergadering zelf zuiver privaatrechtelijk zou worden geanalyseerd, de voorafgaande beslissing van de overheid m.b.t. haar stemgedrag op de algemene vergadering wél publiekrechtelijk toetsbaar is? De realiteit is immers dat de ultieme beslissingsmacht, zoals reeds vermeld, bij dezelfde overheid blijft liggen. Enkel het orgaan dat de wil van de Belgische Staat vertolkt, wijzigt: niet langer de Koning (bij besluit vastgesteld na overleg in Ministerraad), maar de bevoegde voogdijminister die het stemrecht van de Staat uitoefent.

ken wanneer een ontevreden bestuurder-in-spe de nietigverklaring van het benoemingsbesluit van de algemene vergadering zou vorderen omdat zij zich geen kandidaat kon stellen of omdat haar titels en verdiensten niet behoorlijk tegen die van de winnaar werden afgewogen. Of wanneer een bestuurder haar ontslag aanvecht wegens onvoldoende gemotiveerd of omdat zij niet vooraf gehoord werd. Maar dat neemt niet weg dat die rechter de vraag dan frontaal in de ogen zal moeten kijken.

**21. Publiekrechtelijke kleuring?** We stellen daarbij vast dat bv. VANDENDRIESSCHE verdedigt dat de aard van de handeling voor de toepasse-lijkheid van de ABBB niet relevant is, indien hij van een organieke overheid uitgaat en minstens deels op een publieke taak betrekking heeft.<sup>59</sup> Of de handeling zelf (qua vorm dus) publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk is, maakt volgens deze auteur geen verschil. Wij laten de discussie over de definitie van “organieke overheid” – en zeker de vraag of het mogelijk is dat rechtspersonen van publiek recht *geen* organieke overheid zouden zijn – graag aan anderen. Wij beperken ons tot de vaststelling dat dit etiket minstens NMBS en Infrabel, en wellicht ook bpost, relatief oncontroversieel kan worden opgekleefd. De benoeming of het ontslag van een bestuurder heeft per definitie “minstens deels” op de publieke taak betrekking, in een overheidsbedrijf dat dergelijke taken in portefeuille heeft. In de visie van VANDENDRIESSCHE zou het dus geen verschil mogen maken of de benoeming en het ontslag via koninklijk besluit (publiekrechtelijk) dan wel via besluit van de algemene vergadering (privaatrechtelijk) vorm krijgen.<sup>60</sup>

Het recente arrest GEMIS van de Raad van State lijkt ook in die richting te gaan.<sup>61</sup> Op vordering van een gepasseerde kandidaat, vernietigde de Raad de benoeming van een onafhankelijke bestuurder bij de naamloze vennootschap van publiekrecht Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel<sup>62</sup>, en dit onder meer wegens inbreuken op de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel, in het bijzonder de verplichting tot behoorlijke en correcte feitenvin-

---

<sup>59</sup> F. VANDENDRIESSCHE, “Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur”, in I. OPDEBEEK en M. VANDAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 54-57.

<sup>60</sup> Anders, minstens wat het ontslag betreft: S. BAETEN en T. COEN, “Nieuwe corporate governance voor Proximus en bpost: much ado about nothing, of toch niet?”, *TRV-RPS* 2017, 403.

<sup>61</sup> RvS 9 juli 2019, nr. 245.124, G. GEMIS t. NV Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel.

<sup>62</sup> Intussen gekend onder de naam Lantis.

ding.<sup>63</sup> De Raad richtte zijn pijlen vooral op de voordracht door de raad van bestuur (voorbereid door het benoemingscomité), en vernietigt in de eerste plaats die beslissing, maar ook de benoemingsbeslissing van de algemene vergadering moet eraan geloven. De lectuur van dit arrest, en de manier waarop de Raad de beoordeling van de CV's van de kandidaat-bestuurders door het benoemingscomité en de raad van bestuur omwoelt, maak alvast duidelijk dat de discussie publiek-privaat wel degelijk nog inzet heeft: een privaot vennootschapsjurist verslikt zich toch even in de koffie bij de gedachte dat hij bij de benoeming of het ontslag van een bestuurder op straffe van nietigheid over deze lat zou moeten.

**22. Diepere infiltratie in het privaatrecht?** Indien het voorgaande klopt, dan rijst de vraag waar de grens ligt. De Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (cq. Lantis) is een publiekrechtelijke rechtspersoon, die duidelijk overheidstaken vervult (de realisatie van een groot publiek infrastructuurproject, met name de Oosterweelverbinding). Op Vlaams niveau schrijft het Bestuursdecreet m.b.t. onafhankelijke bestuurders ook een procedure met open oproep tot kandidaatstelling en vergelijking van titels en verdiensten voor.<sup>64</sup> Vanuit het publiekrecht zou misschien zelfs het onderscheid tussen benoeming bij koninklijk besluit of regeringsbesluit enerzijds (zoals in de arresten MATTHIS en BOVY), en benoeming door de algemene vergadering (zoals in het arrest BOVY), waarbij het eerste qua *instrumentum* publiekrechtelijk en het tweede privaatrechtelijk zou zijn, kunnen worden genuanceerd met het argument dat de algemene vergadering als orgaan van een overheidsrechtspersoon die overheidstaken uitvoert evengoed publiekrechtelijke besluiten neemt, met andere woorden dat zelfs het *instrumentum* publiekrechtelijk is.

Maar het blijft niettemin mogelijk aan de knoppen te draaien op zoek naar hoe ver de infiltratie reikt. Belfius is een private vennootschap zonder overheidstaken of specifiek wettelijk statuut, met weliswaar de overheid als enige aandeelhouder. Het lijkt ons vrij oncontroversieel dat de benoeming of het ontslag van een Belfius-bestuurder door de algemene vergadering niet aan de ABBB zal worden getoetst, ook al heeft de Belgische Staat alle stemrechten in de algemene vergadering en is dus logisch noodzakelijk eerst een overheidsstandpunt nodig over hoe die stemrechten zullen worden uitgeoefend. Is dit anders in het geval van Proximus (dat enkel commerciële activiteiten heeft, maar formeel wel

<sup>63</sup> RvS 9 juli 2019, nr. 245.124, G. GEMIS t. NV Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel, nrs. 16-32.

<sup>64</sup> Art. III.41 Bestuursdecreet.

nog steeds een publiekrechtelijke rechtspersoon is)? In het geval van bpost (dat wel nog opdrachten van openbare dienst heeft én formeel gezien een publiekrechtelijke rechtspersoon is)? Dat zou vanuit de logica van de publiekrechtelijke ontvoogding van Proximus en bpost met de Wet van 16 december 2015 merkwaardig zijn.

Maar waar dan exact de grenslijn met feitenconstellaties zoals in het arrest GEMIS ligt, is wat ons betreft in de huidige stand van rechtsleer en rechtspraak niet duidelijk. En privaatrechtelijk valt die vraag ons inziens ook niet te beantwoorden. Wél staat volgens ons vast dat die keuze wel degelijk inhoudelijke gevolgen heeft. Alle private *corporate governance* mechanismen ten spijt – die inderdaad ook in (zeker beursgenoteerde) private vennootschappen tot meer objectivering en transparantie van met name de processen inzake benoeming en ontslag van onafhankelijke bestuurders hebben geleid – zijn we in het privaatrecht nog ver verwijderd van het soort van toetsing van benoemings- en ontslagbeslissingen waartoe de ABBB kunnen leiden.

### 3. De rol van privaatrechtelijke normen van behoorlijk handelen

#### 3.1 Inleiding

**23. Probleemstelling.** In dit deel veranderen we het geweer van schouder. Het onderzoek wil weten of en hoe het optreden van de overheid via het privaatrecht de rechtsbescherming beïnvloedt in vergelijking met de ABBB. Ook in het privaatrecht wordt gedrag getoetst aan normen van behoorlijk handelen, zoals de algemene zorgvuldigheidsnorm in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht of het verbod van rechtsmisbruik (meestal) in het contractenrecht. In gevallen waarin de ABBB niet (rechtstreeks) op “privaatrechtelijk” overheidshandelen van toepassing zouden zijn (zie vraag 1-2), welke uitkomst levert de toepassing van die privaatrechtelijke gedragsnormen dan op? Bieden zij ruimte om rekening te houden met het overheidsgehalte van het handelen, met de betrokkenheid ervan op het algemeen belang? Het is geen geheim dat die privaatrechtelijke gedragsnormen niet altijd zeer ver af staan van de ABBB, en dat sommigen er loten van dezelfde stam in zien.<sup>65</sup> Recent gaan in de rechts-

---

<sup>65</sup> W. VAN GERVEN, “Beginselen van behoorlijk handelen”, *RW* 1982-83, afl. 15, 961-978. Zie ook: D. DE JONGHE en G. DE PIERPONT, “L’influence des principes généraux du droit sur les contrats”, in P.O. DE BROUX, B. LOMBAERT, T. LÉONARD en J. VAN MEERBEECK (ed.), *La distinction entre droit public et droit privé*, Anthémis, 2018, (77) 117; F. VANDENDRIESSCHE, “Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk be-



leer stemmen op dat het water tussen de publiekrechtelijke rechtsbescherming via de ABBB en de privaatrechtelijke rechtsbescherming via de “open normen van privaatrecht” misschien niet zo diep is als klassiek wordt voorgehouden<sup>66</sup>.

**24. Conceptuele complexiteit.** Uit wat voorafgaat volgt nochtans dat ook deze vragen in het Belgisch (privaat)recht naar een pad leiden dat overwoekerd is met conceptuele voorvragen en rechtsdomein-doorkruisende vertakkingen. Wij probeerden dus ook hier vooral in het privaatrecht puzzelstukjes te zoeken voor de ruimere discussie binnen het Forum. Daartoe gingen wij op zoek naar rechtspraak waarin dit soort van privaatrechtelijke normen ten aanzien van een overheidsrechtspersoon (breed begrepen) werden getoetst.

**25. Focus op contractueel handelen.** Conceptueel kan privaatrechtelijk handelen<sup>67</sup> worden onderverdeeld in zakenrechtelijk handelen, contractueel handelen en buitencontractueel handelen. Om de materie voor doeleinden van dit verslag beheersbaar te houden, besloten wij het onderzoek toe te spitsen op de contractuele analyse.

De toetsing van gedrag waarbij de overheid gebruikt maakt van haar *zakenrechtelijke* bevoegdheden is conceptueel zeker niet oninteressant voor dit onderzoek. Denk aan het geval waarin de overheid krakers uit een privaat domein goed zet, een zakelijk recht revindiceert, of een erfdiensbaarheid afdwingt. Maar een eerste snelle scan van de rechtspraak leverde te weinig zuivere voorbeelden op.<sup>68</sup>

---

stuur”, in I. OPDEBEEK en M. VANDAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 39.

<sup>66</sup> S. LIERMAN, P. VAN DE WEYER, K. VANDORMAEL, “Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht”, *TPR* 2016, 489-577. Om misverstand te vermijden: het huidige onderzoek heeft enkel betrekking op de verhouding tussen deze privaatrechtelijke open normen en de ABBB. Dit gaat dus over het perspectief van de *rechtsbescherming* van de burger. Lierman e.a. onderzoeken ook nog de andere kant van de medaille, namelijk of het privaatrecht ook ruimte laat voor typische *overheidsprerogatieven* verbonden met de beginselen van de openbare dienst. Dit wordt hier niet behandeld.

<sup>67</sup> Althans op het vermogensrechtelijke vlak. Het personen- en familierecht is uiteraard voor de overheidshandelen minder relevant.

<sup>68</sup> Discussies over eigendom, opstal, erfpacht etc. gaan vaak over de contractuele afspraken rond de vestiging of de overdracht van het zakelijk recht tussen partijen en worden zo contractueel.

Het domein van *de buitencontractuele aansprakelijkheid* anderzijds, bulkt van de rechtspraak, maar leek ons op de keper beschouwd conceptueel weinig interessant specifiek voor wat inbreuken op de ABBB betreft.<sup>69</sup> De stand van zaken in dit domein is immers vrij helder, en de kans leek ons klein dat een fijnmazige analyse van de massa's rechtspraak rond overheidsaansprakelijkheid onverwachte nieuwe inzichten voor het debat zou opleveren. De overheid is aansprakelijk voor haar buitencontractuele fouten, zoals elkeen. De inbreuk op een buitencontractuele algemene zorgvuldigheidsnorm – hét archetype van een open norm van behoorlijk handelen – kan een buitencontractuele fout van de overheid opleveren. De algemene zorgvuldigheidsnorm wordt beoordeeld aan de hand van het gedrag van een normaal voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde feitelijke omstandigheden. Een bijzondere professionele hoedanigheid (arts, bankier...) wordt in rekening gebracht bij de concretisering van deze gedragsnorm. Dit gaat ook op voor de overheid.<sup>70</sup> De rechter die de vraag krijgt of

---

<sup>69</sup> Omdat we op heel wat resultaten stootten in het kader van het onderzoek van vraag 1 (zie randnr. 6) die deze stelling illustreren, geven we niettemin ter informatie de resultaten die uit dat onderzoek voortvloeiden, mee. In heel wat zaken werd getoetst aan de beginselen van behoorlijk bestuur via de toetsingsnormen van de buitencontractuele aansprakelijkheid. We bekeken deze zaken niet verder in detail, maar geven ten behoeve van de geïnteresseerde lezer de referenties mee: Arbrb. Gent, 19 november 1996, 17224ZIII (uittreksel); Arbh. Antwerpen 5 september 2003, rolnr. 98466 (geen bewijs van schade en oorzakelijk verband); Arbh. 10 juni 2004, rolnr. 1997-0642 (het Hof maakt in een obiter dictum het verband tussen de schending van de ABBB en de fout in de zin van 1382 oud B.W., maar merkt op dat er in casu geen schending van de ABBB wordt gevorderd of bewezen); Antwerpen 1 februari 2006, rolnr. 2004AR3122; Cass. 27 oktober 2006, Co30584N (schending redelijke termijn); Arbeidshof 14 februari 2007, rolnr. 2005-0216; Arbrb. Brussel, 21 augustus 2007, rolnr. 45.215; Brussel 24 maart 2009, 2005AR1576; Antwerpen, 20 april 2009, rolnr. 2070536; Brussel 2 juni 2009, rolnr. 2005AR726 (dioxinecrisis, geen fout van de overheid); Brussel, 26 oktober 2009, rolnr. 2002AR1304; Arbrb. Luik, 27 november 2009, rolnr. 35430/08 (geen fout in hoofde van de RSZ); Arbeidshof Brussel 15 maart 2010, rolnr. 2008/AB/51626; Brussel 12 april 2011, rolnr. 2007AR1431 (schending zorgvuldigheidsplicht bij verkeerd verschaffen van inlichtingen bij verlenen stedenbouwkundig attest); Arbeidshof Brussel 1 juni 2011, rolnr. 2006/AB/49091 (uittreksel), *JIT* 2012, 453-456; Brussel 27 juni 2011 – 2008AR2609; Brussel 28 november 2011, rolnr. 2009AR1084; Arbrb. Bergen, 21 december 2011, 2009/AM/21474 (beoordeling in hoofde van RSZ: ongegrond); Brussel 4 april 2013, rolnr. 2011/AB/170; Arbrb. Henegouwen, 16 mei 2013, 12/142/A (beoordeling in hoofde van RSZ: ongegrond); Arbrb. Henegouwen, 20 juni 2013, rolnr. 11/2163/A (beoordeling in hoofde van RSZ: ongegrond); Arbrb. Henegouwen, 20 juni 2013, rolnr. 11/103/A (beoordeling in hoofde van RSZ: ongegrond); Arbrb. Henegouwen, 20 juni 2013, rolnr. 11/3581/A (beoordeling in hoofde van RSZ: ongegrond); Cass. 27 mei 2013, rolnr. 12.005.F; Cass. 30 oktober 2014, F.13.0140; Arbeidshof Antwerpen, 20 april 2015, rolnr. 2013/AH/209 (geen fout); Cassatie 12 juni 2017, rolnr. C.16.0428.N.

<sup>70</sup> W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins?*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 27-28.

de overheid een buitencontractuele fout beging, analyseert hoe een normaal voorzichtig en redelijk *overheid* in dezelfde feitelijke omstandigheden zou hebben gehandeld. Een normaal voorzichtig en redelijk overheid leeft de ABBB na. Indien de litigieuze handeling reeds door de Raad van State vernietigd is (omwille van inbreuk op de ABBB of andere redenen), staat de civiele fout overigens vast. Je kan dus vrij makkelijk “sluiswerking” toeschrijven aan de ABBB via het privaatrechtelijke foutbegrip. Maar die goed gekende principes, lijken ons weinig relevant voor de voorliggende onderzoeksvragen. Het lijkt ons kunstmatig om het domein van de overheidsaansprakelijkheid te conceptualiseren als “privaatrechtelijk overheidshandelen”, enkel en alleen omdat de getoetste gedragsnorm de privaatrechtelijke foutaansprakelijkheid is. In het overgrote deel van de gevallen gaat het om zeer “publiekrechtelijk” overheidshandelen, door een kernoverheid, gericht op het algemeen belang en met publieke instrumenten (publiek-publiek-publiek), maar rijst gewoonweg de vraag of de schade die erdoor aan derden werd veroorzaakt, moet worden vergoed. Dat zal het geval zijn indien de overheid een fout beging in causaal verband met de schade. De abundante casuïstiek waartoe dit aanleiding geeft uitkommen, leek ons weinig vruchtbaar voor het onderzoek.

### 3.2 Contractuele normen van behoorlijk handelen

#### 3.2.1 Inleiding

**26. Onderscheid.** Op het contractuele vlak, leken ons wel nuttige en minder platgetreden onderzoekspistes voorhanden. Dan nog dringt wellicht een – voor de discussie op zich mogelijk interessant – onderscheid tussen de totstandkoming en de uitvoering van de overeenkomst zich op.

#### 3.2.2 Totstandkoming van de overeenkomst: sterk publiekrechtelijk gekleurd

**27. Publiekrechtelijke kleuring.** Op het vlak van de totstandkoming van de overeenkomst, lijkt het ons duidelijk dat de overheid via de “privaatrechtelijke weg” (in dit geval: de keuze voor de overeenkomst als *instrumentum*), niet aan de publiekrechtelijke normen van behoorlijk handelen, en met name de ABBB, kan ontsnappen. Het ganse overheidsopdrachtenrecht getuigt daarvan. Maar ook voor contracten die niet binnen het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten vallen, moet de overheid bij de sluiting ervan de ABBB naleven, en kan de inbreuk daarop via de afsplitsbare rechtshandeling voor de

Raad van State worden aangevochten.<sup>71</sup> Gekend in dit verband, zijn de voorbeelden van overheden en overheidsrechtspersonen die activa verkopen of rechten (tegen betaling) toekennen aan particulieren zonder een vorm van mededinging te organiseren, en daarvoor op de vingers worden getikt.<sup>72</sup>

Maar in die gevallen gaat het opnieuw om een *rechtstreekse* toepassing van de ABBB (behandeld in het vorige hoofdstuk) en betreft het een essentieel publiekrechtelijk leerstuk. Daarom is de vraag in hoeverre privaatrechtelijke normen van behoorlijk handelen in de totstandkomingsfase onder omstandigheden gelijkaardige of verschillende rechtsbescherming zouden opleveren, redelijk theoretisch: de publiekrechtelijke normen zijn rechtstreeks van toepassing op de situatie. Het privaatrechtelijke leerstuk van de onrechtmatige con-

---

<sup>71</sup> W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, "Overeenkomsten met de overheid", *TPR*, 1987, (1709) 1745.

<sup>72</sup> Zie hierover bijvoorbeeld D. DE JONGHE en G. DE PIERPONT, "L'influence des principes généraux du droit sur les contrats", in P.O. DE BROUX, B. LOMBAERT, T. LÉONARD en J. VAN MEERBEECK (ed.), *La distinction entre droit public et droit privé*, Anthemis, 2018, 88-92. Vooral deze passage is treffend (p. 89): "La place de ces principes fondamentaux de droits [le principe d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité], communautaire d'abord, et belge ensuite, est désormais tellement marquée que ni la doctrine ni la jurisprudence ne songeraient à soutenir aujourd'hui qu'un contrat qui échappe à la réglementation spécifique aux marchés publics n'est pas soumis au respect des principes généraux du droit communautaire et du droit administratif. Au contraire, ces principes font incontestablement tache d'huile, en ce sens qu'il est attendu de l'administration qu'elle les respecte lors de l'attribution de tout contrat administratif, conçu comme une opération économique au sens du TFUE". En verder (p. 92): « Il y a lieu de constater, par ailleurs, que ces principes imprègnent à ce point profondément l'action publique qu'il est de plus en plus souvent attendu des pouvoirs publics qu'ils les respectent également lors de la conclusion de « simples » contrats de l'administration, conçus comme des opérations économiques au sens du TFUE. Ainsi, il a pu être constaté que lesdits contrats de l'administration « sont de plus en plus investis par des règles de droit public », la jurisprudence du Conseil d'Etat exigeant désormais – mais depuis une vingtaine d'années déjà –, sous l'influence du droit européen, et même en l'absence de textes explicites, que s'effectuent dans le respect des principes d'égalité et de concurrence, le recrutement d'agents contractuels dans la fonction publique bien entendu, mais également la vente [CE, 20 novembre 2017, LAERA, n° 239913; CE, 21 novembre 2001, Ponsard, n° 100.966] ou la location [CE, 4 avril 2005, Henry, n° 142.762] de terrains communaux, l'octroi de droits réels sur les terrains d'une personne morale de droit public (concession d'emphytéose [CE, 23 décembre 2015, sa Kinopolis Mega, n° 233.355] ou de superficie), bref, non seulement tout contrat de vente de biens communaux, mais aussi tout contrat immobilier passé par une personne de droit public [P.ex. CE, 2 octobre 1990, sprl Grotenberge, n° 35.617, RACE 1990, p. 10 et 26 février 1991, sprl Grotenberge, n° 36.488, RACE 1991, p. 1 (location d'infrastructures sportives); CE, 27 janvier 1992, Pirmolin, n° 38.591, RACE, 1992, p. 1 (location d'un droit de chasse); CE, 20 mai 1992, sprl Challenger services, n° 39.423, RACE 1992, p. 1 (vente d'immeubles appartenant au CPAS)]. »

tractweigering of meer algemeen de precontractuele fout zou in een parallel universum misschien door gepasseerde kandidaten kunnen worden ingezet om overheden die bij contractsluiting de mededinging willen ontwijken tot de orde te roepen. Maar een rechtstreeks beroep op het gelijkheidsbeginsel en de doelgebonden bevoegdheden m.o.o. het algemeen belang van de overheid lijkt als procedurestrategie een stuk efficiënter.<sup>73</sup> Deze discussies leveren wel potentieel interessante grensanalyses op. Want de inbreuk op het gelijkheidsbeginsel wordt vervolgens door de burgerlijke rechter aanvaard<sup>74</sup> als civielrechtelijke ongeoorloofde oorzaak die wegens strijdigheid met de openbare orde tot de absolute nietigheid van de overeenkomst kan leiden. De verbintenisrechtelijke nietigheid van een overeenkomst lijkt ons niet echt een “norm van behoorlijk handelen” in de zin van dit onderzoek, maar het is opnieuw wel een “sluis” waarlangs inbreuken op de ABBB, minstens op het gelijkheidsbeginsel, civielrechtelijke gevolgen sorteren.

**28. Private partijen.** Daarnaast zijn ook de grensgevallen interessant waarin de vraag rijst of de contractspartij wel als “administratieve overheid” kwalifi-

<sup>73</sup> Daarnaast zullen ook de staatssteunregels de vrijheid van de overheid om onderhands te verkopen beperken.

<sup>74</sup> Dit is weliswaar het gevolg van een evolutie, maar lijkt intussen toch vrij algemeen aanvaard. Zie recent nog: Cass. 22 januari 2021, C.19.0303.N, Proximus t. Interkabel e.a. In dat arrest heeft het Hof van Cassatie het alleenstaande afwijkende arrest van het Hof van beroep te Antwerpen (Antwerpen 18 december 2017, *Competitio* 2018, afl. 2, 188-194.) verbroken, dat anders besloot. De vraag rijst overigens of het Hof van beroep te Antwerpen intussen niet zelf reeds is bijgedraaid (zie het arrest Antwerpen 25 februari 2019, 2017/AR/418). Dat het gelijkheidsbeginsel raakt aan de openbare orde en dus de schending ervan leidt tot de nietigheid van de overeenkomst werd ook reeds aanvaard in Gent 14 februari 2014, *N/W* 2016, noot C. DE KONINCK; C. DE KONINCK, “Miskenning door een VZW van mededinging bij toewijzen van een gesubsidieerde opdracht” (noot onder Gent 14 februari 2014), *N/W* 2016, afl. 337, 174; Brussel 28 december 2013, *JT* 2014, 96; Brussel 23 november 2011, *TBP* 2012, 564, noot F. VANDENDRIESSCHE en L. MARTENS; Rb. Dendermonde 18 december 2009, *T. Aann.* 2013, 68, noot U. BUESELINCK en K. DE PUYDT; Rb. Brussel 22 februari 2008, AR 2004/5792/A; Brussel, 18 november 2011 (RG nr. 2008/AR/3008), *OOO* 2011, afl. 1, 141; Brussel, 23 november 2011, gemeente Tubeke t/ cvba R.APP.EL, *TBP* 2012, 564-565, *OOO* 2013, afl. 1, 133; Brussel (2de k.), 28 december 2013, s.p.r.l. Convergence Utility Computing / s.c.r.l. Toit & Moi Immobilière sociale de la région montoise, *JT* 2014, 96-97.

Een auditrapport van het Rekenhof verwijst ook naar volgende arresten: Gent 6 februari 2015, nv R.D.B. t/ Gemeente Knokke (2011/AR/3082), en Rb. Brussel, 22 februari 2008, NV Belgacom t/ bvba T.C. en de cvba C. & E. ((AR nr. 2004/5792/A). (zie Rekenhof, *Baggerwerken in Vlaanderen. Verslag van het Rekenhof aan het Vlaams Parlement (maart 2016)*, Parl. St. Vl. Parl. 2015-2016, 37-C, p. 35). In de zaak Rb. Brussel 10 februari 2005, AR 04/8148/A, onuitgeg., werd dit ook in verband gebracht met het transparantiebeginsel.

ceert. Die kwalificatiediscussie is weerom essentieel publiekrechtelijk, en bepaalt de bevoegdheid van de Raad van State om over de “afsplitsbare” beslissing tot contracteren uitspraak te doen. Als dat niet het geval is – en de beslissing tot contracteren dus geen rechtshandeling van een administratieve overheid uitmaakt – dan zullen de ABBB bij de contractsluiting ook niet van toepassing zijn. Bijgevolg zal het ook moeilijk zijn om zuiver privaatrechtelijk de (per hypothese privaatrechtelijke) contractspartij te verwijten van zijn privaatrechtelijke contractsvrijheid gebruik te hebben gemaakt om onderhands en zonder mededinging met de contractspartij van zijn keuze te contracteren.<sup>75</sup>

**29. Nethys-zaak.** Maar het kalf ligt natuurlijk gebonden waar die “private partij” toch een overheidskleurtje heeft en/of op bepaalde manier als een instrument van privaatrechtelijk overheidshandelen kan worden aanzien. In één van de vele vertakkingen van de intussen in België beruchte Nethys-affaire, schorste de voorzitter van de ondernemingsrechtbank te Luik in kortgeding de overeenkomst(en) tot overdracht van de aandelen van Nethys in Voo NV.<sup>76</sup> Nethys is een Waalse industriële groep, gegroeid uit lokale overheidsstructuren, met belangen in diverse sectoren, waaronder energie, telecom, media en industrie. Voo is een Waalse kabelmaatschappij. Nethys had in februari 2019 intern beslist om haar participatie tegen eind mei 2019 te verkopen. Eind april zette Nethys een verkoopproces op, waarop meerdere kandidaten (waaronder Providence, Orange en Telenet) een bod indienden. De termijn om een bod in te

---

<sup>75</sup> Tenzij in de specifieke gevallen waarin de wetgeving overheidsopdrachten van toepassing is op private partijen, maar dan wordt de analyse uiteraard zuiver overheidsopdrachtenrechtelijk.

<sup>76</sup> Vz. Orb. Luik, 29 juni 2020, ter beschikking van de auteurs maar niet gepubliceerd. Over deze uitspraak en haar context heeft de pers uitgebreid gerapporteerd. Een illustratieve lijst van de pers kan worden opgevraagd bij de auteurs. Zie uit de vele artikelen bijvoorbeeld: “Nethys stak Telenet stokken in de wielen bij bod op Voo”, *De standaard* 18 september 2019; “Verkoop Voo, win en Elicio bevroren”, *De Standaard* 26 september 2019; “Waalse regering vernietigt verkoop van Win, Elicio en Voo door Nethys”, *Knack* 7 oktober 2019, “Waalse overheid zoekt landing bij Voo”, *De Standaard* 16 december 2019 “Afhandeling Nethys dreigt ‘juridische guerrilla’ te worden”, *De Standaard* 8 oktober 2019; “Voo mag verkocht worden aan Providence”, *De standaard* 24 december 2019; “Orange vecht verkoop Voo aan”, *De tijd* 21 februari 2020; “Orange Belgium demande la suspension de la vente de Voo et la désignation d’un expert”, *RTBF* 21 februari 2020; “Nethys: Orange Belgium demande la suspension de la vente de Voo”, *Le Soir* 21 février 2020; “Telenet rejoint Orange pour dénoncer la vente de Voo”, *La dernière heure*, 4 avril 2020; “Pourquoi le tribunal a suspendu la vente de Voo à Providence”, *Le soir*, 29 juin 2020; “Nethys - Suspension de la vente de Voo: Nethys lance une nouvelle procédure de vente (2)”, *Le soir* 29 juni 2020; “Nethys va relancer la procédure de vente de VOO”, *L’Echo* 29 juni 2020.

dienen was zeer kort. De dag van de indiening van de offertes reeds, besliste Nethys om na die eerste ronde enkel met één van die kandidaten (Providence) verder te onderhandelen. Een paar weken later sloot Nethys een eerste verkoopovereenkomst met die kandidaat.<sup>77</sup> In oktober 2019 vernietigde de Waalse Regering niettemin de beslissing van de raad van bestuur tot goedkeuring van die overeenkomst. Uit die vernietigingsbeslissing bleek dat er met die overeenkomst, en de manier waarop ze tot stand was gekomen, een aantal dingen mis waren. Uiteindelijk besloot Nethys, na een grondige wijziging van de samenstelling van de raad van bestuur eind oktober om alsnog verder te onderhandelen met Providence. De voorwaarden van de initiële overeenkomst werden aangepast, zonder dat evenwel de andere kandidaten de kans kregen om een verbeterd bod in te dienen. Daarop trok Orange in kortgeding naar de voorzitter van de ondernemingsrechtbank te Luik.

Het is altijd opletten om grote uitspraken te doen op basis van gehaaste en zeer feitelijke kortgedingprocedures. Wat de zaak o.i. vooral interessant maakt, is het feit dat de rechter duidelijk geworsteld heeft met het overheidsgehalte van Nethys en de al dan niet toepassing van de ABBB. Op het ogenblik van de gewraakte verkoop, was Nethys qua rechtsvorm een private vennootschap met zuiver commerciële activiteiten, al lijkt die ontvoogding minstens achteraf bekeken vanuit het perspectief van de betrokken overheden deels onverhoeds te zijn verworven via complexe structuuroperaties. De Nethys-affaire gaf dan ook aanleiding tot een felle politieke tegenreactie en “her-annexatie” van dit soort structuren in de Waalse regelgeving.<sup>78</sup> De beschikking neemt aan dat Nethys in principe geen administratieve overheid is, niet belast is met een openbare dienst, en de ABBB in beginsel niet van toepassing zijn, maar wil Nethys ook niet helemaal uit het publiekrechtelijke zwaartekrachtveld loslaten<sup>79</sup>. De rechter moet ook vaststellen dat de eerdere beslissing van de raad van bestuur tot goedkeuring van de eerste verkoopovereenkomst op basis van met name die nieuwe Waalse regelgeving al eens door de voogdijminister vernietigd was, waarbij

<sup>77</sup> De datum viel vlak voor de termijn waarop de aanpassingen van het Waalse Decreet Lokaal Bestuur in werking trad, waardoor bijkomende overheidsgoedkeuringen voor de transactie nodig zouden zijn geweest.

<sup>78</sup> Zie bijvoorbeeld de artikelen L1125-1, L1125-11, L1125-12, L1523-15, L1531-2, L1561-1 tot L1531-13, L2212-77, L2212-78, L2212-81ter, L2212-81quater, L3111-1, L5111-1, L5431-1, L6411-1, L6421-1 en L6431-2 van het Waalse Wetboek van de plaatselijke democratie waarbij de “*société à participation publique locale significative*” (“maatschappij met een significante lokale overheidsparticipatie”) zoals gedefinieerd in artikel L5111-1, eerste lid, 10° van hetzelfde wetboek onder hun toepassingsgebied valt.

<sup>79</sup> Vz. Orb. Luik 29 juni 2020, p. 75. Zie verder ook p. 55, p. 62, p. 64, p. 66.

Nethys onder meer een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel werd verweten. Wie de feiten leest, kan inderdaad niet om de vaststelling heen dat de procedure van contractsluiting aan alle kanten rammelde, althans indien zij als overheidshandeling moest worden getoetst. De rechter maakt uiteindelijk een cocktail van elementen die aan het gelijkheidsbeginsel<sup>80</sup> zijn ontleend (al plaatst hij dit in de sleutel van de horizontale werking daarvan tussen private partijen) en elementen die eerder steunen op "privaatrechtelijk" bedrog en fraude van de betrokken toplui in het licht van bepaalde belangenconflicten en bedrieglijke manoeuvres van hun kant<sup>81</sup>, om te concluderen dat de determinerende beweegredenen van Nethys om de overeenkomst te sluiten strijdig met de openbare orde waren, derhalve de oorzaak van de overeenkomst ongeoorloofd was en de overeenkomst dus met absolute nietigheid was aangetast. Bijgevolg schorst de voorzitter de uitvoering ervan.

In een bepaalde lezing kan men hier rechtstreekse doorwerking van de ABBB naar overheidshandelen "via de private weg" in zien, al volgt de analyse anderzijds ook sterk het voormelde publiekrechtelijke stramien van civielrechtelijke nietigverklaring van een overeenkomst na publiekrechtelijke vernietiging van de afsplitsbare overheidshandeling (de beslissing van de raad van bestuur tot contractsluiting). Minstens illustreert deze beslissing de complexe fauna en flora die tot bloei komt op de voedingsbodem van het hybride rechtspersonenrecht, en vandaar de grensgeschillen waartoe dit aanleiding geeft. Want welke band met de overheid exact aanwezig moet zijn, is niet *a priori* duidelijk. Belfius is een zuiver privaatrechtelijke vennootschap met uitsluitend commerciële bank- en verzekeringsactiviteiten, maar sinds de financiële crisis is de Belgische Staat wel de enige aandeelhouder. Het leidt echter weinig twijfel dat op de beslissing van Belfius om met deze of gene IT-leverancier in zee te gaan, de ABBB niet van toepassing zijn.

### 3.2.3 Uitvoering van de overeenkomst

#### 3.2.3.1 *Inleiding*

**30. Algemeen.** Een domein waarin de eventuele invloed van de ABBB op het privaatrechtelijk overheidshandelen vanuit de open gedragsnormen van het

---

<sup>80</sup> En het openbare orde-karakter daarvan, met verwijzing naar Grondwettelijk Hof nr. 08/2012 van 8 januari 2012; Grondwettelijk Hof nr. 17/2009 van 12 februari 2009; Cass. 7 februari 2013, *JLMB* 2013, afl. 29, 1510-1513; Cass. 13 maart 2014, C.13.0468.N.

<sup>81</sup> Vz. Orb. Luik 29 juni 2020, p. 6-8 en 36-68.



privaatrecht o.i. zuiverder kan worden getoetst, leek ons dat van de uitvoering van de overeenkomst. Voor contractuele uitvoeringsgeschillen is enkel de burgerlijke rechter bevoegd. Daardoor is dit een domein waarin je veel makkelijker “zuivere” privaatrechtelijke grondstof kan mijnen. De discussies worden veel minder dan bij de totstandkoming van de overeenkomst, gekleurd door het administratiefrechtelijke contentieux met betrekking tot de afsplitsbare overheidshandeling.

Terwijl conceptueel – voor doeleinden van dit onderzoek – de vraag op de keper beschouwd niet zo verschillend is. Ook in de uitvoeringsfase van overeenkomsten kan het voorkomen dat de overheid heel wat moeilijke beslissingen moet nemen. Indien de overheid de dwanguitvoering *in natura* van een overeenkomst eist, terwijl die door externe omstandigheden voor de tegenpartij een stuk oneuwer werd en die partij een redelijk alternatief voorstelt, volgens welke gedragsnormen kan die overheidsbeslissing dan (door de burgerlijke rechter) worden getoetst? Kan de tegenpartij zich beklagen over een inbreuk op de ABBB, bijvoorbeeld het redelijkheidsbeginsel of de hoorplicht?<sup>82</sup> Of moet hij het met de privaatrechtelijke gedragsnormen van uitvoering te goeder trouw en het verbod van rechtsmisbruik stellen? En in dat laatste geval, is bij de invulling van die normen de overheidshoedanigheid relevant? Als moet worden bepaald of de eisende partij *in casu* kennelijk de grenzen te buiten ging van een normale rechtsuitoefening door een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden, is het dan relevant dat de eisende partij een overheid is? Spelen de ABBB – bv. het redelijkheidsbeginsel of de hoorplicht – misschien een rol bij de concrete *invulling* van de privaatrechtelijke gedragsnorm? En indien dat niet het geval zou zijn, levert de “zuiver privaatrechtelijk ingekleurde” privaatrechtelijke gedragsnormen een deficit op inzake rechtsbescherming?

**31. Onderzoeksbenadering.** Meer bepaald zoomden wij in op die andere archetypische open norm van behoorlijk handeling in het privaatrecht, met name de verplichting om de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren, en het daaruit afgeleide verbod van rechtsmisbruik. In dit domeinen hebben wij getracht een origineel en systematisch rechtspraakonderzoek te voeren, met als doel uitspraken waarin deze norm op de overheid werd toegepast in kaart te brengen.

---

<sup>82</sup> Zoals o.m. verdedigd in: F. VANDENDRIESSCHE, “Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur”, in I. OPDEBEEK en M. VANDAMME (eds.), *Begin-selen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 53. Anders, intussen (maar voorwerp van heel wat discussie): Cass. 12 oktober 2015, AR S.13.0026.N., concl. Adv. Gen. Verlinden (zie over deze discussie ook *supra* nr. 6).

3.2.3.2 *Sluiswerking via de goede trouw? Een systematisch rechtspraakonderzoek*

**32. Parameters.** Via diverse zoekmachines en databanken zochten we naar rechtspraak over de toepassing van de regels inzake goede trouw en rechtsmisbruik op de overheid.<sup>83</sup> We kozen om ons te concentreren op de databanken "juportal" en deden een aanvullende opzoeking in stradalex (kolom 1).<sup>84</sup> We zochten op de woorden goede trouw (zonder aanhalingstekens<sup>85</sup>), "bonne foi" (met aanhalingstekens), rechtsmisbruik en "abus de droit" (met aanhalingstekens) (kolom 2). We kozen ervoor om ons te beperken tot de rechtspraak van de hoven van beroep en het Hof van Cassatie (kolom 3).<sup>86</sup> Voor het Hof van Cassatie selecteerden we in de zoekmachine enkel uitspraken binnen de rechtstak van het burgerlijk recht. De beperkingen in de tijd die we voor bepaalde opzoeken doorvoerden, zijn in de tabel weergegeven (kolom 4).

**33. Selectie.** Het totaal van de uitspraken op basis van de parameters in kolommen 1 tot 4, is weergegeven in kolom 5. Uit deze resultaten selecteerden we de uitspraken waarbij een publieke rechtspersoon of een persoon belast met een taak van algemeen belang partij was (kolom 6).<sup>87</sup> Binnen deze resultaten onderzochten we of de gevonden uitspraken betrekking hadden op een situatie

---

<sup>83</sup> We zochten op de woorden goede trouw (zonder aanhalingstekens). Deze keuze maakten we om te vermijden dat uitspraken die de woorden "te goeder trouw" zouden bevatten, niet uit de resultaten zouden worden meegenomen.

<sup>84</sup> De databank jura was te arbeidsintensief om een snel nazicht van de partijen toe te laten. Daarom kozen we ervoor om onze inspanningen te concentreren op de twee andere databanken.

<sup>85</sup> De keuze om hier geen aanhalingstekens te gebruiken, was ingegeven door de vrees dat bij gebruik van aanhalingstekens, resultaten zoals "te goeder trouw" niet zouden verschijnen in de resultaten.

<sup>86</sup> De rechtspraak van de arbeidshoven en -rechtbanken kozen we niet mee te nemen omdat in deze resultaten op basis van een eerste scan veel meer beslissingen kwamen die betrekking hadden op overheidshandelen alsook "valse" resultaten waarbij de goede trouw werd beoordeeld in hoofde van de private partij, eerder dan de overheid. We waren evenwel uitdrukkelijk op zoek naar zaken over het privaat handelen van de overheid. De rechtspraak van de rechtbanken van eerste aanleg en ondernemingsrechtbank is in de databank juportal nog steeds erg beperkt. We deden niettemin een eerste opzoeking op de termen "goede trouw" (zonder aanhalingstekens, enkel in het Nederlands) en vonden in totaal slechts een veertigtal uitspraken voor de eerste opzoeking in het Nederlands in verband met de goede trouw. Geen enkel daarvan bleek relevant. We kozen dan ook om onze verdere oefening te concentreren op de rechtspraak van de hoven van beroep en het Hof van Cassatie.

<sup>87</sup> De auteurs wensen Lene Verhaegen en Jarne Jacobs uitdrukkelijk te bedanken voor hun hulp bij deze oefening.

waarbij de gedragsregel in hoofde van de een publieke rechtspersoon of een rechtspersoon met een taak van algemeen belang werd onderzocht (kolom 7). Vele zaken bleken uiteindelijk niet relevant omdat het ofwel een vals resultaat was en er inhoudelijk niet werd gepeild naar de goede trouw of rechtsmisbruik, of nog omdat de goede trouw of rechtsmisbruik niet in hoofde van de overheid aan de orde was.<sup>88</sup> Tot slot onderzochten we of de uitspraak indicaties gaf dat voor deze beoordeling rekening werd gehouden met de hoedanigheid van de overheid (kolom 8).

**34. Aanvullende opzoeking.** Gelet op het feit dat het aantal opgenomen uitspraken van het Hof van Beroep eerder beperkt blijft in de databank juportal

---

<sup>88</sup> Ter illustratie, geven we hierbij mee welke zaken op die wijze werden weggelaten in de eerste opzoeking, die ertoe leidde dat slechts 5 zaken werden weerhouden (zie kolom 7). Geschillen inzake fiscaliteit werden weggelaten. Dat was onder meer het geval voor Gent 17 maart 2009, 2008/AR/1130 en Gent 24 september 2001, 1969/AR/40406.

Eén zaak betrof een burgerlijke handeling, maar niet in een contractuele context. Het betrof een vordering dat het hoger beroep dat werd ingesteld door een school, tergend en roekeloos was. Deze vordering werd ongegrond bevonden (Hof van Beroep van Gent - 15 juni 2009 - 2006/AR/1771).

In één zaak over een overheidsopdracht, waar de toepassing van de goede trouw werd gevorderd tegen de overheid, achtte het Hof de goede trouw in dat specifieke geschil niet van toepassing omdat het geding ging over een administratieve sanctie en de goede trouw niet kon worden toegepast nu zij het gelijke mededingingsrecht en de op voorhand gegarandeerde gelijke toepassing op alle mededingers in de weg staat. Het Hof van Beroep te Gent weigerde toepassing te maken van de goede trouw in een overheidsopdracht waarbij een onderneming aan wie een opdracht was toegewezen, laattijdig de borgtocht had overgemaakt waardoor een boete van toepassing was. Het Hof achtte dat de principes van de goede trouw (en de principes van artikel 1231 oud B.W. voor schade en/of strafbedingen van het gemeen privaatrecht) niet konden worden toegepast nu zij het gelijke mededingingsrecht en de op voorhand gegarandeerde gelijke toepassing op alle mededingers in de weg staan. Anders oordelen zou volgens het Hof ertoe kunnen leiden dat op sommige aannemers van openbare werken de boete in kwestie onverkort wordt toegepast en op andere aannemers de boete sterk wordt afgeslankt, wat in de materie van overheidsopdrachten voor openbare werken niet aanvaardbaar werd geacht. (Gent 30 januari 2009, 2007/AR/1012).

In een andere zaak over een overheidsopdracht waarvan we enkel de samenvatting konden vinden werd besloten dat er geen algemene theorie bestaat die de rechter toestaat om redenen van billijkheid of goede trouw een contract aan gewijzigde omstandigheden aan te passen en werd de toepassing van de imprevisieleer verworpen. (Brussel 24 december 2004.)

Een aantal arresten gingen ook over de buitencontractuele aansprakelijkheid en precontractuele aansprakelijkheid (zie bijv. Brussel, 28 november 2011, 2009AR108 ivm precontractuele aansprakelijkheid)

(omstreeks 14.000 uitspraken, tegenover meer dan 43.000 voor het Hof van Cassatie) kozen we ervoor om een bijkomende opzoeking te doen op de termen “*rechtsmisbruik*”/”*abus de droit*” in de databank stradalex, om na te gaan of hier bijkomende uitspraken uit zouden voortvloeien.

**35. Overzicht.** Het resultaat van dit onderzoek gaat in de onderstaande tabel.

Hieronder bespreken we kort onze bevindingen van dit onderzoek.

|   | Data-<br>bank<br>(1) | Zoekterm<br>(2)                                  | Instantie<br>(3)                    | Jaartal-<br>len (4)     | Aantal<br>zaken (5) | Selectie<br>partij (6) | Contr.<br>Beoord.<br>Goede<br>trouw (7) |
|---|----------------------|--------------------------------------------------|-------------------------------------|-------------------------|---------------------|------------------------|-----------------------------------------|
| 1 | jupor<br>tal         | goede trouw<br>(zonder<br>aanhalings-<br>tekens) | hoven<br>van be-<br>roep            | geen<br>afba-<br>kening | 156                 | 18                     | 5                                       |
| 2 | jupor<br>tal         | bonne foi<br>(met aanha-<br>lingstekens)         | hoven<br>van be-<br>roep            | vanaf<br>2010           | 92                  | 6                      | 0                                       |
| 3 | jupor<br>tal         | goede trouw<br>(zonder<br>aanhalings-<br>tekens) | cassatie<br>(burger-<br>lijk recht) | vanaf<br>2010           | 52                  | 9                      | 1                                       |
| 4 | jupor<br>tal         | bonne foi<br>(met aanha-<br>lingstekens)         | cassatie<br>(burger-<br>lijk recht) | vanaf<br>2010           | 112                 | 4                      | 1                                       |
| 5 | jupor<br>tal         | rechtsmis-<br>bruik                              | hoven<br>van be-<br>roep            | vanaf<br>2010           | 25                  | 4                      | 1*                                      |
| 6 | jupor<br>tal         | abus de droit<br>(met aanha-<br>lingstekens)     | hoven<br>van be-<br>roep            | vanaf<br>2010           | 44                  | 5                      | 0                                       |
| 7 | jupor<br>tal         | rechtsmis-<br>bruik                              | cassatie<br>(burger-<br>lijk recht) | vanaf<br>2010           | 120                 | 14                     | 1*                                      |
| 8 | jupor<br>tal         | abus de droit<br>(met aanha-<br>lingstekens)     | cassatie<br>(burger-<br>lijk recht) | vanaf<br>2010           | 90                  | 10                     | 1*                                      |
| 9 | stra-<br>dalex       | rechtsmis-<br>bruik                              | hoven<br>van be-<br>roep            | vanaf<br>2015           | 207                 | 4                      | 0                                       |

|               |           |                                      |                     |               |             |           |          |
|---------------|-----------|--------------------------------------|---------------------|---------------|-------------|-----------|----------|
| 10            | stradalex | abus de droit<br>(met aanhangsteken) | hoven<br>van beroep | vanaf<br>2015 | 122         | 11        | 0        |
| <b>TOTAAL</b> |           |                                      |                     |               | <b>1020</b> | <b>85</b> | <b>7</b> |

*Resultaten die in de kolom (7) werden aangeduid met een sterretje, wijzen erop dat deze resultaten reeds naar voren gekomen waren uit de hogere opzoeken.*

**36. Bevindingen.** Uit deze tabel blijkt dat van de 1020 zaken er 85 een overheidspartij betreffen, maar slechts in 7 gevallen de rechter overging tot beoordeling van de goede trouw cq. het rechtsmisbruik in hoofde van die overheidspartij. Daarnaast identificeerden wij via *ad hoc* opzoeken nog 3 zaken waarin dezelfde vraag aan de orde was.

In de meeste van die gevallen vonden wij geen enkele aanwijzing dat de partijen of de rechtbank de invulling van deze privaatrechtelijke gedragsregels anders benaderden dan bij een private partij het geval was geweest.

In drie zaken waren de feiten overigens van die aard, dat de overheidspartij evengoed een private partij had kunnen zijn, zonder dat dit op de analyse enige invloed had gehad.

- De gemeente Lanaken is eigenaar van een stuk grond en beroept zich op een ontbindende voorwaarde in het aan een projectontwikkelaar op die grond toegekende opstalrecht ingevolge faillissement van die laatste, en wordt daardoor eigenaar van de reeds opgetrokken gebouwen (een woonproject).<sup>89</sup> De hypotheek die de bank had op dit opstalrecht tot waarborg van een lening aan de projectontwikkelaar, wordt hierdoor waardeloos, zodat de bank geen aanspraak heeft op (een deel van) de opbrengst van de verkoop van de opstallen. De gemeente pleegt geen rechtsmisbruik door zich op de normale werking van de ontbindende voorwaarde te beroepen.
- Een koppel koopt van de stad Zoutleeuw een stuk bouwgrond, ontdekt dat het vroeger als stortplaats voor bouwafval en -puin diende, en roept de vrijwaring voor verborgen gebreken in.<sup>90</sup> De stad beroept zich op een uitdrukkelijk contractueel niet-vrijwaringsbeding voor verborgen gebreken. Het hof van beroep van Brussel stelt vast de stad sinds vele jaren eigenaar was

<sup>89</sup> Antwerpen, 16 juni 2014, 2012AR2172.

<sup>90</sup> Brussel, 1 april 2009, *MER* 2010, afl. 2, p. 79.

van de grond, en dus op de hoogte was of moest zijn van het eerdere gebruik als stortplaats. Op basis van de contractuele goede trouw had zij dit moeten melden en kan zij zich nu niet op het beding beroepen.

- De Belgische Staat vordert uitbetaling van verzekeringsdekking voor een ongeval, en de verzekeraar betwist dat dekking verschuldigd is.<sup>91</sup> Vervolgens laten beide partijen de zaak jarenlang aanslepen. Wanneer de Staat de zaak dan toch opnieuw activeert, roept de verzekeraar rechtsverwerking in (wat in de huidige stand van zaken vereist dat de uitoefening van het recht in strijd is met de goede trouw en het verbod van rechtsmisbruik). Het hof van beroep van Brussel verwerpt dit argument zonder veel omhaal.

In vier andere gevallen is de overheidsdimensie meer aanwezig, maar is de impact daarvan op de benadering die de partijen en de rechter hanteren al bij al zeer beperkt.

- Het Waalse Gewest weigert aan de stad Dinant subsidies toegezegd in een overeenkomst uit te betalen omdat de stad bepaalde contractuele verplichtingen had miskend, en bijvoorbeeld het Gewest niet vooraf had gekend over de betrokken projecten. De stad voert aan dat het Waalse Gewest misbruik maakt van haar contractuele rechten. Het hof van beroep van Luik besluit dat in de concrete omstandigheden van de zaak “*noch rechtsmisbruik [...] noch de niet-naleving van het proportionaliteitsbeginsel*” aanwezig zijn. Het Hof van Cassatie verbreekt het arrest omdat de beroepsrechter niet naging of de schade voor de stad niet disproportioneel was in verhouding tot het voordeel voor het Waalse Gewest en hierdoor de regels inzake rechtsmisbruik heeft miskend. De toepassing door het Hof van Cassatie van de regels inzake rechtsmisbruik is vrij doordeweeks, maar mogelijk valt hier in de onderliggende zaak toch een invloed van het algemeen belang te ontwaren. Wij sluiten niet uit dat het feit dat de subsidies voor publieke projecten moesten dienen, bij de inhoudelijke beoordeling van de vraag of de inhouding ervan rechtsmisbruik uitmaakt, een rol speelt. De toepassingsvoorwaarden van het privaatrechtelijke leerstuk laten dat o.i. ook toe. De rechter moet immers naar alle omstandigheden van de zaak kijken, en de aanwezige belangen afwegen.
- De Scheepvaart NV, een overheidsrechtspersoon in de sector van de binnenvaart, geeft domeinconcessies voor gebruik van gronden gelegen aan

---

<sup>91</sup> Brussel 15 oktober 2012 - 2009AR2041.

waterwegen in ruil voor betaling van een jaarlijkse “cijns”.<sup>92</sup> Halverwege de jaren 2000, beslist De Scheepvaart de cijzen veralgemeend te verhogen om ze opnieuw marktconform te maken. Op basis van een bepaling in de concessieovereenkomst met de gebruikers, kan zij die verhoging via de techniek van de partijbeslissing contractueel doorvoeren (de tegenpartij kan dan weliswaar de overeenkomst wel opzeggen). Een gebruiker weigert te betalen, en wordt uiteindelijk door De Scheepvaart in betaling gedagvaard. Een inbreuk op de ABBB wordt ingeroepen tegen de verhogingsbeslissing zelf (een bestuurshandeling met algemene draagwijdte), maar niet aanvaard. De contractuele partijbeslissing die van die algemene beslissing in deze overeenkomst de uitvoering is, werd volgens de rechter “volledig rechtsgeldig, redelijk en te goeder trouw” genomen, noch is er sprake van rechtsmisbruik. In dit geval geeft het publieke karakter van de verhoging de rechter wel enige rugdekking voor de contractuele analyse: omdat de verhoging een decretale grondslag had en door De Scheepvaart zorgvuldig was uitgevoerd, kon de rechter vrij makkelijk tot de afwezigheid van contractueel rechtsmisbruik besluiten, in omstandigheden die voor een private partij wellicht moeilijker lagen (de cijns ging immers tot honderdmaal hoger). Maar anderzijds had het rechtsmisbruikargument van de gebruiker toch veel van een schietgedje in een zaak die hij zelf ogenschijnlijk jaren op zijn beloop liet. De afwijzing ervan door de rechter heeft qua juridische argumentatie of analyse weinig opmerkelijks.

- Een intercommunale verleent aan een projectontwikkelaar een optie om terreinen en gebouwen van een voormalige glasfabriek aan te kopen.<sup>93</sup> De optie werd verleend onder enkele opschortende voorwaarden, waaronder het feit dat, met het oog op een afwijking van bepaalde bodemsaneringsverplichtingen voor de overdracht, voor een bepaalde datum een gemotiveerde aanvraag betreffende de socio-economische noodzaak en de hoogdringendheid van de overdracht bij OVAM moest worden ingediend. Dat verzoek werd niet tijdig ingediend, en op het (latere) verzoek van de projectontwikkelaar om de termijn voor het vervullen van de opschortende voorwaarden te verlengen, ging de intercommunale niet in. In deze zaak lijkt de projectontwikkelaar tussen de lijnen door de intercommunale toch enigszins zijn overheidskarakter aan te wrijven, in het kader van het verwijt dat deze overheidsrechtspersoon zelf ook meer had moeten doen om de socio-

---

<sup>92</sup> Antwerpen 4 september 2014, *T.Aann.* 2016, afl. 4, 348-376, noot P. FLAMEY en A. LIP-PENS.

<sup>93</sup> Antwerpen, 28 januari 2013, 2011AR707.

economische noodzaak van de overdracht te onderbouwen. De (beweerde) onzorgvuldigheid van de overheid had dan een element kunnen zijn om via de goede trouw en het rechtsmisbruik bijvoorbeeld de werking van de opschortende voorwaarde en dus het verlies van het optierecht te counteren. Maar de eerlijkheid gebiedt te erkennen dat de rechter de zaak uiteindelijk in essentie als een zuiver contractueel geschil benadert, en via een zeer klassieke redenering vaststelt dat de intercommunale te goeder trouw handelde, geen contractuele fout beging, en dus het verlies van het optierecht onaanvechtbaar is. In de concrete toepassing, was dit een zaak waarbij de verkoper wellicht evengoed een private partij had kunnen zijn.

- De kopers van een sociale woning verbonden zich tot een vervreemdingsverbod van 20 jaar. Na 17 jaar werd de woning ingevolge echtscheiding toch verkocht. De sociale huisvestingsmaatschappij beriep zich op het contractuele strafbeding, waardoor de eigenaars een forfaitaire vergoeding berekend op de aankoopprijs verschuldigd waren. Het Hof van Cassatie weigerde het arrest van het hof van beroep van Antwerpen, dat in die omstandigheden tot rechtsmisbruik besloot, te vernietigen.<sup>94</sup> Opnieuw is de motivering een zeer klassieke toepassing van de gekende privaatrechtelijke rechtsmisbruikcriteria. Maar toch zorgt in deze zaak de publieke taak voor enige textuur. Minstens impliciet steunt de uitspraak ten gronde hierop dat het beleidsdoel van het strafbeding in deze zaak niet geschonden is: de verkoop had geen speculatief oogmerk en de gevolgen zijn niet strijdig met de huisvestingscode. Een normaal zorgvuldig en redelijk persoon had zich volgens de rechter in die omstandigheden kennelijk niet op het strafbeding beroepen. Maar hier toetst de rechter in feite aan het gedrag van een normaal zorgvuldig en redelijk *huisvestingsmaatschappij*, die bij haar beslissingen de doelstellingen van het sociale huisvestingsbeleid in rekening brengt. Want anders zou er geen reden zijn om een forfaitaire schadevergoeding waarop men recht heeft, te laten liggen. Via de techniek van het rechtsmisbruik zegt de rechter dus in feite dat de (contractuele) beslissing van de sociale huisvestingsmaatschappij, gelet op de na te streven beleidsdoelstellingen, strijdig is met het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. En het resultaat is in zekere zin dat de “boete” wordt “vernietigd”: het strafbeding mag van de rechter niet worden toegepast (zelfs niet ten dele).

---

<sup>94</sup> Cass. 8 februari 2001, A.R. C.98.0470.N, *Arr. Cass.* 2001, 245, *Pas.* 2001, 244, *R.W.* 2001-02, 778; zie hierover ook K. VANDERSCHOT, “De sanctionering van abusieve partijbeslissingen genomen bij contractuele wanprestatie: de verschillende gedaantes van de matigende werking van de goede trouw”, *TBBR* 2005, afl. 2 (87) 95 e.v.



In twee zaken vonden we duidelijk bewijs dat de rechter expliciet rekening hield met de publieke taak bij de beoordeling van de goede trouw en het rechtsmisbruik van een contractspartij.

- Een sociale huisvestingsmaatschappij zegt een sociale huurovereenkomst op wegens wanprestatie, omdat de dochter van de huurster vanuit het appartement met voorwerpen naar andere bewoners had gegoooid.<sup>95</sup> Eerder had de huurster zelf zich al eens aan sluikstorten in de lift schuldig gemaakt. De rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen besluit tot misbruik van het opzeggingsrecht. De rechter toetst daarbij uitdrukkelijk de ernst van de tekortkomingen aan het doel en de opdracht van de sociale huisvestingsmaatschappij om “*in het algemeen belang, woonbehoeftige sociaal zwakkere gezinnen te huisvesten*”, wat ertoe leidt dat “*kritisch moet worden gekeken naar rechtshandelingen die de rechtspositie van de sociale huurder fundamenteel aantasten*”.<sup>96</sup> Aan die vereisten van algemeen belang getoetst, waren de fouten die de huurster beging onvoldoende zwaarwichtig, zodat de opzegging rechtsmisbruik uitmaakte.
- Een sociale huisvestingsmaatschappij zegt een sociale huurovereenkomst op met naleving van de contractueel bepaalde opzegtermijn van drie maanden en verwijt in de opzegging de huurders tegelijk slecht gedrag.<sup>97</sup> De rechter is van oordeel dat de verhuurder een wettelijk opgelegde en geregelde taak van openbare dienst heeft, en dus niet zoals om het even welke private verhuurder kan handelen. Integendeel, deze publieke opdracht “*doit imprégnier toutes leurs décisions telles que la modification ou la résiliation du bail*”.<sup>98</sup> Hoewel de maatschappij dus inderdaad haar opzegging formeel gezien niet moet motiveren, is er sprake van rechtsmisbruik wanneer ze té lichtzinnig onbewezen fouten aanneemt om tot opzegging over te gaan en daarbij aan de huurders een nadeel berokkent dat disproportioneel is in vergelijking met haar eigen voordeel. Dit al wat oudere vonnis uit de eerstelijnsrechtspraak is één van de meest “zuivere” gevallen van sluiswerking die wij terugvonden, omdat de rechter zeer expliciet het rechtsmisbruikcriterium invult aan de

<sup>95</sup> Rb. Antwerpen (5e B kamer), 6 januari 2014, *TBO* 2014, afl. 1, 39-40.

<sup>96</sup> Rb. Antwerpen (5e B kamer), 6 januari 2014, *TBO* 2014, afl. 1, 40. Daarentegen werd in een andere zaak ivm de opzeg van een huurovereenkomst door een sociale huisvestingsmaatschappij niet of niet uitdrukkelijk rekening gehouden met de opdracht van algemeen belang van de sociale huisvestingsmaatschappijen: Rb. Leuven, 5<sup>e</sup> kamer, 8 mei 2013, *RW* 2014-2015, afl. 389, 1513-1514.

<sup>97</sup> Vred. Ciney 9 november 1988, *RRD* 1989, 322.

<sup>98</sup> Vred. Ciney 9 november 1988, *RRD* 1989, 325.

hand van de verplichtingen die uit de publieke taak voortvloeien en dit afzet tegen de veel grotere vrijheid die een zuiver private verhuurder zou hebben gehad.<sup>99</sup>

### 3.2.3.3. *Voorzichtige conclusie*

**37. Algemeen.** Al bij al hebben onze onderzoeken relatief weinig materiaal opgeleverd. Dat wijst er o.i. op dat partijen en civiele rechters in contractuele geschillen met de overheid weinig “over de grens” kijken. De meeste uitspraken volgen een vrij klassiek contractueel stramien, en komen dus niet boven het maaiveld uit. Zoals een eminent magistraat tijdens de expertenmeeting opmerkte: civiele rechters en partijen denken in civiele categorieën.<sup>100</sup>

Dat neemt niet weg dat, als je de toepassingsvoorwaarden analyseert, de privaatrechtelijke gedragsregels o.i. wel degelijk met het overheidskarakter van een partij en de invloed van het algemeen belang om kunnen. Het is niet omdat toepassingsgevallen in de (gepubliceerde) rechtspraak zeldzaam zijn (misschien deels omdat partijen er niet aan denken), dat hier geen ruimte voor zou zijn.

**38. Goede trouw en rechtsmisbruik.** Dat de private open normen ruimte bieden om te toetsen aan de ABBB valt makkelijk te illustreren aan de hand van het verbod van rechtsmisbruik. Dat is immers een zeer open norm, waarbij alle omstandigheden van het geval relevant zijn en de rechter in essentie een belangenafweging moet maken.<sup>101</sup>

Enerzijds kan de overheid onder omstandigheden aan een *hogere* gedragsnorm gehouden zijn dan een private partij, waarbij ontevreden medecontractanten o.i. vaker de ABBB in stelling zouden kunnen brengen.<sup>102</sup> In de juiste feitencon-

---

<sup>99</sup> Meer algemeen valt op te merken dat huurgeschillen m.b.t. sociale huisvesting het domein lijken waarin de ABBB het meest expliciet in contractuele geschillen doorsijpelen. Dat was ook in de volgende zaak het geval, weze het niet uitdrukkelijk via de “sluis” van het rechtsmisbruik: Vred. Leuven 30 mei 2000, RW 2002-2003, 271 (de verhuurder is onderworpen aan de ABBB en de huurder mocht erop vertrouwen dat de verhuurder een juiste huurprijsberekening maakte en daar later niet op zou terugkomen; de rechter lijkt hier een cocktail te maken van de ABBB en het privaatrechtelijke vertrouwensbeginsel).

<sup>100</sup> Zie het verslag van de expertenmeeting elders in dit werk.

<sup>101</sup> Vergelijk de gelijkaardige analyse bij: 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) 198-199.

<sup>102</sup> Vergelijk: D. DE JONGHE en G. DE PIERPONT, “L’influence des principes généraux du droit sur les contrats”, in P.O. DE BROUX, B. LOMBAERT, T. LÉONARD en J. VAN

stellatie zouden wij voor de rechter zeker durven argumenteren dat een overheid rechtsmisbruik pleegde door een contractueel nadelige beslissing voor de tegenpartij te nemen, zonder die “te horen”<sup>103</sup>, of door “onzorgvuldig” en “onredelijk” de nadelen voor die andere partij af te wegen tegen de eigen voordelen. De twee voornoemde sociale huisvestingszaken wijzen in die richting.

Anderzijds is het o.i. ook mogelijk dat, gelet op het door de overheidspartij nagestreefde algemeen belang, de vraag of het beoogde voordeel van een welbepaald contractueel handelen wel proportioneel is met het nadeel voor de andere partij, sneller in het voordeel van de overheid uitdraait. De subsidiezaak van de stad Dinant kan eventueel als illustratie dienen.<sup>104</sup>

Men mag ook niet vergeten dat de overheid *net omwille van de ABBB* soms *minder* ruimte heeft om zich “redelijk” op te stellen dan een private partij. Als private partij beslis je uiteindelijk zelf hoe coulant je je tegenover een schuldenaar opstelt. Het is niet verboden om veel inschikkelijker te zijn dan bv. de goede trouw je oplegt. De ABBB *beperken* op dat vlak de handelingsvrijheid van de overheid, omdat het algemeen belang niet in het gedrang mag komen en de gelijkheid t.a.v. afgewezen kandidaten niet mag worden doorbroken. Het overheidsopdrachtenrecht kent daar heel wat toepassingen van, maar ook daarbuiten is deze vaststelling relevant. Veronderstel dat de Staat bij de privatisering van Belfius voor een verkoop aan KBC zou kiezen, eerder dan aan een buitenlands investeringsfonds, terwijl beide partijen dezelfde prijs boden, omdat KBC een veel lager niveau van contractuele garanties<sup>105</sup> eist. Een te soepele opstelling nadien bij claims van KBC op basis van de contractuele garanties zou tot het verwijt kunnen leiden dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden. Indien KBC zich voor de rechter over rechtsmisbruik of gebrek aan goede trouw zou beklaagen, zou de Staat o.i. kunnen aanvoeren dat deze beoordeling gelet op de omstandigheden van het geval met deze ABBB-gerelateerde elementen rekening

---

MEERBEECK (ed.), *La distinction entre droit public et droit privé*, Anthemis, 2018, (77) 117-118.

<sup>103</sup> In de materiële betekenis, wat afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan betekenen: consulteren, diens zienswijze in rekening nemen, alternatieven overwegen enzovoort.

<sup>104</sup> Als had die zaak uiteraard als eigenheid dat *beide* partijen overheden waren.

<sup>105</sup> We doelen hierbij op de typische contractuele garantiemechaniek in overnamecontracten: algemene verklaringen en waarborgen, specifieke vrijwaringen, en de aansprakelijkheidsbepalingen die daaraan gekoppeld zijn (beperkingen van het bedrag, beperkingen in de tijd, enzovoort).

moet houden. En dat dus onder omstandigheden *geen* rechtsmisbruik voorligt, waar dit misschien voor een private verkoper wél het geval zou zijn.

**39. Andere contractuele regels.** Hetzelfde gaat o.i. op voor andere regels van contractenrecht die een zeker open karakter hebben.

De contractuele fout bij een inspanningsverbintenis wordt beoordeeld aan de hand van het gedrag van een normaal voorzichtig en zorgvuldig persoon *in abstracto*, maar rekening houdend met de professionele kenmerken van de schuldenaar.<sup>106</sup> Net zoals bij de buitencontractuele zorgvuldigheidsnorm<sup>107</sup>, kan het overheidskarakter daarbij o.i. een rol spelen. Scholen van het vrij onderwijs zijn grensgevallen, omdat zij privaatrechtelijke entiteiten zijn, maar wel publieke taken uitoefenen met publieke gelden, en bepaalde van hun handelingen (met name beslissingen over studievoortgang en diplomering) wel degelijk gezagshandelingen zijn. De burgerlijke rechter die moest oordelen of een school een contractuele fout beging in de relatie met een leerling hield o.i. duidelijk rekening met de publieke aard van de taak bij de analyse van die vraag.<sup>108</sup>

De *exceptio non adimpleti contractus* (enac) vereist volgens de huidige opvattingen proportionaliteit tussen de wanprestatie van de schuldenaar en de opgeschorte eigen prestatie, wat te beoordelen valt aan de hand van alle omstandigheden van het geval.<sup>109</sup> Ook dit biedt o.i. ruimte om elementen die eigen zijn aan de overheid in rekening te brengen, en dit afhankelijk van de concrete omstandigheden potentieel aan beide kanten van de weegschaal. Daarnaast (maar dit gaat het kader van deze bijdrage te buiten) geeft de enac uiteraard aanleiding tot specifieke debatten in verband met de continuïteit van de openbare dienst.<sup>110</sup> Illustratief in dit verband is de rechtspraak die perken stelt aan het gebruik van de enac bij het afsluiten van nutsvoorzieningen wegens niet-betaling.<sup>111</sup> Enigs-

---

<sup>106</sup> I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, p. 438.

<sup>107</sup> W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins?*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 27-28.

<sup>108</sup> Antwerpen, 15 januari 2018, 2016/AR/239, *Juristenkrant* 2018, afl. 363, 1; *TJK* 2018, afl. 3, 322, noot P. GILLAERTS, J. LIEVENS, en P. VAN DE WEYER.

<sup>109</sup> I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, p. 677-678.

<sup>110</sup> Zie bv. artikel 3, § 3 van de Wet van 21 maart 1991 die de enac uitsluit in het geval van niet uitvoering van een verbintenis van een beheerscontract.

<sup>111</sup> Zo werd reeds geoordeeld dat een elektriciteitsmaatschappij die de levering van elektriciteit opschort, zonder zich vooraf af te vragen of de machines in die onderneming al dan niet zijn stilgelegd en zonder rekening te houden met de waarschijnlijkheid van schade, rechtsmisbruik pleegt. Zie bv. Kh. Gent 1 juni 1984, *RW* 1984-85, 1721, noot M.E. STOR-

zins verwant hiermee zijn de discussies over exonerationclausules in contracten van nutsbedrijven met overheidskleuring. Ook daar zal de rechtspraak al eens ingrijpen tegen al te verregaande aansprakelijkheidsbeperkingen op grond van een (vaak wisselende en zelden theoretisch volledig uitgeklaarde) cocktail van de aard van de rechtsverhouding (reglementair of contractueel), de continuïteit van de openbare dienst en de ABBB.<sup>112</sup>

4. Nemen private personen met een taak van algemeen belang nog een bijzondere plaats in?

#### 4.1 Algemeen

**40. Probleemstelling.** Hoe zit de vork nu aan de steel wanneer niet de overheid maar een private actor de overheidstaak uitoefent? Beïnvloedt dit het antwoord op voorgaande vragen? Of concreter: zijn er gevallen waarin de ABBB rechtstreeks van toepassing zouden zijn op het overheidshandelen (*supra* 2), dan wel via de sluis van privaatrechtelijke gedragsnormen zouden doorwerken (*supra* 3), en waarin dit uiteindelijk niet het geval is omdat de “overheids-taak” door private personen wordt verricht?

Opnieuw komt het erop aan voor ons verslag de privaatrechtelijke invalshoek te zoeken. Deze vragen stellen immers een problematiek m.b.t. het toepassingsgebied van de ABBB aan de orde die het Belgische publiekrecht al vele jaren bezighoudt en waarover onder publicisten heel wat divergerende opinies en strekkingen bestaan.<sup>113</sup>

---

ME; Andere voorbeelden van rechtspraak ivm nutsbedrijven, zie BV. Bergen 27 februari 1987, *JT* 1988, 29. Dat is evenwel niet het geval wanneer de elektriciteitsonderneming de levering van elektriciteit onderbreekt wanneer ze zonder succes reeds herhaaldelijk de schuldenaar tot betaling heeft verzocht en deze meermaals heeft in gebreke gesteld. Zie bv. Bergen 15 januari 1985, *JT* 1985, 526.

<sup>112</sup> Vred. Antwerpen, 9 februari 2010, *T. Vred.* 2012, afl. 5-6, 329; Antwerpen 24 juni 2003, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2003, 307; *T. Vred.* 2003, afl. 8, 362; Antwerpen (1e k.) 18 december 2000, *RW* 2002-03, afl. 40, 1587 A. VAN OEVELEN, “Exonerationclausules”, in A. VAN OEVELEN (ed.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2003, 29.

<sup>113</sup> Zie recent nog voor een goed overzicht van de stand van het leerstuk en de uiteenlopende strekkingen: 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.

**41. Rechtstreekse toepassing.** Wat de rechtstreekse toepassing van de ABBB op private personen met overheidstaak betreft, lijkt ons vanuit het privaatrecht weinig aan de bestaande publiekrechtelijke discussie toe te voegen.<sup>114</sup>

We geven voor de volledigheid mee dat we in het kader van ons rechtspraakonderzoek voor vraag <sup>115</sup> zeven uitspraken van burgerlijke rechters identificeerden waarin een rechtstreekse toepassing van de ABBB op rechtspersonen met een private rechtsvorm werd vastgesteld. Het betrof telkens rechtspersonen in de sfeer van de sociale zekerheid, te weten een gezinsbijslagkas<sup>116</sup>, een patroonkas voor betaald verlof<sup>117</sup> en verzekeringskassen inzake sociale zekerheid<sup>118</sup>. In de zaak van 2 november 2001 verwoorde het Arbeidshof te Antwerpen heel duidelijk waarom in beginsel de ABBB op private sociale verzekeringskassen van toepassing zijn: een sociale verzekeringskas is een “administratieve overheid” die als meewerkende instelling een deel van de openbare macht waarneemt, een opdracht van algemeen belang uitoefent, erkend is door de overheid (erkenning door het Ministerie van Middenstand) en belast is met het beheer van een openbare dienst (onder controle van de minister van Middenstand) zodat de beginselen van behoorlijk bestuur op haar principieel van toepassing zijn.<sup>119</sup> Het gaat met andere woorden om eenzijdig overheidshandelen, ook al is de overheidstaak aan een private actor toevertrouwd.

Wat onze gevalstudie betreft, hebben wij geen weet van zaken waarin privaatrechtelijke rechtspersonen belast met taken van algemeen belang met de ABBB geconfronteerd werden wanneer zij bestuurders benoemden. De vraag kan eventueel rijzen in gevallen waarin een overheid dergelijke bestuurder in de private rechtspersoon benoemt of voordraagt, maar in dat geval heeft de vraag

---

<sup>114</sup> Zie o.m. een verwijzing naar het bestaande publiekrechtelijke debat specifiek voor wat betreft de toepassing van de ABBB op private personen met “publieke” taken bij F. VANDENDRIESSCHE, “Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur”, in I. OPDEBEEK en M. VANDAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 43-44

<sup>115</sup> Zie *supra*, rn. 6.

<sup>116</sup> Cass. 26 mei 2003, Soroto8F. In deze zaak blijkt uit de uitspraak geen betwisting van de toepassing van de ABBB. In dit geval maakte de toepassing van de ABBB evenwel een schending uit van o.m. artikel 1235 oud B.W. en de regels inzake verrijking zonder oorzaak.

<sup>117</sup> Arbh. Antwerpen, 13 november 2003, rolnr. 2010030.

<sup>118</sup> Arbh. Antwerpen, 2 november 2001, rolnr. 2000/885; Arbh. Antwerpen, 2 april 2004, rolnr. 2020434; Arbh. Gent 3 december 2004, rolnr. 24404; Arbrb. Bergen, 8 december 2006, rolnr. 20196; Arbrb. Brussel, 29 juni 2007, rolnr. 48.330.

<sup>119</sup> Arbh. Antwerpen, 2 november 2001, rolnr. 2000/885.

betrekking op die overheidsbeslissing zelf en dient hij dus op dat niveau (publiekrechtelijk) te worden geanalyseerd.

**42. Sluiswerking.** Wat de invloed van de ABBB via privaatrechtelijke gedragsnormen betreft, zien wij weinig reden om een schot te plaatsen tussen publieke en private (rechts)personen met een taak van algemeen belang. Wij concludeerden hiervoor dat open gedragsnormen van privaatrecht, zoals de goede trouw, het verbod van rechtsmisbruik, of de contractuele zorgvuldigheidsnorm, ruimte lieten om rekening te houden met de omstandigheden van het geval die betrekking hadden op de specifieke rol van de partij die met de norm te maken krijgt.<sup>120</sup> Die conclusie is niet afhankelijk van de vraag of de partij in kwestie formeel gezien een publiekrechtelijke overheidsrechtspersoon is.

De geciteerde rechtspraak in verband met sociale huisvestingsmaatschappijen en vrije onderwijsinstellingen – formeel gezien rechtspersonen van privaatrecht – illustreert dit. De publieke taak waarmee een private partij is belast, is een element dat de rechter in rekening kan brengen om te bepalen of die partij rechtsmisbruik pleegde, een contractuele fout beging, de enac kon inroepen, enzovoort. Het resultaat van die toetsing zal niet steeds zeer verschillend zijn van wat een rechtstreekse toepassing van de ABBB zou hebben opgeleverd, zoals de zaak van de contractuele “boete” bij verkoop van een sociale woning na 17 jaar illustreert.

We benadrukken wel dat er, overeenkomstig de aard van deze privaatrechtelijke normen, geen enkel automatisme is. Het is niet zo dat de tegenpartij mechanisch een inbreuk op de ABBB kan inroepen en daarmee de kous af is. Die partij zal steeds moeten uitleggen hoe het litigieuze gedrag tot een inbreuk op de betrokken privaatrechtelijke gedragsnorm leidt. Evenmin is het zo dat op basis van die normen de privaatrechtelijke vs. publiekrechtelijke kwalificatie van de “publieke” partij *nooit* van belang zal zijn. Onder omstandigheden kan het bij de beoordeling daarvan zeer zeker relevant zijn dat het gedrag van een private partij wordt getoetst, die bijvoorbeeld de publieke taak louter contractueel op zich nam, en voorts geen enkele imperiumbevoegdheden heeft. De (privaatrechtelijke) uitkomst van die beoordeling kan wel degelijk anders uitdraaien dan indien dezelfde taak door een kernoverheid via louter publiekrechtelijke instrumenten was verricht.

---

<sup>120</sup> Zie *supra*, randnr. 37 tot 39.

Het punt is dat de privaatrechtelijke gedragsnormen op dit vlak *in alle richtingen* flexibel zijn. Want, omgekeerd, gaat dat ook op voor de publiekrechtelijke rechtspersoon van wie gedrag getoetst wordt in het kader van zuiver commerciële activiteiten. Ook in dat geval hoeft de civiele rechter die pakweg rechtsmisbruik moet beoordelen, geen magische kenmerken aan de publiekrechtelijke rechtsvorm toe te schrijven, integendeel.

Samen leidt dit ertoe dat het binnen dit privaatrechtelijke denkkader perfect logisch is dat een privaatrechtelijke gedragsnorm (rechtsmisbruik, contractuele zorgvuldigheidsnorm...) "publieker" wordt ingevuld in een zaak van een private persoon die een publieke taak uitoefent dan in een zaak van een publiekrechtelijke persoon die louter commercieel handelt. Bij de beoordeling van rechtsmisbruik door de privaatrechtelijke sociale huisvestingsmaatschappij die een huurovereenkomst opzegt of zich vlak voor het einde van de termijn op de volle werking van een vervreemdingsbeding beroept, is er voor de civiele rechter *meer* aanleiding om de publieke dimensie in rekening te brengen, dan wanneer de publiekrechtelijke rechtspersoon bpost in het kader van haar louter commerciële pakjesactiviteit het contract met een pakjeskoerier opzegt.

We stellen overigens vast dat dit voor de ABBB niet noodzakelijk anders is: ook zij worden immers sterk contextgebonden ingevuld. Wanneer bijvoorbeeld F. VANDENDRIESSCHE principieel voor de rechtstreekse toepassing van de ABBB op het *integrale* contractuele handelen van de overheid pleitte (ook in de uitvoeringsfase), gaf hij tegelijk aan dat dat zij "*doorgaans wel anders kunnen worden ingevuld dan bij een eenzijdig bindend optreden*".<sup>121</sup> Terwijl tegelijk net in die gevallen waarin een overheidsrechtspersoon zuiver commercieel handelt, de ABBB volgens deze auteur mogelijks niet (of minder krachtig) van toepassing zijn.<sup>122</sup>

#### 4.2 Twee bijkomende elementen voor het debat

**43. Inleiding.** Wij nemen bij het einde van dit verslag de gelegenheid te baat om te wijzen op twee andere, misschien meer perifere elementen die wij in het

---

<sup>121</sup> F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur", in I. OPDEBEEK en M. VANDAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 53.

<sup>122</sup> F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur", in I. OPDEBEEK en M. VANDAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 56. De auteur beperkt dit weliswaar tot de gevallen waarin de wetgever voor de betrokken rechtspersoon dit onderscheid zelf maakt.



kader van ons onderzoek identificeerden, die mogelijk toch nuttig zijn voor het ruimere debat.

**44. Contractuele vs. reglementaire draagwijdte van een rechtsverhouding.** Er lijkt een tendens aan de gang om vaker te beslissen dat een rechtsverhouding tussen twee contractspartijen waarbij een “publieke taak” aan de orde is “reglementair” eerder dan contractueel van aard is.<sup>123</sup>

We zien dit in de eerste plaats in de verhouding tussen de gebruiker en de verstrekker van de publieke dienst, ongeacht de privaat- of publiekrechtelijke rechtsvorm van die verstrekker. Die evolutie werd ingezet in geschillen tussen nutsbedrijven en gebruikers, maar reikt intussen verder.<sup>124</sup> Ingevolge de steeds striktere decretale regeling van sociale verhuurcontracten, lijkt die beweging zich nu ook door te zetten in de sociale huisvestingssector.<sup>125</sup> We zien dit daarnaast in de verhouding tussen de overheid en de verstrekker van de publieke taak, bijvoorbeeld in het kader van beheersovereenkomsten<sup>126</sup>, al gaat het ook in

<sup>123</sup> Maken dezelfde vaststelling: S. LIERMAN, P. VAN DE WEYER, K. VANDORMAEL, “Overheidscontracten in het Belgisch recht: besturen op de snijlijn van het privaat- en publiekrecht”, *TPR* 2016, 526.

<sup>124</sup> Cass. (3e k.) AR C.99.0095.F, 4 december 2000 (Cordipa N.V. / Electrabel N.V.), *Arr.Cass.* 2000, afl. 10, 1904; *Bull.* 2000, afl. 11, 1862; *JLMB* 2001, afl. 35, 151; *RW* 2002-03, afl. 40, 1578, noot A. VAN OEVELEN; Cass. 27 november 2006, R.G. C.050310N; Cass. 8 maart 2012, C.11.0027.N. Over de discussie of de verhouding met nutsbedrijven een reglementair dan wel een contractueel karakter heeft, zie I. CLAEYS en S. RYNWALT, “Normenhierarchie en afwijkingen van (aansprakelijkheids)wetgeving in reglementaire verhoudingen (noot onder Cass. 8 maart 2012)”, *RW* 2013-14, afl. 42, 1661-1662; C. DELFORGE en J.F. GERMAIN, “Le consommateur et les services publics. Etude de droit privé” in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TUKENS en S. VAN DROOGHENBROECK, *Le service public. Passé, présent et avenir*, Brugge, die Keure, 2009, 440 e.v.; A. VAN OEVELEN, “De contractuele versus de reglementaire rechtsverhouding tussen openbare nutsbedrijven en hun gebruikers, en de rechterlijke toetsing van de in die rechtsverhouding gehanteerde exoneratieclausules” (noot onder Cass. 4 december 2000), *RW* 2002-03, 1578-1583B. PEETERS, “De verhouding tussen openbare diensten en hun gebruikers: een contractuele of een reglementaire relatie?”, *RW* 1990-91, (137), p. 138. Zie in dezelfde zin, Antwerpen, 18 december 2000, *RW* 2002-03, afl. 40, 1587.

<sup>125</sup> Cass. 9 september 2016.

<sup>126</sup> RvS 13 oktober 2008, nr 187.032, RTBF. D. DE ROY, « Les contrats de gestion des entreprises publiques ne sont pas... des contrats », *JT* 2009, 140 e.v. ; D. DEOM, « Le contrat de gestion démasqué. Variations sur les vrais et faux contrats, les droits subjectifs et la compétence du Conseil d'Etat », *APT* 2010, 403-425; K. WAUTERS en M. KHAYLI ABBAS, “Quand la frontière entre le contrat et le règlement se trouble”, in E. VAN DEN HAUTE (ed.), *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Brussel, Bruylant, 2013, 517-536. Zie daarnaast recent opnieuw: RvS 10 december 2020, nr. 249.198, Gemeente Koe-

die gevallen ogenschijnlijk vooral om aspecten van de beheersovereenkomst die rechtstreeks de gebruikers aanbelangen. Deze rechtspraak staat wat ons betreft potentieel wat op gespannen voet met de klassieke cassatierechtspraak volgens dewelke een private rechtspersoon zijn private karakter behoudt indien deze niet over imperiumbevoegdheden beschikt.<sup>127</sup>

Maar opnieuw betreft dit in de kern een publiekrechtelijke discussie. Wel rijst o.i. vanuit het privaatrecht bekeken de vraag waar dit moet eindigen, indien deze evolutie zich voortzet. Indien, zoals soms lijkt, de loutere aanwezigheid van een taak van openbare dienst volstaat om tot een (deels) reglementaire kwalificatie te besluiten, zou een golf van rechtstreekse toetsing aan de ABBB de sluis van de privaatrechtelijke gedragsnormen wel eens kunnen overspoelen. Ook is nog maar de vraag waar vandaag nog de vervagende grenzen van de "opdracht van openbare dienst" liggen. Hoe functioneler dit begrip wordt opgevat, en hoe meer activiteiten via overheidsinterventie allerhande (van doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen over overheidsreglementering tot publieke financierings- en subsidiemechanismen) vanuit een of ander conceptueel oogpunt niet langer als "zuiver privaat" kunnen worden aangemerkt, hoe groter de kans dat ABBB-achtige argumenten in contractuele discussies daaromtrent hun opwachting zullen maken. Dat zou o.i. evenwel voorbij gaan aan de fundamentele reden waarom contractspartijen normalerwijze de specifieke beschermingsmechanismen van een "reglementaire" rechtsverhouding niet nodig hebben: het gebrek aan vrije keuze van de medecontractant. In een groot deel van de nieuwe "grijze zone" (ziekenhuizen, scholen, nutsdiensten...) bestaat die vrije keuze wel degelijk. Wij zien dan weinig reden waarom de open gedragsnormen van privaatrecht, waar nodig ingevuld met behulp van de specifieke "publieke" rol en taak van de dienstverlener, de klus niet zouden kunnen klaren.

---

kelberg zoals besproken in K. WAUTERS, "Acte mixte: een nieuwe categorie administratieve rechtshandeling?", *OOO* 2020, afl. 3, 369-371. (De uitspraak was bij afwerking van de bijdrage merkwaardig genoeg nog niet beschikbaar op de website van de Raad van State). Vergelijk met het eerdere arrest van het Hof van Cassatie waarin het Hof besliste dat de beheersovereenkomst van RTBF geen handeling of reglement is van een administratieve overheid (Cass. 21 december 2000, C990096F)

<sup>127</sup> Cass. 14 februari 1997, AR C.96.0211.N. Gimvindus NV t. Bataille, *Arr.Cass.* 1997, 221, concl. Adv. Gen. DUBRULLE; *Bull.* 1997, 233; *JDSC* 1999, 140; *P&B* 1997, 284, noot F. DELOBBE; *Pas.* 1997, I, 233; *R. Cass.* 1998, 284, noot C. BERX; *RW* 1996-97 Zie ook S. DE SOMER "Het begrip 'administratieve overheid' en zijn Vlaamse aanverwanten" in S. DE SOMER (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure, 2020, 398.

**45. De overheid in het ondernemingsrecht.** De tendens naar meer en striktere toetsing van “redelijkheid en billijkheid” in het privaatrecht, verliep niet enkel via het gemeen verbintenissenrecht, maar ook en de laatste tijd wellicht nog meer via specifieke gedragsregels voor ondernemingen. De wetgeving inzake marktpraktijken en consumentenbescherming behoort intussen tot het vertrouwde meubilair, maar het meest treffende voorbeeld in de “meer is beter”-school in dit verband is de recente uitbreiding daarvan tot verhoudingen tussen ondernemingen via de zogenaamde “b2b-wet” van 4 april 2019<sup>128</sup>. Die voerde nieuwe regels toe in de boeken van het WER m.b.t. respectievelijk de bescherming van de mededinging (boek IV) en marktpraktijken en consumentenbescherming (boek VI).<sup>129</sup> Een van de blikvangers van de nieuwe regeling is dat voortaan elk beding van een overeenkomst gesloten tussen ondernemingen dat, alleen of in samenhang met één of meer andere bedingen, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen, onrechtmatig is.<sup>130</sup> Van een open norm gesproken.

Relevant voor ons debat is dat, ingevolge een andere recente evolutie in het ondernemingsrecht, zowel overheidsrechtspersonen als private personen met een publieke taak, vaker als “onderneming” zullen kwalificeren. Het algemene

<sup>128</sup> Wet van 4 april 2019 houdende wijziging van het Wetboek van Economisch Recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen, *BS* 24 mei 2019.

<sup>129</sup> Voor een uitgebreidere bespreking, zie bv. I. CLAEYS en T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 1), *RW* 2019-2020, afl. 9, 323-345; I. CLAEYS en T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 2), *RW* 2019-2020, afl. 10, 363-379; C. BINET, “Interdiction des abus de dépendance économique, des clauses abusives et des pratiques de marché déloyales: vers une meilleure protection contre les abus dans les relations B2B?”, *TBH* 2019, afl. 7, 838-860; D. PHILIPPE, en G. SORREAUX, “L’abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises: premiers regards sur la loi du 4 avril 2019”, *DAOR* 2019, afl. 131, 22-51; J. LEONARD, en E. PIETERS, “L’abus de dépendance économique en droit belge de la concurrence. Aperçu de la loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique”, *Competitio* 2019, afl. 1, 9-20; M. SEGERS, “Nieuwe wet zorgt voor kleine copernicaanse revolutie in B2B-relaties”, *Juristenkrant* 2019, afl. 387, 3.

<sup>130</sup> De wet voorziet verder in twee categorieën specifieke onrechtmatige bedingen. Er zijn bedingen die steeds onrechtmatig zijn (bv. in geval van betwisting, de andere partij te doen afzien van elk middel van verhaal tegen de onderneming) (Artikel VI.91/4 WER). Daarnaast bedingen waarvoor een weerlegbaar vermoeden van onrechtmatigheid geldt (bv. een overeenkomst van bepaalde duur stilzwijgend verlengen of vernieuwen, zonder opgave van een redelijke opzegtermijn) (Artikel VI.91/5 WER.).

ondernemingsbegrip omvat sinds de inwerkingtreding van de wet van 15 april 2018<sup>131</sup> principieel elke rechtspersoon.<sup>132</sup> Enkel publiekrechtelijke rechtspersonen die helemaal geen goederen of diensten aanbieden op een markt zijn uitgesloten. Publiekrechtelijke rechtspersonen die, ook al is dat bijkomstig, wel goederen of diensten aanbieden op een markt (zoals de meeste overheidsbedrijven) en privaatrechtelijke rechtspersonen zonder winst(verdelings)oogmerk en/of met publieke taken, zijn dus voortaan gewoon ondernemingen (zelfs wanneer zij onder het vorige regime geen "handelaar" waren). Maar omdat je het voor eenvoudige rechtszoekenden en studenten nooit te makkelijk mag maken, geldt voor boeken IV en VI van het WER toch weer de "oude" ondernemingsdefinitie, te weten op duurzame wijze een economisch doel nastreven.<sup>133</sup> Dat perkt de kring weer in, al blijven uiteraard heel wat economische overheidsbedrijven hierdoor wel degelijk door de nieuwe b2b-regels gevat. Maar omdat je toch voorzichtig moet blijven met vervelende regels ook op jezelf toe te passen, zijn overheidsopdrachten en overeenkomsten die daaruit voortvloeien uitdrukkelijk van de nieuwe b2b-regels uitgesloten.<sup>134</sup> Economische overheidsbedrijven ontsnappen op die manier toch weer, althans in hun contractuele relaties die via de wetgeving overheidsopdrachten tot stand komen. Indien De Lijn nieuwe bussen bestelt is het contract niet aan de nieuwe b2b-regels onderworpen, indien Keolis dit doet, wel.

Het ondernemingsrecht levert zo m.b.t. ons onderwerp een gemengd beeld op. Enerzijds verspreidt de leer (sommige zouden zeggen: de cultus) van de redelijkheid en billijkheid, van de belangenafweging, van de omstandigheden van het geval, van de bescherming van de zwakke partij, zich steeds dieper in het privaatrecht, en slaat zij met de b2b-wet een nieuwe bres in de laatste linie: overeenkomsten tussen ondernemingen. Het is zeker niet gek om hier een insijpeling van een meer publiekrechtelijke (ABBB-geïnspireerde) benadering van gedragstoetsing en rechtsbescherming in te zien. In de mate dat die open ondernemingsgedragsregels in procedures onvermijdelijk ook tegenover actoren met publieke taken zullen worden ingeroepen, ontstaat hier overigens een

---

<sup>131</sup> Wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht.

<sup>132</sup> Artikel L1° WER.

<sup>133</sup> "Artikel I.8. [...] 39° onderneming: iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen" Zie hierover I. CLAEYS en T. TANGHE, "De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 1), RW 2019-2020, afl. 9, (323) 326.

<sup>134</sup> Art. VI.91/1. § 1 WER. Zie de toelichting hierbij: *Parl. St. Kamer*, 2018-2019, 54-1451/3, p. 29. De Koning kan evenwel de toepassing uitbreiden.

nieuwe sluis, waarbij o.i. niets de rechter tegenhoudt om bijvoorbeeld het “ken-  
nelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van partijen” mee aan de hand  
van het publieke karakter van een partij of haar publieke taak in te vullen.

Anderzijds zijn overheidspersonen en -taken nog relatief ruim van deze nieuwe  
gedragsnormen uitgesloten, wat op zijn beurt een interessant nieuw spannings-  
veld kan opleveren. Het hiaat in de rechtsbescherming zit hier immers eerder  
aan de publieke kant. Een rechter die gewoon is bepaalde contractuele praktijk-  
ken en -bedingen tussen ondernemingen te sanctioneren (bv. bij een bestelling  
van nieuwe bussen door Keolis voor gebruik op “verpachte” buslijnen<sup>135</sup>), zal  
niet vrolijk worden als zij die vanwege een overheidsactor door de vingers moet  
zien (bv. bij een bestelling van nieuwe bussen door De Lijn zelf). De kans lijkt  
ons dan reëel dat die rechter elders, bijvoorbeeld in de ABBB, al dan niet via de  
sluis van de open normen van gemeen contractenrecht, inspiratie zal zoeken  
om dit deficit in de rechtsbescherming weg te werken.

## 5. Besluit – Samenvatting van ons antwoord

### 1. Zijn de ABBB van toepassing op het privaatrechtelijk handelen van de overheid?

**46. Complexiteit.** Het is niet makkelijk deze vraag op grond van het Belgi-  
sche privaatrecht te beantwoorden (*supra*, titel 1). Het toepassingsgebied van de  
ABBB is een essentieel publiekrechtelijke vraag. Het onderscheid tussen “pu-  
bliekrechtelijk” en “privaatrechtelijk” handelen van de overheid is dat ook. Voor  
zover wij het konden zien, vertoont de Belgische theorie én praktijk aangaande  
die vragen eerder een waaier aan tinten grijs dan een binaire tweedeling pu-  
bliekrechtelijk vs. privaatrechtelijk overheidshandelen. Wij hebben de indruk  
dat de 3x3 matrix die wij in randnummer 0 voorstelden bij de verdere cartogra-  
fie in dit verband nuttig kan zijn, maar hebben deze oefening hier niet exhaus-  
tief kunnen uitwerken.

**47. Civiele rechter.** Het is alvast niet zinvol om voor het onderzoek de  
bevoegde rechter als alleenzalmakend aanknopingspunt te nemen (*supra*, titel  
2.1). De Belgische burgerlijke rechter krijgt ook “publiekrechtelijk handelen”  
van de overheid voorgelegd, terwijl de administratieve rechter via de techniek  
van de afsplitsbare akte over heel wat gevallen van “privaatrechtelijk handelen”  
moet oordelen. De burgerlijke rechter past zonder twijfel de ABBB toe wan-

---

<sup>135</sup> Dit zijn buslijnen waarvoor De Lijn private busbedrijven als onderaannemer inschakelt.

neer hij te oordelen heeft over “publiekrechtelijk” overheidshandelen (bijvoorbeeld in geschillen over fiscaliteit, sociale zekerheid, onteigening, economische regulering of administratieve geldboeten, en dit zelfs ten aanzien van nominaal private rechtspersonen zoals sociale verzekeringskassen). Wat “privaatrechtelijk” handelen betreft, en voor zover contractuele uitvoeringsgeschillen met de overheid daarvoor als *proxy* mogen worden beschouwd, ontwaarden wij in civiele procedures weinig appetijt om de ABBB *rechtstreeks* tegen de overheid te mobiliseren. De klassieke civiele filosofie op dit punt wordt wellicht goed samengevat door de cassatierechtspraak over ontslag van contractueel overheidspersoneel: waar geen eenzijdig overheidsgezag wordt uitgeoefend, is geen nood aan publiekrechtelijke correcties zoals de ABBB. Het verschil in behandeling tussen contractueel en statutair overheidspersoneel dat hieruit voortvloeit, werd intussen weliswaar vanuit publiekrechtelijke hoek door het Grondwettelijk Hof uitgedaagd en wordt daarom in het publiekrechtelijk preadvies meer in detail besproken. Meer algemeen bepleit het publiekrechtelijk preadvies een andere, opkomende visie, waarin het belang van de ABBB niet beperkt is tot correctie van ongelijkheid tussen burger en overheid, maar ruimer in alle omstandigheden hoogkwalitatief overheidshandelen moet garanderen.

**48. Gevalstudie.** Om ons antwoord op de eerste vraag wat meer kleur te geven, behandelden wij nog een gevalstudie inzake toepassing van de ABBB op het snijpunt tussen publiek- en privaatrecht, met name de benoeming en ontslag van overheidsbestuurders (*supra*, titel 2.2). Daaruit bleken significante breuklijnen tussen de publieke en de private benadering, alsook afbakeningsoemoeilijkheden rond het toepasselijke regime.

## **2. Welke rol spelen privaatrechtelijke normen van behoorlijk handelen bij het privaatrechtelijk handelen van de overheid?**

**49. Afbakening.** In dit deel richtten wij de blik dan voluit op de *privaatrechtelijke* gedragsnormen zelf (*supra* titel 3.1). Werken de ABBB misschien door via privaatrechtelijke open gedragsnormen die op het overheidshandelen van toepassing zijn? Wij kozen daarbij voor een focus op contractueel overheidshandelen, en meer bepaald op de werking van de goede trouw en het verbod van rechtsmisbruik bij uitvoering van de overeenkomst. Op het vlak van de totstandkoming van de overeenkomst, is de publiekrechtelijke invloed immers dominant. De rechtspraak over de toetsing van overheidshandelen bij het sluiten van overeenkomsten is sterk publiekrechtelijk ingebed, en de ABBB worden er *rechtstreeks* toegepast. Dit contentieux gaat in essentie over gelijkheid en me-

dedinging bij de sluiting van overheidscontracten, en open privaatrechtelijke gedragsnormen spelen er slechts een beperkte rol.

**50. Goede trouw en rechtsmisbruik.** Wij zochten vervolgens via diverse zoekstrategieën naar recente rechtspraak (sinds 2010) waarbij de open normen van goede trouw en rechtsmisbruik in hoofde van een overheidspartij werden getoetst (*supra* titel 3.2). Uit ons onderzoek blijkt dat de burgerlijke rechter eerder zelden het overheidskarakter en/of de publieke taak van de overheidspartij in rekening neemt bij de invulling van deze normen. Nochtans zien wij geen principieel juridisch bezwaar om dit wel te doen. De toepassingsvoorwaarden van de goede trouw en het verbod van rechtsmisbruik nodigen ertoe uit om alle omstandigheden van het geval in een belangenafweging tussen de partijen te betrekken. Het statuut en de taak van een overheidspartij behoren uiteraard tot de omstandigheden van het geval die relevant kunnen zijn. De schaarse toepassingsgevallen die wij vonden, illustreren dit. Met name sociale huisvestingsmaatschappijen krijgen van de burgerlijke rechter al eens lik op stuk via een invulling van het verbod van rechtsmisbruik waarbij hun publieke taak een belangrijke rol speelt. Een private verhuurder zou met meer weggelaten. Onze al bij al magere vangst in de rechtspraak verklaren wij dan ook eerder vanuit een zekere padafhankelijkheid bij civiele procespartijen, voor wie dit soort argumenten minder vertrouwd is.

### **3. Nemen private personen met een taak van algemeen belang een bijzondere plaats in? Maakt het een verschil wanneer niet de overheid maar een private actor de overheidstaak uitoefent?**

**51. Beperkte invloed.** Onze bevindingen lijken slechts weinig beïnvloed door de formeel-juridische kwalificatie (publiek- of privaatrechtelijk) van de partij die een overheidstaak uitoefent (*supra* titel 4). Open gedragsnormen van privaatrecht zoals het verbod van rechtsmisbruik laten ruimte om rekening te houden met de publieke taak van een private actor. Opnieuw wordt dit geïllustreerd in de rechtspraak rond sociale huisvestingsmaatschappijen, aangezien die vaak een privaatrechtelijke rechtsvorm hebben. Dat neemt niet weg dat hun publieke taak de vraag wanneer ze juist rechtsmisbruik begaan, kleurt. Die logica werkt trouwens in twee richtingen. De civiele rechter die de goede trouw of het rechtsmisbruik beoordeelt, zal geen magisch belang aan de per hypothese publiekrechtelijke rechtsvorm van een partij toekennen, wanneer die bijvoorbeeld zuiver commerciële taken ontplooit. Anders uitgedrukt: vanuit het privaatrecht bekeken, wordt de open gedragsnorm wellicht “publieker” ingekleurd – met meer ruimte voor sluiswerking van de ABGB – in een zaak van een private

persoon die een publieke taak uitoefent dan in een zaak van een overheidsrechtspersoon die zuiver commercieel handelt.

#### 4. Slotbedenking

**52. België-Nederland.** Op basis van de andere preadviezen en de discussie tijdens de expertenmeeting, komen wij heel kort door de bocht tot de volgende slotbedenking. Het lijkt erop dat het Belgische en Nederlandse recht qua uitgangspunt de zaak toch wel verschillend benaderen.

In Nederland domineert de formele overheidskwalificatie. Is die aanwezig, dan is meteen ook al het handelen van het betrokken bestuursorgaan aan de ABBB onderworpen. Er wordt geen onderscheid meer gemaakt tussen “publiekrechtelijk” of “privaatrechtelijk” handelen. Maar tegelijk is die categorie op vrij formalistische wijze beperkt tot “kernoverheden”. Logischerwijze brengt deze aanpak mee dat sluiswerking via de open normen van privaatrecht voor deze formele bestuursorganen minder relevant is, omdat men te allen tijde rechtstreeks de ABBB kan inroepen. Anderzijds wordt sluiswerking potentieel extra relevant voor de “grensgevallen” die geen formeel bestuursorgaan zijn, wat hun publieke taken betreft.

In België worden de zaken veeleer materieel benaderd. De grens tussen overheid en niet-overheid lijkt meer gefragmenteerd, en de toepassing van de ABBB hangt soms af van het type handelen veeleer dan van de handelende entiteit. Zelfs privaatrechtelijk opgerichte en bevolkte entiteiten kunnen rechtstreeks met de ABBB te maken krijgen met betrekking tot sterk publiek gekleurde activiteiten, terwijl anderzijds civiele rechters zelfs op kernoverheden typisch de ABBB niet toepassen wanneer ze “privaatrechtelijk” handelen, bijvoorbeeld in de uitvoering van een overeenkomst. In die laatste gevallen is er dan minstens conceptueel meer ruimte voor sluiswerking van de ABBB via de open normen van het privaatrecht, al lijkt die piste vooralsnog in de praktijk slechts weinigen te bekoren.

Uit het debat tijdens de expertenmeeting bleek dan dat de gekende Nederlandse voetbalfilosoof het weer eens bij het rechte eind had: elk nadeel heeft zijn voordeel en omgekeerd. De Belgen kijken al eens met jaloezie naar de ogenschijnlijk heldere lijnen van het Nederlandse systeem, terwijl de Nederlanders al eens tegen de grenzen van het formalisme aanlopen en dan toch weer uitwegen zoeken om de zaak meer materieel te benaderen. Zo ligt de *law in action* wellicht dichter bij mekaar dan de *law in the books* zou doen vermoeden.



## **Verslaglegging tweede expertmeeting Platform**

*‘De polsstok van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?’*

### **Verslag<sup>1</sup>**

Tweede expertmeeting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog met als doel het signaleren van eventuele verschillen tussen publiekrecht en privaatrecht en mogelijke fricties die daarvan het gevolg (kunnen) zijn, naast het onderzoeken van de vraag op welke punten publiekrecht en privaatrecht van elkaar kunnen leren, een en ander voor en ook tussen Nederland en België.

Datum: 21 mei 2021

Tijdstip: 15:00 – 17:00

Plaats: Online - Google Meet

### **Auteurs-sprekers**

Raymond Schlössels (Nederland – publiekrecht)

Chris Jansen (Nederland – privaatrecht)

Ingrid Opdebeek en Stéphanie De Somer (België – publiekrecht)

Jeroen Delvoie en Claire Fornoville (België – privaatrecht)

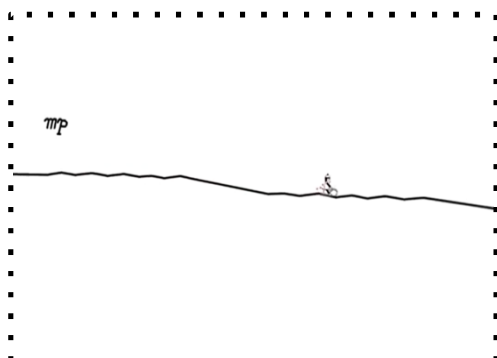
**Moderatoren:** Martijn Scheltema (Nederland) en Kurt Willems (België)

**Verslaggevers:** Marin Coerts (Nederland) en Marie DeCock (België)

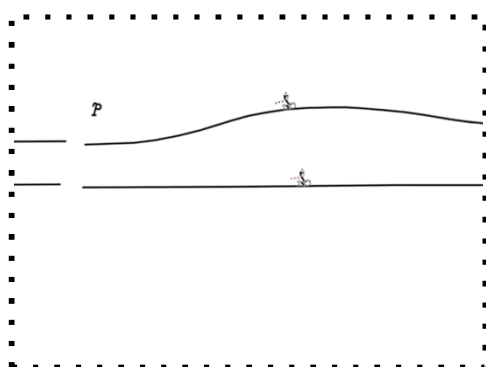
---

<sup>1</sup> De meeting is gehouden onder de Chatham House Rule. Wanneer een vergadering, of een deel daarvan, wordt gehouden onder de Chatham House Rule zijn de deelnemers vrij om de ontvangen informatie te gebruiken, maar noch de identiteit noch de connectie van de spreker(s), noch die van een andere deelnemer, mag worden onthuld (de voorzitter, sprekers en moderatoren vanzelfsprekend uitgezonderd).

## Verwelkoming



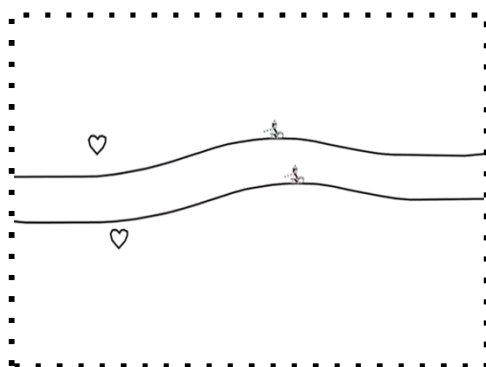
De meeting vangt aan met - een stukje van - de 5e Symfonie van Beethoven, in combinatie met een videoclip die eerst een enkele lijn en dan twee nu eens divergerende dan weer convergerende lijnen toont, die uiteindelijk heel mooi parallel schakelen.



<https://www.youtube.com/watch?v=l2nilyBysFY>

### Lidy Wiggers-Rust, voorzitter Platform

Lidy Wiggers-Rust opent de tweede expertmeeting met een korte toelichting op de videoclip bij de zo verbindende 5<sup>e</sup> symfonie van Beethoven: eerst een tijdlang een enkele lijn, dan komt er een tweede bij, en hoe gaan die lijnen zich met elkaar verhouden, hoe gaan die samenwerken?



Aanvankelijk lopen ze samen, dan is er hier en daar wat divergentie, maar er wordt weer toenadering gezocht, de fietsers buitelen bijna over elkaar heen en ten slotte schakelen ze heel mooi parallel!

Daarin is een treffende gelijkenis

te zien met de lijnen van het privaatrecht en het bestuursrecht: soms is de wisselwerking tussen beide lastig en kan zelfs frictie ontstaan, dan weer is sprake van harmonisch samengaan. Het is het laatste dat het Platform wil versterken. Het is zijn missie om een goede wisselwerking tussen publiekrecht en privaatrecht na te streven en onnodige verschillen te voorkomen, in het belang van een goede toegankelijkheid van het recht. Rechtseenheid staat

centraal, met behoud uiteraard van de relevante verschillen. Want die zijn er zeker ook. Daarover wordt vanmiddag de dialoog aangegaan.

Als voorzitter van het Platform heet Lidy Wiggers-Rust alle aanwezigen heel hartelijk welkom. Het is ongelooflijk inspirerend dat zo velen gehoor hebben willen geven aan de uitnodiging tot deelname aan de meeting. Jammer genoeg moet deze door Covid-19 online plaatsvinden. Dat is *second best*, want het Platform wil ook graag een ontmoetingsplaats bieden aan de beoefenaars van publiek- en privaatrecht. Het gezelschap is opnieuw heel divers van aard: niet alleen samengesteld uit juristen uit België en Nederland en uit publiek- en privaatrecht, maar ook uit academie en praktijk en wat dat laatste betreft uit de verschillende gremia: wetgeving, rechterlijke macht en advocatuur. Wat een rijkdom aan kennis! Lidy Wiggers-Rust roept op elkaar daarvan vanmiddag te laten profiteren!

Bestuurs- en privaatrecht kunnen veel van elkaar leren, zeker ook als overheidshandelen moet worden beoordeeld. Het mooie onderwerp van deze meeting over de toepassing en reikwijdte van de in het publiekrecht ontwikkelde beginselen van behoorlijk bestuur geeft daarvoor veel aanknopingspunten. Van het van elkaar leren zijn overigens al mooie staaltjes vertoond. Te denken is bij wijze van voorbeeld aan de nieuwe invulling door de Afdeling van het vertrouwensbeginsel. In een recente zaak over een Amsterdams dakterras heeft de Afdeling bevestigd meer nadruk te gaan leggen op hoe een uitspraak bij een redelijk denkende burger is overgekomen en minder op wat het bestuursorgaan bedoelde (ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694). Dat komt dicht bij het Nederlandse privaatrecht want ook daar is niet de wil (van in dit geval het bevoegd gezag), maar het gerechtvaardigde vertrouwen (van in dit geval de burger) bepalend. Voor het privaatrecht staat dat in de wet: artikel 3:35 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Dit voorbeeld biedt de gelegenheid een recent gepubliceerd gedicht voor te dragen van Arthur Hartkamp, één van de juristen die indertijd een grote bijdrage aan het Nieuw BW (1992) heeft geleverd. Hij verwoordde het zo:

*“Er is verklaard, vertrouwen opgewekt.  
Wie redelijk vertrouwt, mag - wil of niet -  
afgaan op wat hij hoort, begrijpt of ziet,  
omdat de wil zich aan het oog onttrekt.”*

Een mooi voorbeeld van afstemming van het bestuursrecht op het privaatrecht dus en vergroting daardoor van de rechtsbescherming in het bestuursrecht. En daarom gaat het! Een ander bijzonder moment vormt, tegen die achtergrond en

juist ook in verband met het onderwerp van vanmiddag, de recente oratie van Rolf Ortlep over de redelijkheid en billijkheid. Hij trekt daarin lijnen tussen het fatsoenlijk en behoorlijk handelen volgens het burgerlijk recht en de beginselen van behoorlijk bestuur. Hij is voorstander van export van de redelijkheid en billijkheid uit het privaatrecht naar het bestuursrecht. Hij put daarvoor ook uit de gemene historie van publiek- en privaatrecht, met verwijzing naar oudere geschriften van niemand minder dan de vermaarde Belgische hoogleraar Van Gerven.

Lidy ziet in deze voorbeelden veel ruimte voor toenadering tussen bestuursrecht en privaatrecht en tussen Nederland en België.

**Zij gaat over naar het onderwerp van de meeting ‘De polsstok van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?’.**

Hoe staat het met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb)? Maakt het verschil uit of deze in het bestuursrecht dan wel het privaatrecht worden toegepast en zo ja, leiden deze verschillen dan tot problemen? Of worden vergelijkbare uitkomsten verkregen? En wat betekent het voor het recht als de overheid zich vermomt in privaatrechtelijke gedaanten? En wat als private organisaties zich het algemeen belang aantrekken dan wel door de overheid met algemeen belang taken worden uitgerust? Zijn we dan aan de goden overgeleverd of is er nog voldoende grip op de overheidsmacht en kunnen we gerust zijn op een voldoende rechtsbescherming?

Bij de voorbereiding van deze middag is op basis van de mooie concept-papers van auteurs voor deze meeting een tweedeling gemaakt:

**Vóór de pauze staat centraal:**

De status quo van de polsstok van de abbb:

- in bestuursrecht en privaatrecht
- in Nederland en België

**Na de pauze gaat het om de vraag:**

Bestaat er ja dan nee behoefte aan verruiming van het toepassingsbereik van de abbb (export- en reflexwerking)?

- in bestuursrecht en/of privaatrecht
- in Nederland en/of België

Gekozen is voor een dialoog gerelateerde vorm, waarbij een vrije gedachtewisseling plaatsvindt, wat tot nieuwe inzichten kan leiden en dat is bij

uitstek de bedoeling. Daarbij is ook luisteren van groot belang. Het gaat om *het doorgronden van de materie* en niet zo zeer om het debat. De precieze thema's zullen de moderatoren van deze meeting onthullen. Zij gaan daarover met de auteurs en met de experts in dialoog van gedachten wisselen. Tussentijds wordt op hun aangeven tien minuutjes gepauzeerd.

Lidy dankt de auteurs namens het Platform te midden van experts alvast en feliciteert hen met hun inspirerende (concept-)papers. Zij geeft vervolgens '*het stokje*' door aan de moderatoren. Voor Nederland is dat Martijn Scheltema en voor België is dat Kurt Willems. Zij zijn de dirigenten van de meeting.

Lidy wenst allen een leerzame en inspirerende middag toe

### **Dialoog**

*Martijn Scheltema* stelt de auteurs-sprekers vanuit Nederland voor. Voor het Nederlandse publiekrecht is dat: Raymond Schlössels. Voor het Nederlandse privaatrecht is dat Chris Jansen.

*Kurt Willems* stelt de Belgische auteurs-sprekers voor. Voor het Belgische publiekrecht zijn dat Ingrid Opdebeek<sup>2</sup> en Stéphanie De Somer. Voor het Belgische privaatrecht zijn dat Jeroen Delvoie en Claire Fornoville.

**Vóór de pauze staat de status quo centraal in de dialoog. Het gaat daarbij met name om de volgende punten.**

#### Status quo polsstok abbb

- ❖ Toepasselijkheid abbb voor de overheid bij de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden
- ❖ Wijze van toepassing abbb:
  - directe en/of indirecte toetsing; reflexwerking
  - eventuele verschillen in intensiteit van toetsing
- ❖ Als we het (binnen de status quo) hebben over 'de overheid' in verband met de toepasselijkheid van de abbb bij de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden: wat (welke rechtssubjecten/entiteiten) is (zijn) daaronder dan te verstaan?
- ❖ Is er nog sprake van differentiatie tussen de formele en materiële beginselen van behoorlijk bestuur en zo ja, is daarvoor een reden/ rechtvaardiging te geven?

<sup>2</sup> Ingrid Opdebeek is wegens ziekteverlof helaas niet aanwezig tijdens de meeting.

*Kurt Willems* vraagt - in afwachting van spontane reacties - aan de auteurs om aan te geven op welke twee à drie vragen er het meest pertinent een antwoord zou moeten komen.

*Stéphanie De Somer* geeft aan dat zowel zijzelf als Ingrid Opdebeek, als de auteurs van de concept-paper omtrent het privaatrecht, zich afvragen in hoeverre ze erin zijn geslaagd om een goed beeld te geven van de hantering van de beginselen van behoorlijk bestuur door de burgerlijke rechter. Er heerst immers een gevoel dat ze slechts het topje van de ijsberg hebben kunnen onthullen aangezien het soms een moeilijke en frustrerende oefening was om de betreffende rechtspraak (niet) te vinden (cf. zoeken zonder vinden). De auteurs hebben wel rechtspraak gevonden, maar voor België is dat hoofdzakelijk rechtspraak van de laatste jaren met betrekking tot de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op het ontslag van contractueel overheidspersoneel. De rechtspraak bevindt zich veel minder in de sfeer van andere domeinen van overheidsinterventie.

Een tweede vraag is van voorspellende aard. *Stéphanie De Somer* vraagt in hoeverre er van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof - dat nu heel duidelijk heeft aangegeven dat de hoorplicht en vermoedelijk ook de andere beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn op het ontslag van contractueel overheidspersoneel - ook een reflexwerking kan uitgaan naar andere domeinen van overheidsinterventie. Daarbij rijst de vraag in hoeverre dit ervoor zorgt dat er bij een eiser sneller een reflex zal bestaan om aan de burgerlijke rechter de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur op de uitvoering en beëindiging van overeenkomsten te vragen.

*Kurt Willems* vindt dit interessante vragen naar zowel Belgisch als Nederlands recht, aangezien de methodologische problematiek ook in de Nederlandse concept-papers werd aangestipt. De bezorgdheid werd geuit of 'alles wel is gevat', omdat het niet zo evident is om zicht te krijgen op de vraag hoe vaak de algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden ingeroepen voor de de burgerlijke rechter en hoe dit dan precies gebeurt: is het de rechter zelf die dit opwerpt? Zijn het de advocaten die dit moeten doen voordat het echt aan de orde komt? Is in de concept-paper slechts een tipje van de sluier opgelicht of is er een vrij volledig beeld geschetst? Zowel in de Nederlandse als in de Belgische analyses is er sprake van een relatief beperkte rechtspraak. De vraag voor de burgerlijke rechter is genoteerd om aan bod te laten komen. *Kurt Willems* stelt vervolgens ook aan de Belgische privaatrechtelijke auteurs de vraag welke de meest pertinente punten zijn die aan bod zouden moeten komen vandaag.

*Jeroen Delvoie* was bij het lezen van de Nederlandse concept-papers bijzonder jaloers op de heldere lijnen en de duidelijkheid die er in Nederland - minstens op het eerste gezicht - heerst over dit leerstuk: ben je een overheid, dan zijn de beginselen van behoorlijk bestuur altijd van toepassing. Ben je geen overheid, dan zijn de beginselen niet van toepassing. Bij het uitwerken van de Belgische analyse daarentegen, bestond er volgens *Jeroen Delvoie* heel erg het gevoel dat ze in het struikgewas moesten zoeken. Er rezen moeilijk te beantwoorden vragen die eerst moesten worden opgelost. *Jeroen Delvoie* stelt de vraag naar de Nederlandse kant of die impressie klopt. Misschien is er onderliggend toch heel wat meer discussie mogelijk. Naar de Belgische deelnemers toe stelt *Jeroen Delvoie* de vraag of we er belang bij zouden hebben in België om een gelijkaardige heldere tweedeling in te voeren en of dit zou werken in het Belgisch recht.

Volgens *Kurt Willems* zijn ook dit interessante vragen. Hij heeft in de concept-paper van *Raymond Schlössels* gelezen dat er toch wel breuklijnen en inconsistenties bestaan in het Nederlands recht, ondanks de helderheid die er op het eerste gezicht zou zijn. De vraag in hoeverre het Belgisch rechtssysteem kan leren van het Nederlandse wordt meegenomen in de dialoog. De vraag in hoeverre de toepassing van de beginselen op privaatrechtelijk handelen van de overheid een goed idee is, wordt meegenomen in het tweede deel omtrent het eventueel wenselijke recht.

Een Belgische expert geeft aan dat de bevindingen van de paper van *Stéphanie De Somer* en *Ingrid Opdebeek* in de lijn van zijn verwachtingen liggen. Hij wijst nog even op het onderscheid tussen België en Nederland. Nederland heeft een duaal ontslagrecht dat voor de overheid in hoge mate administratiefrechtelijk was bepaald. Daardoor kreeg je de ontwikkeling van concepten als 'goed werkgeverschap' en 'goed werknemerschap', wat volgens de expert ten dele al een variatie is van toegepaste algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de arbeidscontext.

In België is er daarentegen een strikt privaatrechtelijke toepassing, waarover het Hof van Cassatie waakt. Elke rechter die iets toevoegt aan de wet, wordt gecasseerd. Een rechter kan dat uitsluitend (proberen te) doen via de open normen. Daar zie je inderdaad dat die twee vlakken tegen elkaar aan schuren - iets wat *Stéphanie De Somer* en *Ingrid Opdebeek* bijgevolg terecht hebben behandeld in hun concept-paper. De beginselen van behoorlijk bestuur druppelen binnen, maar niet systematisch en niet beschreven. Dat is de reden dat je hier zo weinig directe respons krijgt. De Belgische expert verwijst naar het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel en stelt dat de non-discriminatiewet is opgedrongen vanuit Europese hoek. Het motiveringsbeginsel is ter zake

beschreven in de concept-paper. Na jarenlange discussie is de collectieve arbeidsovereenkomst betreffende de motivering van het ontslag (CAO nr. 109) aangenomen. Op heden speelt het zorgvuldigheidsbeginsel: de redelijke aanpassingen voor werknemers met een beperking is een privilege van werknemers met een handicap. Is dat dan geen recht van anderen? De Belgische expert wijst vervolgens op het recht om gehoord te worden. Als je de rechtspraak omtrent een kennelijk onredelijk ontslag nakijkt, dan zie je dat arbeidsrechters de hoogste vergoedingen toekennen bij zorgvuldigheidsschendingen bij ontslag om dringende redenen. Er is geen algemene zorgvuldigheidsplicht, maar wanneer een ontslag om dringende redenen bijzondere schade veroorzaakt omwille van lichtzinnigheid, leidt het lichtzinnig inroepen van dringende redenen in België tot vrij hoge schadevergoedingen wegens een kennelijk onredelijk ontslag - dit ondanks dat er in België geen procedures zijn bepaald.

Zo wordt een aantal beginselen binnengesmokkeld via de open normen, zonder dat het expliciet wordt gezegd. Het Hof van Cassatie stelt duidelijk dat de rechter niets mag toevoegen aan de wet indien het er niet in staat. Een rechter kan evenwel in specifieke omstandigheden stellen dat de werkgever, door het niet horen van de werknemer in het geval van duidelijk onvoldoende bewijs, lichtzinnig heeft gehandeld en daardoor bijzondere schade heeft veroorzaakt. De rechter importeert op die manier ten dele een beginsel van behoorlijk bestuur via de open normen. Het Belgische Grondwettelijk Hof spoort wat aan omtrent contractanten in overheidsdienst, aangezien er sprake is van een zeer sterke impasse. Ook de politieke en de sociale organisaties geraken er niet meer aan uit. Het Grondwettelijk Hof moedigt aan om daar toch eens werk van te maken, aangezien de normale zorgvuldigheid van een openbare werkgever ten aanzien van het ambtenarenstatuut die richting zou moeten uitgaan.

*Kurt Willems* merkt op dat er heel wat waardevolle zaken in de tussenkomst zaten en probeert even te vertalen voor de Nederlandse sprekers. De reflexwerking van beginselen vindt impliciet plaats, want als deze expliciet worden benoemd dan bestaat er het risico dat de zaak gecasseerd wordt. Er bestaat ook discussie of het expliciet *moet* worden gezegd. De beginselen van behoorlijk bestuur kunnen ook via reflexwerking worden binnengebracht, dan wel via open normen worden meegenomen, zonder de beginselen expliciet te benoemen. Kurt Willems werpt die vraag op in de groep, samen met de vraag of dit dan leidt tot een hogere rechtsbescherming en/of een hogere schadevergoeding.

*Martijn Scheltema* signaleert dat er vanuit België een beeld bestaat dat het in Nederland helderder is, in zoverre dat uit een van de papers blijkt dat in de



rechtspraak de nodige aanknopingspunten te vinden zijn omtrent de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op overheidshandelen in het privaatrecht. Toch bestaat ook in Nederland nog een aantal onduidelikheden over de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hij geeft de Nederlandse auteurs het woord over de specifieke vraagpunten waarover zij graag iets zouden horen.

*Raymond Schlössels* antwoordt dat het tweede gedeelte van de middag voor Nederland het spannendste gedeelte is. Het gaat om het deel over het uitschrijven van de beginselen in de sfeer van het schemergebied van de overheid. Er is namelijk een brede toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij de zogenaamde ‘kernoverheid’, dus op het publiekrechtelijk handelen van het bestuur, en daarnaast ook grotendeels op het privaatrechtelijk en het feitelijk handelen, en daar bestaat in Nederland nauwelijks discussie over. Hier zijn twee belangrijke verklaringen voor te vinden. Allereerst is het Nederlands recht al meer dan honderd jaar aan het bouwen aan de beginselen. Wat het overheidsperoneel betreft, is het interessant dat een bijzondere ambtelijke rechter de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor lange tijd toepaste op het ontslagrecht. Hier is sinds kort verandering in gekomen. Ten tweede is het een belangrijk gegeven dat er al 25 jaar rust aan het front is in het algemeen bestuursrecht. De Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) fungeert als een soort anker in deze discussie. De Awb zet echter ook een rem op de discussie omdat de Awb het bestuursorgaanbegrip centraal stelt en dit ook redelijk formeel interpreteert. De vraag die voor dit thema interessant is, is de vraag of het uitmaakt of je in het Nederlands privaatrecht rechtstreeks toetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of via de band van privaatrechtelijke open normen? Er wordt een werk aangehaald waarin het standpunt wordt ingenomen dat de rechtstreekse toetsing een duidelijke meerwaarde biedt omdat die scherper en duidelijker is.<sup>3</sup> Raymond Schlössels stelt dat als hij de in het privaatrechtelijke concept-paper behandelde privaatrechtelijke jurisprudentie bestudeert, hij het idee heeft dat dit wel kan meevallen.

*Chris Jansen* zou alvast wat aan beeldvorming willen doen betreffende het onderzoek dat na deze expertmeeting moet plaatsvinden. Hij ziet dat de Belgische collega's ook een jurisprudentieonderzoek hebben uitgevoerd, net als hijzelf, omdat dit de manier is om de status quo te bepalen en eventuele problemen in beeld te brengen. Er wordt opgemerkt dat Raymond Schlössels

---

<sup>3</sup> Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)* 2019.

in zijn paper oproept om empirisch onderzoek te doen en om beter in beeld te brengen wat er precies gebeurt en hoe de feitenrechter met de beginselen omgaat. Vanuit Nederlandse zijde wordt afgevraagd hoe dat onderzoek eruit zou zien. Voor het uitvoeren van dat onderzoek geeft hij aan dat we raad nodig hebben als het gaat om de verschillende manieren waarop rechters met de zaak omgaan en hoe je die categoriseert, met name wanneer je kijkt naar de wijze waarop de rechters de beginselen toetsen, hetzij rechtstreeks, hetzij niet rechtstreeks. Nederlandse bestuursrechtjuristen geven vaak aan dat burgerlijke rechters moeite hebben met het operationaliseren van de beginselen, maar tegelijkertijd lijkt er uit de bestuursrechtelijke paper van Raymond Schlössels te kunnen worden afgeleid dat ook het Nederlandse bestuursprocesrecht geen concrete regels kent omtrent de wijze van toepassing van die beginselen, zodat ook de uitspraken van de bestuursrechterlijke instanties hierin kunnen verschillen. Chris Jansen vindt dat er ook onderzoek moet komen om meer zicht te krijgen op de problemen die daar spelen.

Het is *Raymond Schlössels* opgevallen dat Lidy Wiggers-Rust eerder verwees naar de ‘dakterras-uitspraak’ over het vertrouwensbeginsel. Dit is een typische uitspraak waarin de Afdeling haar best heeft gedaan om een leerstuk, in dit geval het vertrouwensbeginsel, mooi uit te schrijven en systematisch neer te zetten. Dit is echter niet de doorsnee bestuursrechtelijke jurisprudentie. Soms wordt bij de toepassing van de beginselen ook alles op één hoop geveegd en wordt een zaak heel snel afgedaan. Dat heeft ook met de werkdruk te maken. Je zou de toepassing van de beginselen veel systematischer kunnen opzetten en duidelijk kunnen maken wat de werking van de beginselen is en hoe deze in de casus terugkomen. Dat is belangrijk. De scherpste van de toepassing leidt ook tot een kwalitatief betere toetsing aan de beginselen.

Vanuit België wordt door een expert opgemerkt dat het bij het lezen van voornamelijk de Nederlandse papers en bij het voeren van rechtsvergelijkend onderzoek met de Nederlandse situatie opvalt dat er in Nederland een *quasi* zuivere opdeling wordt gemaakt - ook bij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur - tussen het a-bestuursorgaan en het b-bestuursorgaan. Naar Nederlands recht volstaat daarbij het gebruik van de NV-vorm al om een bepaalde entiteit niet als ‘organieke overheid’ te beschouwen, maar direct bij de ‘functionele overheden’ te gaan plaatsen. Zelfs de Nederlandse Bank die kennelijk veel wegheeft van de Belgische Nationale Bank, en andere entiteiten die in Belgisch recht worden beschouwd als NV’s van publiekrecht, worden onder het Nederlands recht niet als een organieke overheid beschouwd. Dit heeft tot gevolg dat onder meer de beginselen van behoorlijk bestuur niet *ipso facto* van toepassing zijn op die overheid.

Betrokkene wijst erop dat dit anders is in België, met dien verstande dat het Hof van Cassatie niet heel duidelijk is in welke mate een entiteit - indien die een privaatrechtelijke vorm aanneemt - naar het privaatrecht kantelt. Vervolgens rijst de vraag in welke mate de beginselen van behoorlijk bestuur kunnen worden toegepast op een dergelijke entiteit en of deze als een organieke overheidsstructuur kan worden gekwalificeerd. In de veronderstelling dat er sprake is van een dergelijke organieke overheidsstructuur, stelt de expert zich de vraag in welke mate er geen rekening moet worden gehouden met het feit dat dit een rechtspersoon is die binnen zijn intern besluitvormingsproces aan bepaalde regels is onderworpen en waarbij die regels ertoe strekken de samenleving/burgers te beschermen omdat deze via de overheid hun belangen laten behartigen via de toets aan het algemeen belang. Vanuit die optiek is niet in te zien waarom de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet gewoon principieel integraal op het doen en laten van een organieke administratieve overheid of een organieke instantie zouden moeten worden toegepast. In Nederland is er artikel 3:14 BW dat bepaalt dat door de overheid een privaatrechtelijke bevoegdheid nooit in strijd met de publiekrechtelijke geschreven of ongeschreven beginselen kan worden uitgeoefend. Volgens de Belgische deelnemer bestaat er geen equivalente bepaling in België. Als een Belgische overheid bijgevolg optreedt via de uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid (bv. het sluiten van een overeenkomst), doet deze overheid wat een particulier ook zou kunnen. In dat geval maakt de overheid gebruik van een rechtskader met eigen specifieke regels. Dan zouden er volgens de klassieke logica waarbij het recht als één geheel wordt beschouwd, twee kaders moeten worden toegepast: enerzijds het rechtskader inherent aan degene die de handeling stelt, in dit geval een overheid, maar dat kan dan evengoed een vennootschap zijn of een kredietinstelling die is onderworpen aan regels die moeten worden toegepast. Anderzijds heb je de niet-benoemde overeenkomst die men sluit en die evengoed aan regels is onderworpen. De Belgische expert stelt zich in dat verband de vraag of dit niet moet worden benaderd vanuit het idee van de mogelijke aanwezigheid van wetsconflicten. In een zuiver privaatrechtelijke context moeten twee bestaande kaders principieel cumulatief worden toegepast zolang dit mogelijk is naar Belgisch recht. Pas op het moment dat er een tegenstrijdigheid in de letter of in de finaliteit van de wet ontstaat tussen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de overeenkomst of het privaatrechtelijk instrument waarvan de overheid zich bedient, moet worden gekeken naar hoe dat wetsconflict kan worden opgelost. Naar Nederlands recht kan er worden teruggegrepen naar artikel 3:14 BW, maar in het Belgisch recht is er weinig houvast. Er zou kunnen worden teruggegrepen naar de *lex specialis*, het specifieke kader van de overheid dat prevaleert, maar de expert stelt zich de vraag of dit wel altijd het geval is. Daar

valt mogelijk inspiratie te halen in het Nederlands recht. In België zou er een beroep moeten worden gedaan op de regels inzake normconflicten om te bepalen welke norm moet prevaleren.

Een tweede interessante vaststelling volgens de betrokken Belgische expert is dat er in Nederland vrij veel beginselen van behoorlijk bestuur zijn gecodificeerd, terwijl dit naar Belgisch recht niet het geval is. De vraag kan worden gesteld of de beginselen van behoorlijk bestuur *contra legem* kunnen worden toegepast in België of dat er een zuivere toepassing moet worden gemaakt van de wet, als de wet het ene zegt maar een ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur iets anders zegt. De wil van de wetgever is immers nog steeds ‘wet’, dit onder voorbehoud van het Grondwettelijk Hof. Moeten de beginselen van behoorlijk bestuur in dat geval niet terzijde worden geschoven? Wordt die denkoefening in de praktijk gemaakt?

*Kurt Willems* vindt dat de benadering vanuit wetsconflicten een interessante invalshoek is. De vraag welke rechtsnorm voorrang heeft als er een wetsconflict is en er geen specifieke rechtsnorm is zoals het Nederlandse artikel 3:14 BW, is interessant om hier te bespreken. In het verlengde daarvan rijst de vraag of het afhangt van de situatie, materie en rechtshandeling, of dat er een algemene lijn te trekken is.

*Stéphanie De Somer* merkt op dat de voormelde vraag van de Belgische expert een heel terechte vraag is, maar dat het natuurlijk wel zo is dat er in die vraag wordt uitgegaan van het klassieke standpunt dat nog steeds door heel wat rechtsleer wordt verdedigd, namelijk dat de beginselen van behoorlijk bestuur hoogstens wettelijke waarde hebben naar Belgisch recht. Dit standpunt wordt niet verdedigd door onder meer Stéphanie De Somer, Ingrid Opdebeek en Patricia Popelier. Volgens hen zijn er de laatste jaren toch heel wat indicaties dat er een suprawettelijke of grondwettelijke waarde mogelijk is van de beginselen van behoorlijk bestuur. Dan krijgt de discussie natuurlijk een heel andere dimensie. Stéphanie De Somer meent uit de in de paper geciteerde arresten van het Grondwettelijk Hof - maar ook uit andere arresten - argumenten hiervoor te lezen.

*Martijn Scheltema* signaleert dat waar de toepassing in theorie duidelijk lijkt te zijn voor het Nederlands recht deze in de praktijk, zoals Chris Jansen en Raymond Schlössels hebben vermeld, toch een uitdaging blijkt te zijn die empirisch zou moeten worden onderzocht. Een ander punt dat in het Nederlands recht ook nog speelt, is de vraag of het nog een verschil maakt of de formele of materiële algemene beginselen worden toegepast. In het

bestuursrecht is het duidelijk dat dit in beginsel allemaal geldt, maar in het privaatrecht is het de vraag of dit ook zo is.

*Raymond Schlössels* wijst op een blinde vlek wat betreft de toetsing aan formele beginselen door de burgerlijke rechter. Daar is namelijk niet veel rechtspraak over. Als de handboeken worden geraadpleegd, lijkt de leer in Nederland te zijn dat de burgerlijke rechter de beginselen rechtstreeks toepast op privaatrechtelijk overheidshandelen. Dan maakt het niet uit of het om formele of materiële beginselen gaat. Een wat anders gerichte uitspraak is terug te vinden in zijn paper, waarin de concessieovereenkomst van de gasfabriek wordt genoemd.<sup>4</sup> Daar lijken verschillen te bestaan tussen de aanpak van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. De burgerlijke rechter werkt met een algemene notie van het zorgvuldigheidsbeginsel, maar leidt daar in dat geval geen formele hoorplicht uit af. Daar schijnt mogelijk wat licht, maar Raymond Schlössels kan daar geen algemene uitspraken over doen omdat er zo weinig rechtspraak over is en er ook weinig onderzoek naar is gedaan.

Dit punt wordt aangevuld door *Chris Jansen*. Bij het onderzoek naar de details van de zaak over de gasfabriek komt de manier van procederen naar voren. Dit werpt een bepaald licht op de analyse die je dan ziet. Dit was een zaak in kort geding waarbij het beroep van de private partij op het formele beginsel van behoorlijk bestuur geen basis was van een rechtsvordering, maar een verweermiddel. De Hoge Raad laat zien dat het beroep op het verweermiddel in dit geval niet opgaat maar dat dit niet betekent dat in andere gevallen een schending van een formeel beginsel geen grondslag kan zijn van een vordering van een eisende partij. Dan moet je echt op zoek gaan naar dat soort zaken. De feitelijke jurisprudentie die Chris Jansen heeft onderzocht, betrof - voor zover er al vorderingen worden ingesteld rechtstreeks op basis van een schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur - materiële beginselen en de formele beginselen komen daar niet aan bod.

Een Nederlandse expert gaat in op de vraag van de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op niet-bestuursorganen die privaatrechtelijk handelen. Het voorbeeld dat genoemd is in de paper van Raymond Schlössels, is het voorbeeld van Invest-NL. Invest-NL is geen bestuursorgaan, maar het besteedt wel duidelijk publieke middelen en doet investeringen uit overheidsmiddelen. Vanuit Nederland is het de vraag hoeveel een burgerlijke rechter die met zo een zaak wordt geconfronteerd waarbij Invest-NL beslist heeft over de toekenning van publieke middelen, zich aan zou willen/moeten

---

<sup>4</sup> HR 9 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:AN6199 (*Coevorden – BV Gasfabriek*).

trekken van de in de Machtigingswet opgenomen bepaling dat Invest-NL geen bestuursorgaan is en dat er bij de taakuitoefening geen openbaar gezag aan de orde is. Hij vraagt zich af of dit hem op een of andere wijze zou beletten om de beslissingen van Invest-NL en het optreden van Invest-NL te toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit kan via een omweg van de redelijkheid en billijkheid, maar dit druist in tegen de wenselijkheid dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks worden toegepast. De presentatie van Raymond Schlössels lijkt een voorstander te zijn voor de rechtstreekse toepassing.

*Raymond Schlössels* schetst dat er een situatie is in het Nederlands recht waar de wetgever in formele zin uitdrukkelijk in de wet heeft bepaald dat Invest-NL geen bestuursorgaan is. Het is uitdrukkelijk in de wet opgenomen omdat men er kennelijk ook twijfels bij had dat dit *wel* een bestuursorgaan zou kunnen zijn. Vanuit Nederlandse zijde wordt er opgemerkt dat het onwenselijk is dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op de praktijken van Invest-NL zouden worden toegepast. Het zwakke aan dit stelsel is dat Nederland heel sterk werkt met het formele begrip van het bestuursorgaan. Als een rechter volledig aan de beginselen wilt toetsen, dan wordt die geconfronteerd met de wil van de wetgever en die kan je niet negeren. Er wordt vermoed dat het in dit geval zal moeten lopen via het toch toelaten van beginselen van behoorlijk bestuur via privaatrechtelijke open normen. Naar geldend Nederlands recht is in de zaak *ConforMeds* bepaald dat als er geen sprake is van een bestuursorgaan, het lastig is om de beginselen rechtstreeks toe te passen.

Vanuit Belgische hoek stelt een expert vanuit zijn ervaring als civiele rechter dat een civiele rechter in civiele categorieën denkt, en niet in publiekrechtelijke categorieën zoals de beginselen van behoorlijk bestuur. Dit hangt samen met het feit dat het *aan de partijen* is in een civiel geding om elementen aan te brengen. Een civiele rechter zal niet uit zichzelf aan die beginselen denken. De partijen moeten in eerste plaats de beginselen die ze in het publiekrecht vinden op een of andere manier aanhaken bij wat ze in het privaatrecht vinden en dit gebeurt weinig of niet. Bij het lezen van de privaatrechtelijke paper had de Belgische expert soms het gevoel dat de auteurs wilden zoeken naar iets dat waarschijnlijk niet te vinden is. Noch de partijen, noch de civiele rechter zullen zich geroepen voelen om die beginselen van behoorlijk bestuur uit het publiek recht zonder meer op een of andere manier aan te haken bij het privaatrecht. Dit zou ook verklaren dat er, *ten eerste*, bijzonder weinig rechtspraak te vinden zal zijn indien er empirisch onderzoek zal worden uitgevoerd en, *ten tweede*,

---

<sup>5</sup> HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830 (RZG/*ConforMed*).

waarom het Hof van Cassatie zich daarover niet of nauwelijks heeft uitgesproken of zich daarover moet uitspreken. Het Hof van Cassatie spreekt zich slechts uit indien er een debat over zou geweest zijn waardoor pertinente/interessante vragen tot aan het Hof van Cassatie komen. Vanuit Belgische hoek speelt er het gevoel dat we daar in België nog een heel eind van weg zijn.

Vanuit Nederlandse zijde wordt hierop gereageerd door *Chris Jansen*. Hij brengt Nieuwhuis naar voren die de beginselen van de redelijkheid en billijkheid zag als beginselen die geen argumenten op zichzelf zijn maar argumenten vooronderstellen. Dat kan gezegd worden over rechtsbeginselen in brede zin. Het feit dat burgerlijke rechters in hun zaken met betrekking tot privaatrechtelijk overheidshandelen niet altijd de beginselen benoemen, veelal omdat niet via die lijn geprocedeerd wordt door de partijen, laat onverlet dat de belangen die aan de beginselen ten grondslag liggen op andere manieren door private rechters meegenomen worden in de beoordeling. De relevante vraag is of de belangen die aan de beginselen ten grondslag liggen in het concrete geval voldoende tot hun recht komen. Daarnaast heeft Chris Jansen in de feitenrechtspraak onderzoek gedaan. Daaruit concludeert hij dat die belangen voldoende aan de orde komen. Verder empirisch onderzoek is mogelijk en gewenst.

## **Pauze**

**Na de pauze laten we de status quo achter ons en draait het in de dialoog om wenselijk recht en wel als volgt.**

Bestaat er ja dan nee behoefte aan verruiming van het toepassingsbereik van de abbb (export- en reflexwerking)?

- ❖ Beoordeling gevonden verschillen in toepassing / toetsing abbb
  - eventuele rechtvaardiging ervan
  - eventueel ondervonden problemen
- ❖ Behoefte aan verruiming toepassingsbereik abbb?
  - zo ja, in welke zin
  - pro's en cons

(voor de overheid (in vermomming), mede tegen de achtergrond van het algemeen belang en de publieke middelen)

(voor andere actoren, mede tegen de achtergrond van het vrije maatschappelijke domein)

*Martijn Scheltema* werpt de vraag op of de burgerlijke rechter rechtstreeks toetst aan de beginselen of indirect toetst via andere instrumenten van het privaatrecht (open normen)?

Voor *Chris Jansen* gaat het erom dat bij de redenering en beoordeling door de burgerlijke rechter de bijzondere positie van de overheid en de belangen waar de overheid voor staat en moet borgen blijken te worden meegenomen. Nederlands privaatrechtelijk jurisprudentieonderzoek laat zien dat het niet zoveel uitmaakt of dat gaat via de uitdrukkelijke benoeming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of dat je deze onbesproken laat en het via de open normen van het privaatrecht gaat. De tweede opmerking is dat de beoordeling van de beginselen in het privaatrecht via open normen (de indirecte toetsing) niet zo vaak voorkomt als de gevallen waarin de partij rechtstreeks aan de rechter vraagt of de overheid een beginsel heeft geschonden en dat de rechter dit moet toetsen. Dit is dan geen indirecte toetsing, maar rechtstreekse toetsing.

*Claire Fornoville* merkt op dat ze even wil ingaan op hetgeen er voor de pauze is gezegd. Ze vond het interessant om te horen dat de rechtstreekse toetsing ook



niet gebeurt naar Nederlands recht als sprake is van entiteiten die een vennootschapsvorm aannemen, wat ook verklaart dat het moeilijker zou zijn om de rechtstreekse toetsing naar Belgisch recht toe te passen. Dit spanningsveld bestaat in België bij uitstek omdat het Belgische begrip ‘administratieve overheid’ veel breder gaat en dat daar toepassingen zijn waarbij we - net in het commerciële handelen - toch wel aanvoelen dat het net minder gepast is. Als we kijken naar Invest-NL dan is dat blijkbaar iets waar Nederland ook mee worstelt.

Een Nederlandse expert sluit zich aan bij Claire Fornoville. Hij heeft tevens behoefte om terug te komen op hetgeen voor de pauze is gezegd dat ook een brug kan slaan naar het wenselijke recht. Er wordt vervolgens ingegaan op een eerdere opmerking over het wetsconflict. Daar wordt verschillend over gedacht, met name over de vraag of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van een hogere waarde kunnen zijn dan de wet. Dit is een discussiepunt waar ook in Nederland nog mee geworsteld wordt. Het overstijgt het vraagstuk van het privaatrechtelijk overheidshandelen en het is een meer algemene vraag. In Nederland is dit heel actueel, mede naar aanleiding van de kindertoeslag-affaire, waarbij de vraag rees of het evenredigheidsbeginsel van een hogere kracht moest zijn dan bepaalde wettelijke regels.

Een andere vraag over de materie van vandaag betreft Invest-NL. Deze casus heeft te maken met de aard van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. We zijn bezig met het vergelijken van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur met categorieën uit het privaatrecht, zoals de redelijkheid, de billijkheid, de goede trouw, de maatschappelijke zorgvuldigheid. De reactie gaat ook in op de vraag of het vanuit Nederlands perspectief wat uitmaakt of je de privaatrechtelijke of de publiekrechtelijke categorieën toepast als rechter. Het zou prettig zijn om scherper voor ogen te hebben of de normen werkelijk verschillen van aard of dat alles teruggaat op één grote behoorlijkheidsnorm. De vraag wordt afgesloten met een voorbeeld van het Nederlands recht betreffende een wetsvoorstel waaruit hij afleidt dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van andere aard zijn dan de redelijkheid, de billijkheid en de maatschappelijke zorgvuldigheid. Dit voorbeeld gaat over het onderwijs, namelijk het middelbaar beroepsonderwijs en dit sluit ook aan bij Raymond Schlössels die ingaat op het hoger onderwijs. In Nederland is het middelbaar beroepsonderwijs georganiseerd met behulp van privaatrechtelijke rechtspersonen. Er ligt nu een wetsvoorstel op tafel om de rechtsbescherming van de middelbare scholieren te verbeteren. Een uitgangspunt is dat de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur verbetering van de rechtsbescherming met zich zal brengen. Op dit moment zijn deze scholen nog niet gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur omdat het

privaatrechtelijke rechtspersonen zijn. Hier is een vraag in de Tweede Kamer over gesteld of het wat uitmaakt. Dit maakt ook de vraag omtrent Invest-NL een stuk scherper. De Tweede Kamer en het middelbaar beroepsonderwijs gaan ervan uit dat dit een wereld van verschil maakt. Er zijn kamervragen gesteld dat het middelbaar beroepsonderwijs een jaar de tijd krijgt om zaken anders te organiseren, niet alleen procedureel en intern maar ook op het vlak van het toepasselijk recht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Die eis is enkel zinvol als je veronderstelt dat het in materiële zin wat verandert. Als zo de verhalen gehoord worden van de civilisten in dit geval, lijkt de strekking te zijn dat de rechter met beide gangen wel uit de voeten kan en hetzelfde resultaat kan bereiken. Zelfs als je met beide werelden hetzelfde kan bereiken, gaat het er echter ook om of de instanties zelf de regels juist toepassen voordat zaken bij de rechter komen. Zij moeten ook zelf in staat zijn om te weten wat zij wel of niet moeten doen.

*Chris Jansen* antwoordt dat in de situatie dat je nu niet gebonden bent aan de beginselen, maar straks misschien wel, dat betekent dat je de business daarop gaat afstemmen. Vanwege het feit dat je expliciteert dat je aan de beginselen gebonden bent, ga je ook meer over en vanuit de beginselen nadenken. Als je vervolgens naar de beoordelingskant gaat van de rechter, dan blijkt dat het niet zoveel uitmaakt. Als beoordelaars van de rechterlijke uitspraken kan je daar niet zoveel aan doen, maar zou je misschien willen dat we uitspraken gevonden hadden waarbij je kon zeggen dat expliciete toepassing van de beginselen tot een ander oordeel had geleid. Er wordt gevraagd om voorbeelden van zaken waarin de burgerlijke rechter tot een slecht oordeel komt omdat er onvoldoende aandacht is besteed aan de beginselen.

*Kurt Willems* signaleert dat de Belgische privaatrechtelijke preadviseurs dezelfde opmerking maken als Chris Jansen langs de Nederlandse kant, namelijk dat het op het eerste gezicht niet zoveel lijkt uit te maken. Bij het aangaan van de onderwijsrechtelijke discussie in België was het aanvoelen dat het enkel iets uitmaakt wat betreft de formele beginselen van behoorlijk bestuur (in de zin van ‘moeten we horen?’ en ‘moeten we schriftelijk motiveren?’), maar dat het inhoudelijk niet echt uitmaakt. Of we nu gebonden zijn door de beginselen van behoorlijk bestuur of door de beginselen van behoorlijk contractshandelen, we moeten in beide gevallen hetzelfde doen, met name behoorlijk handelen.

*Jeroen Delvoie* wil het iets scherper stellen dan in de paper. Hij geeft aan dat ze niet tot de slotsom komen dat het niet uitmaakt. Wat ze wel opmerken is dat als ze keken naar de privaatrechtelijke rechtsnormen, bij deze open normen ruimte is om binnen die normen met de specificiteit van de overheid rekening te

houden. Voor partijen is het dus mogelijk om argumenten te ontwikkelen op basis van privaatrechtelijke normen die ontleend zijn aan het overheidskarakter. Jeroen Delvoie geeft aan dat ze hebben vastgesteld dat het niet zoveel gebeurt en dat hij bijgevolg volledig akkoord is met wat een Belgische expert eerder in de dialoog op dat punt zei. Desondanks is er ruimte voor. Dit is iets anders dan te zeggen dat het geen verschil zou uitmaken. Jeroen Delvoie stelt er persoonlijk van overtuigd te zijn dat als er hem wordt gevraagd om het dossier zo op te bouwen dat het de rechterlijke toetsing zal doorstaan en de normen die je gaat toepassen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn *versus* het verbod van rechtsmisbruik, redelijkheid en billijkheid, goede trouw, enzovoort, dat zijn taak in het eerste geval moeilijker zal zijn. In de paper werd ook aangegeven dat de voorbeelden die worden gegeven - los van het formeel karakter van het orgaan dat optreedt - toch altijd eerder over overheidsgebonden taken gaan.

Stel je daarentegen een zuiver contractuele discussie voor tussen een overheid en een leverancier, waar ook op het privaatrechtelijk handelen van een overheid de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zouden zijn. De overheid zou bij de uitoefening van een bepaald recht uit dat contract (bv. een opzegging, een strafbeding) de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moeten toepassen. De beslissing om het contract te beëindigen zal gemotiveerd moeten worden en het redelijkheidsbeginsel, evenredigheidsbeginsel, zorgvuldigheidsbeginsel en andere beginselen zullen gerespecteerd moeten worden. Deze aspecten maken volgens Jeroen Delvoie wel een verschil. Het zou een hogere standaard opleveren dan het algemeen criterium van het verbod van rechtsmisbruik dat vereist dat een zorgvuldig persoon niet de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht. Dit is ook beleidsmatig belangrijk. Jeroen Delvoie verschilt daar toch van mening met een aantal eerdere sprekers.

*Raymond Schlössels* stelt dat eerder een prikkelend dilemma naar voren is gebracht. Hij geeft aan dat een antwoord op zijn vraag of het verschil maakt, afhangt of je het dogmatisch of empirisch en praktisch beantwoordt. Een voorbeeld is het Nederlandse garagebedrijf dat tevens autokeuringen verricht. Dat kan naast een commercieel bedrijf ook een keuringsstation zijn. Als je dit dogmatisch bekijkt en het garagebedrijf schaft meetapparatuur aan voor de keuring van auto's dan is het bedrijf gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Wordt dezelfde meetapparatuur aangeschaft voor de garage-werkplaats, dan is het puur privaatrecht. Dit maakt niet veel uit in de praktijk en dit werkt ook goed. Als je echter dogmatisch kijkt naar een APK-keuringsstation dan is het gebonden aan een heleboel fundamentele noties, zoals non-discriminatie, waar de ondernemer niet bij stilstaat. Het maakt dus

wel uit, maar het hangt ervan af hoe je ernaar kijkt. Puur dogmatisch maakt het veel uit.

Een expert vanuit Nederland heeft een proefschrift geschreven over semi-publieke instellingen en de vraag in hoeverre die aan publiekrechtelijke normen zijn gebonden. Hij heeft daarin ook jurisprudentieonderzoek verricht omtrent de vraag in hoeverre niet-bestuursorganen zijn gebonden aan publiekrechtelijke beginselen en hoe de burgerlijke rechter daarmee omgaat. Hij gaat in op het eerder aangehaalde punt en vraagt zich af of we een probleem hebben. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid zou het helpen als de burgerlijke rechter een algemene norm meer kan terugbrengen naar een specifieke norm en 'het beestje bij de naam noemt'. We hoeven de burgerlijke rechter daar niet in te onderschatten omdat de burgerlijke rechter ook soms aangeeft dat het een ongeschreven regel van privaatrecht is. Dit zie je bijvoorbeeld terug in de jurisprudentie bij wooncorporaties waarbij het gelijkheidsbeginsel is ingepast als een beroep op onrechtmatige daad. Maar het zou goed zijn als de burgerlijke rechter het beestje bij de naam noemt omdat het beginsel op die manier verder ontwikkeld kan worden en rechtssubjecten beter weten waar ze aan toe zijn.

Het is daarnaast ook een gemeenschappelijk beginsel want het gelijkheidsbeginsel geldt ook in het publiekrecht. Er wordt vanuit Nederlandse zijde gevraagd of het toch niet zou helpen om daarin te differentiëren en niet alleen te denken in een glijdende schaal van meer of minder publiek belang. Het is ook belangrijk om te denken in het kader van meer of minder macht, waarbij ook gedacht mag worden aan de publieke macht door private instellingen. Het noemen van de normen bij de naam is ook een vraag aan de privaatrechtelijke experts om daarover na te denken.

Een andere vraag is of we het leerstuk niet breder moeten trekken in empirisch onderzoek? Een deelnemer vanuit Nederland merkt op dat er veel wordt nagedacht vanuit de gedachte dat de overheid privaatrechtelijke rechtspersonen inzet voor het behartigen van het publiek belang. Inmiddels zijn wij in een tijd gekomen waarin grote multinationals laten zien dat er veel privaatrechtelijke initiatieven zijn die zich vanuit zichzelf begeven in het publieke domein en zich opstellen als soort van overheden. Als we kijken naar het onderzoeksterrein, wordt opgemerkt dat we het veel breder moeten trekken en dat grote instellingen die geen banden hebben met de overheid maar zich wel gedragen als overheid en veel macht hebben die moet worden geduid, ook gezien kunnen worden als publieke machten.

Een Belgische expert vindt de vraag 'of het verschil uitmaakt' een boeiende. Hij is het er volledig mee eens dat de civiele rechter ermee weg kan in concrete situaties, aangezien het open normen zijn en hij daar in veel gevallen voldoende

aan heeft. In België moet de rechter opletten dat hij niet wordt gecasseerd door het Hof van Cassatie. Er bestaan twee cruciale verschilpunten. Ten eerste is er de veronderstelling dat de invulling in de rechtspraak casuïstisch is. In België is er evenwel discussie over de schadevergoeding bij een kennelijk onredelijk ontslag. Uit een analyse van de rechterlijke uitspraken blijkt dat er wel degelijk een lijn in de jurisprudentie zit. Als je het zorgvuldigheidsbeginsel generaliseert dan is daar sprake van een uitgesproken lijn van diligent optreden van de werkgever in de brede zin van het woord. Vanuit de theorievorming is het van belang om vast te stellen dat de rechtspraak bij het toepassen van de open normen meer consistent is dan men zou denken als men enkel naar de beslissing kijkt.

Een tweede punt dat de Belgische deelnemer aanhaalt, is: ‘Wat te doen bij leemten in de wetgeving?’. Dergelijke leemtes zijn de reden waarom het motiveringsbeginsel in het arbeidsrecht ter sprake is gekomen in de paper. Bij gebrek aan concrete richtlijnen hanteert de arbeidsrechter de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ter invulling van de leemten, en met de steun van het Grondwettelijk Hof kan dit ook. Volgens de expert bestaat daar een belangrijke signaalfunctie van de rechter. Hij vermeldt twee gelijkaardige situaties die zich in België hebben voorgedaan. Een eerste betreft de goede trouw bij elektriciteitsafsluitingen. In de jaren tachtig van de vorige eeuw rees er hier discussie over waarop de vrederechters massaal de goede trouw en het redelijkheidsbeginsel toepasten. Vervolgens kwam de wetgever tussen, na dit signaal van de vrederechters. Een tweede situatie betreft de sancties in het sociale zekerheidsrecht. De algemene beginselen werden ook in de jaren tachtig van de vorige eeuw opgeworpen, waarna het Handvest Sociale Zekerheid tot stand werd gebracht als een bevestiging van de algemene beginselen. Men baseerde zich daarbij op de rechtspraak. Wij zijn vergeten dat dit tot stand kwam in dialoog met de rechter die een signaal gaf via de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Geconfronteerd met significante rechtspraak, gaat de wetgever niet zelden ingrijpen. Het is de taak van de wetgever om de leemte op te vullen en dat is ook wat het Grondwettelijk Hof in België probeert te zeggen. Vaak fungeren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur hierbij als een hefboom.

*Martijn Scheltema* merkt op dat er een aantal vraagpunten wordt opgeworpen in de discussie. Hoe moeten we de multinationals in de klauwen gaan houden die in feite deels hun eigen staat aan het creëren zijn? Moeten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor dergelijk handelen ook van toepassing zijn? Of moet naar heel andere soorten systemen worden gegrepen? In het internationaal recht moeten dergelijke bedrijven zich in het licht van VN-raamwerken houden aan allerlei mensenrechten. Er zijn ook klachtprocedures

gecreëerd waarin beginselen gelden die enorm lijken op hetgeen in het bestuursrecht vooropgesteld is, bijvoorbeeld in hoofdstuk 9 van de Awb. Gaat de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur in dit geval helpen?

*Raymond Schlössels* geeft aan dat hij terughoudender en sceptisch is over de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op dat terrein. Hij vraagt zich af *wie* de overheid is en *wat* de overheid is. Grote internetbedrijven moeten niet gezien worden als overheid, dat gaat te ver. Het probleem van de machtsconcentratie wordt wel erkend. In dat geval wordt meer het geschetste tweede scenario verwacht. We moeten inzetten op de bescherming van grondrechten, ook juist door de overheid, maar de overheid moet ook zorgen dat de multinationals die in acht nemen. Of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur veel kunnen betekenen voor deze materie is niet zeker. Deze beginselen zijn ontwikkeld voor het overheidsbegrip, voor het uitoefenen van openbaar gezag en formeel gezien komt het handelen van een multinational niet in de buurt van dit gezag. Dat een bedrijf macht heeft, betekent nog niet dat je tevens overheidsgezag hebt. Veel feitelijke macht maakt je nog geen overheidsinstelling.

Een expert vanuit Belgische hoek wil graag repliceren op de vraag omtrent multinationals. De expert geeft aan dat daarbij niet uit het oog mag worden verloren dat die wel degelijk aan eigen regels worden onderworpen. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om regels rond consumentenbescherming die vanuit het Europees recht worden opgelegd waar ook geen onevenwicht mag zijn in contracten met consumenten. Ook de regeling rond General Data Protection Regulation (GDPR), de regels rond anti-trust en het mededingingsrecht geven houvast. De multinationals hebben al een hele cluster aan regels die misschien niet altijd even adequaat zijn, maar je kan je wel de vraag stellen - en op dat vlak is de Belgische expert het volledig eens met Raymond Schlössels - of je die algemene beginselen van behoorlijk bestuur daar wel nodig hebt. De beginselen zijn heel 'overheidseigen' en het toepassingsgebied is op maat van de overheid geschreven - los van haar privaatrechtelijke equivalenten. De overheid is volgens de expert de kern, de Staat, de regio's, de publiekrechtelijke rechtspersonen die daaraan hangen, en diegene die met openbaar gezag zijn bekleed. Daar zou het moeten eindigen, en al het overige is een zaak van het privaatrecht waar via de open normen rekening kan worden gehouden met de specifieke machtssituatie waarin een werkgever zich ten opzichte van een werknemer kan bevinden (bv. een grote telecomoperator ten opzichte van zijn cliënt). Maar daar dienen de open normen voor.

De Belgische expert vervolgt dat met betrekking tot de invulling van de open

normen door de rechters niet mag worden vergeten dat het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht in België een jurisprudentieel recht is. Op basis van een zin in het Burgerlijk Wetboek is een volledige rechtspraak ontwikkeld. Om de beginselen te stroomlijnen, is een oefening aan de gang om die beginselen te consolideren in een wet. Het voordeel van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur meer prominent op specifieke overheidsrechtspersonen van toepassing te maken, is het bieden van houvast. Niet alleen voor de rechter die weet dat hij de beginselen moet toepassen, tevens voor de rechtzoekende die weet dat er een aantal beginselen duidelijk van toepassing zijn op bepaalde entiteiten. De rechtzoekende kan zijn verweer hier vervolgens rond opbouwen, zonder dat er moet worden gewerkt rond open normen waarvan hij niet *a priori* weet hoe de rechter er mee zal omgaan. Dit is het grote voordeel van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

*Kurt Willems* verwoordt het iets wit-zwarter door te stellen dat dit een pleidooi is om de open normen *versus* de beginselen van behoorlijk bestuur uit elkaar te houden, met de kwalificatie van ‘overheid’ als afbakenend criterium omtrent welk van de twee je dan toepast.

Van Nederlandse zijde wordt gereageerd op de opmerking over grote multinationals (in het publieke domein). Over dit onderwerp bestaat al heel lang jurisprudentie van de Nederlandse burgerlijke rechter die gaat over de monopoliepositie bij bedrijven. Dit betreft de zogenaamde ‘Brinkmann jurisprudentie’ uit 1968.<sup>6</sup> Deze jurisprudentie is toegepast op de nutsbedrijven en daarbij is aangeknoopt bij misbruik van bevoegdheid die lijkt op het willekeurbeginsel en het evenredigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze manier van toetsing wordt al erkend in Nederland. Er is ook veel congruentie tussen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de beginselen die de Nederlandse civiele rechter toepast op basis van de wet zoals de hoorplicht, het vertrouwensbeginsel en het motiveringsbeginsel. Deze beginselen zijn op veel plaatsen bekend in het civiele recht, soms zelf in specifieke bepalingen. Het verschil is niet zwart-wit maar er zijn heel veel grijstinten. Het vermeende ‘rechtstekort’ is vrij klein.

Wat betreft de ja/nee toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: deze zit naar zijn mening niet in de vraag of de betrokken entiteit een bestuursorgaan is of niet. Als je de SKV-uitspraken bestudeert dan zit daar wel meer ruimte in.<sup>7</sup> De vrees daar is dat het alleen kijken naar de vraag of een entiteit een taak van algemeen belang heeft en financiering van de

<sup>6</sup> HR 24 mei 1968, NJ1968, 252 (*Buma/Brinkmann*).

<sup>7</sup> Zie bijvoorbeeld HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:AE9249.

overheid krijgt, om de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing te doen zijn, deze toepassing te breed maakt. Langemeijer benoemt in zijn conclusie de milieuactiebewegingen die ook aan deze voorwaarde voldoen maar waarbij het gek zou zijn als deze aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gebonden zouden zijn. Bij de nutsbedrijven met een publieke taak is het te verklaren dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn, ook al zijn die duidelijk geen bestuursorganen in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Enige relativering is dus gepast. Bij multinationals ligt het weer lastiger.

*Martijn Scheltema* merkt op dat dit een nuttige nuancering was via oudere rechtspraak over de nutsbedrijven. Nutsbedrijven doen eerder een min of meer publieke taak, terwijl het bij de multinationals natuurlijk de vraag is of dit ook zo is. De vraag wordt opgeworpen of dit per se een verschil zou moeten uitmaken. In het kader van de consumentenbescherming worden wellicht ook al zaken gebruikt gelijkaardig aan hetgeen er in het kader van bescherming tegen de overheid bestaat, waarbij die beginselen misschien ook een rol kunnen spelen.

Er rijst ook nog de vraag in hoeverre er fundamenteel verschil zou moeten zitten tussen hoe er wordt omgegaan met ‘echte’ overheden en private instellingen die een overheidstaak uitoefenen. Het lijkt erop dat het antwoord net is gegeven in de richting dat dit eigenlijk niet nodig is, maar er wordt voorgesteld dat er nog kan worden gedifferentieerd naargelang de aard van de overheidstaak. Is het niet anders of het bijvoorbeeld bevoegdheidsovereenkomsten betreft, of dat het gaat om een overheid die potloden inkoopt? Maakt het nog uit of we een echte overheid hebben, een publiekrechtelijk rechtspersoon, een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, 1, a Awb, of een private entiteit die een overheidstaak uitoefent?

*Jeroen Delvoie* is het niet helemaal eens met de visie die er op dit ogenblik langs Belgische zijde gaat domineren. Zowel Stéphanie De Somer als een Belgische expert hebben respectievelijk in hun paper en tussenkomst bepleit dat ‘een overheid een overheid is’ en dat het niet zou mogen uitmaken of die overheid nu publiekrechtelijk of privaatrechtelijk handelt. Jeroen Delvoie begrijpt dit standpunt vanuit het idee dat het niet enkel in het belang van de rechtsbescherming is, maar omdat je van de overheid verwacht dat ze altijd in het algemeen belang handelt - dat ze altijd het meest kristalheldere water schenkt. Hij vindt dit echter een moeilijk standpunt omdat je aanloopt tegen het feit dat je gelijke situaties ongelijk en ongelijke situaties gelijk aan het behandelen bent. Jeroen Delvoie geeft het voorbeeld waarbij het contractrechtelijk leveren van potloden, wc-papier, papier aan een overheidsadministratie toch niet erg



verschillend is van het geval waarin een bedrijf printpapier aan Microsoft levert. Er is geen dwang en eenzijdigheid, het bedrijf *moet* niet leveren aan de overheid, en de contractuele relatie lijkt heel erg op die van een contractuele relatie met Microsoft. Wanneer je een huis zou willen bouwen maakt het daarentegen wel een groot verschil of het gaat om de vraag met welke aannemer je zal werken, dan wel of de gemeente je al dan niet een bouwvergunning zal afleveren. Het eerste bevindt zich in de contractuele relatie, maar het tweede is een overheidsprerogatief met sanctie en dwang. Als vervolgens wordt gezegd dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks op *al* het overheidshandelen moeten worden toegepast dan krijg je een aantal merkwaardige breuklijnen. Als een contractuele discussie rijst over het printpapier met de klant, dan zou het in die visie een essentieel verschil moeten maken of die klant een overheidsinstantie of Microsoft is. In het eerste geval moet je de algemene beginselen toepassen, de leverancier eventueel horen, bij de opzegging het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel toepassen, motiveren etc., en moet de rechter dit allemaal toetsen. In het tweede geval is het enkel het contractenrecht, met eventueel wat open normen zoals rechtsmisbruik. Dat lijkt toch een fundamenteel ander verhaal. Terwijl de situatie vanuit het oogpunt van de leverancier niet heel verschillend is. Waarom moet een leverancier die aan overheden levert zoveel beter beschermd zijn? In dat geval ben je gelijke situaties ongelijk aan het behandelen (tenzij je in het verlengde van de discussie over multinationals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing acht in de relatie met Microsoft, maar dat is een heel andere discussie). In dat geval komt Jeroen Delvoie bij zijn eerdere punt: het zijn wel degelijk twee verschillende standaarden. In het andere voorbeeld (aannemer vs. bouwvergunning) zou dan weer vanuit diezelfde logica van “de overheid is altijd de overheid” hetzelfde rechtskader worden toegepast op heel verschillende situaties, nl. de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zowel op de contractuele discussie over het wcpapier/printpapier als op de situatie waarin de burgemeester een bouwvergunning gaat weigeren. Dat wordt dan gelijk behandeld, terwijl dit volgens Jeroen Delvoie heel verschillende situaties zijn. [De vraag welke rechtsbescherming ik nodig heb wanneer mijn klant mijn printpapier niet goed vindt, is van een heel andere orde dan de wanneer de burgemeester mijn bouwvergunning weigert omdat mijn dochter de zijne uit de lokale voetbalploeg houdt]. Hij vindt de op eerste gezicht logische insteek van “de overheid is altijd de overheid” vanuit die optiek niet zo evident en pleit er vervolgens ook niet voor om die algemene beginselen van behoorlijk bestuur zo breed te gaan toepassen in België.

*Stéphanie De Somer* vindt de analyse van Jeroen Delvoie correct indien er vanuit wordt gegaan dat het doel van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vooral het corrigeren van een gelijkheidsrelatie tussen de overheid en de bestuurden is. Volgens *Stéphanie De Somer* zijn we daar echter toch al een stukje voorbij. Als de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur op publiekrechtelijke actoren zou worden beperkt tot die gevallen waarin de overheidsactor openbaar gezag uitoefent, zouden we *de facto* kunnen zeggen dat ze nooit van toepassing zullen zijn aangezien dit begrip eng wordt ingevuld naar Belgisch recht. Er bestaat een andere belangrijke doelstelling achter de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het Grondwettelijk Hof ook benadrukt in zijn recente rechtspraak, zijnde dat de overheid zorgvuldig moet handelen, in het algemeen belang. In deze context is het ook belangrijk dat de overheid met overheidsgeld/belastinggeld werkt. Als je dit in het achterhoofd houdt, dan mag je wel verlangen van de overheid dat ze ook in de ‘contractuele’ relatie die beginselen van behoorlijk bestuur respecteert.

Vanuit België wordt aangegeven dat het voorbeeld van de aankoop van potloden net het voorbeeld is dat het tegendeel aantoonst omdat de wetgeving op overheidsopdrachten de aanbestedingsbeginselen van invloed laat zijn op een bepaald aankoopbeleid.

*Jeroen Delvoie* reageert daarop dat hij met dit voorbeeld de uitvoering van de overeenkomst op het oog heeft. Waar de wetgever *niet* via bijzondere wetgeving van het civiele recht afwijkt, moet men dat ook respecteren.

## **Afsluiting**

### **Lidy Wiggers-Rust**

Lidy Wiggers-Rust constateert dat we helaas alweer aan het einde zijn gekomen van deze bijzonder interessante gedachtewisseling. Zij dankt de moderatoren Martijn en Kurt voor hun soepele en mooie leiding van de dialoog. Zij dankt ook de auteurs-sprekers die niet alleen uitstekend materiaal hebben geschreven maar daarnaast een voortrekkersrol hadden in de dialoog. Alle lof en dank ook aan experts om daaraan zo goed mee te doen!

Niet vergeten mogen worden Marie DeCock en Céline Jaspers die de meeting online voor ons verzorgden, terwijl we benieuwd zijn naar de verslaglegging van de meeting door Marin Coerts voor Nederland en Marie DeCock voor België.

Al wat we hebben gehoord, en dat is heel veel, zal nog eens goed worden doorgedacht en in een bundel worden neergelegd, die ook op de website van het Platform ([www.recht-in-dialoog.eu](http://www.recht-in-dialoog.eu)) zal worden geplaatst. Daarover zullen de deelnemers aan deze meeting nog worden geïnformeerd. De middag zal ons helpen bestuursrecht en privaatrecht beter te kunnen overzien. Gelet op de vervagende grenzen tussen die gebieden hebben we daaraan allen in toenemende mate behoefte.

*Voorlopige inhoudelijke afronding*

Mogelijk kunnen we voor dit moment concluderen dat toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur op alle overheidshandelen in Nederland een gegeven is. Tussen materiële en formele beginselen is niet echt onderscheid zichtbaar. Anders in België, waar de toepassing van de beginselen met name ziet op publiekrechtelijk handelen van de overheid en het antwoord op de vraag of dit ook voor privaatrechtelijk handelen zou moeten gelden niet uniform is. Sprake is daar mede onder invloed van Europees recht en grondrechten wel van een groeiprocess. We hebben voor Nederland (met een zekere parallelle voor België) verhelderd dat bij gebruikmaking van privaatrechtelijke instrumenten als de redelijkheid en billijkheid en de betamelijkheid betekenis pleegt te worden toegekend aan de bijzondere hoedanigheid van de handelende partij en de door deze behartigde belangen, zodat, ook als niet (expliciet) wordt verwezen naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, niet voor een rechtstekort behoefte te worden gevreesd. Verder empirisch onderzoek wordt voorgestaan. Het voorgaande neemt overigens niet weg dat het, ook als het gaat om indirecte toetsing via open normen, wel zinvol is (dat kan ook in Nederland veel beter) deze beginselen te benoemen: dat zal tot concretere toetsing leiden, de rechtseenheid bevorderen en de mogelijkheid van onderlinge beïnvloeding van publiek- en privaatrecht (de osmose) vergroten. Het vertrouwen van in het bijzonder de publiekrechtelijke juristen in het privaatrecht zal daarmee tevens gediend zijn. Over de eventuele verruiming van het toepassingsbereik van de beginselen moet nog nader worden gepuzzeld. Verder onderzoek kan hier de weg wijzen. Daarin zullen dan pro's en cons, die vandaag nog niet aan de orde kwamen, kunnen en moeten worden meegenomen.

Een afsluitende borrel wordt 'koud gezet' voor een volgende keer!

De derde expertmeeting, die zal gaan over het verhaal van door de overheid gemaakte kosten, vindt plaats op 15 oktober 2021, zo snel omdat de meeting van vandaag werd uitgesteld in verband met Covid-19. Opnieuw zal worden gestreefd naar een representatieve groep van experts. Mochten er vanuit de vergadering ideeën dan wel wensen zijn voor onderwerpen dan wel andere

feedback dan worden deze graag op het e-mailadres van het Platform tegemoet gezien.

Lidy Wiggers-Rust dankt allen nogmaals en wenst een mooi Pinksterreces toe!

## **Platform publiek- en privaatrecht in dialoog**

deelnemerslijst expertmeeting van 21 mei 2021

### **Nederland**

- Mr. dr. L. (Laura) Di Bella, advocaat De Brauw
- Prof. mr. R. (Ruth) de Bock, advocaat-generaal parket Hoge Raad der Nederlanden
- Prof. mr. B.J. (Bart Jan) van Ettekoven, voorzitter Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en hoogleraar staats- en bestuursrecht, in het bijzonder bestuursprocesrecht en overheidsaansprakelijkheidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam
- Mr. P. (Paul) Glazener, raadsheer gerechtshof Den Haag
- Mr. J.J. (Joost) van der Helm, senior raadsheer gerechtshof Den Haag
- Mr. D.J. (Dennis) Hesemans, Ministerie van Justitie en Veiligheid,
- Mr. G.M. (Gerry) ter Huurne, hoofddirecteur Bestuurlijke en Juridische Zaken bij het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat
- Mr. dr. N. (Niels) Jak, Universitair Docent Afdeling Staats- en bestuursrecht VU
- Mr. F.F. (Frans) Langemeijer, (oud-) plv. procureur-generaal Hoge Raad
- Prof. mr. dr. M.J. (Rianne) Jacobs, raadviseur bij het Ministerie van Justitie en Veiligheid
- Prof. mr. Chr. (Chris) Jansen, hoogleraar privaatrecht en co-directeur van het Centre for Public Contract Law & Governance (CPC) VU
- Prof. mr. G. (Gerdy) Jurgens, Staatsraad Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en honorair hoogleraar bestuursrecht UU
- Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren, hoogleraar staats- en bestuursrecht VU
- Prof. dr. R. (Rolf) Ortlep, hoogleraar OU, vakgroep staats- en bestuursrecht en encyclopedie
- Mr. S. (Sophie) Prent, onderzoeker VU
- Prof. mr. M.W. (Martijn) Scheltema, advocaat en hoogleraar civiel recht EUR
- Prof. R. (Raymond) Schlössels, hoogleraar staats- en bestuursrecht RUN
- Mr. G. (Gerbrant) Snijders, advocaat-generaal parket Hoge Raad der Nederlanden
- Prof. mr. G. (Gerrit) van der Veen, advocaat AKD en bijzonder hoogleraar milieurecht RUG

- Prof. mr. R.J.G.M. (Rob) Widdershoven, hoogleraar Europees bestuursrecht Universiteit Utrecht en advocaat-generaal voor bestuursrecht
- Mr. dr. L.F. (Lidy) Wiggers-Rust, raadsheer in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en raadsheer-plaatsvervanger in het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB)

## **België**

- Mevr. Françoise Auvray, doctoraal onderzoeker Instituut voor verbintenissenrecht KU Leuven, advocate
- Mevr. Tina Coen, doctoraal onderzoeker en gastdocent VUB
- Prof. Daniel Cuypers, Universiteit Antwerpen
- Prof. Stefanie De Somer, Docent Vrije Universiteit Brussel, deeltijds docent UAntwerpen, Advocaat Balie Brussel
- Prof. Jeroen Delvoie, Vrije Universiteit Brussel (VUB), advocaat Eubelius
- Mevr. Claude Fornoville, advocate Eubelius
- Prof. Geert Jocqué, afdelingsvoorzitter Hof van Cassatie, KU Leuven
- Mevr. Isabelle Larmuseau, gastdocent KU Leuven, advocate LDR
- Prof. Steven Lierman, KU Leuven, Universiteit Antwerpen
- Mevr. Ria Mortier, eerste advocaat-generaal Hof van Cassatie
- Prof. Frederik Peeraer, Universiteit Antwerpen, doctor-assistent UGent
- Prof. Stefan Rutten, Universiteit Antwerpen
- Dhr. Eddy Storms, eerste voorzitter Dienst van de Vlaamse Bestuursrechtscolleges, lecturer UGent en KU Leuven
- Prof. Steven Van Garsse, UHasselt en UAntwerpen, advocaat Equator
- Prof. Frederik Vandendriessche, UGent, advocaat Stibbe
- Prof. Kurt Willems, KU Leuven, advocaat
- Prof. Aube Wirtgen, VUB, advocate Eubelius

## **Verslaglegging**

- Mr. Marin Coerts, promovendus Staats- en bestuursrecht; Faculteit Rechtsgeleerdheid (VU)
- Mr. Marie DeCock, doctoraatsbursaal bestuursrecht (Universiteit Hasselt); wetenschappelijk medewerker (Universiteit Gent).