

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

Privaatrechtelijk preadvies België

Prof. dr. Jeroen Delvoie (Vrije Universiteit Brussel en advocaat Balie Brussel)

Mr. Claire Fornoville (advocaat Balie Brussel)

INHOUD

1. INLEIDING: ZOEKTOCHT NAAR DE JUISTE (PRIVAATRECHTELIJKE) INVALSHOEK	2
2. DE TOEPASSING VAN DE ABBB OP HET PRIVAATRECHTELIJK HANDELEN VAN DE OVERHEID	6
2.1. ALGEMEEN.....	6
2.2. EEN GEVALSTUDIE: DE BENOEMING EN HET ONTSLAG VAN OVERHEIDSBESTUURDERS.....	9
2.2.1. <i>Inleiding</i>	9
2.2.2. <i>Benoeming en ontslag bij koninklijk besluit</i>	11
2.2.2.1. Benoeming.....	11
2.2.2.2. Ontslag	12
2.2.3. <i>Benoeming en ontslag door de algemene vergadering</i>	15
3. DE ROL VAN PRIVAATRECHTELIJKE NORMEN VAN BEHOORLIJK HANDELEN	18
3.1. INLEIDING.....	18
3.2. CONTRACTUELE NORMEN VAN BEHOORLIJK HANDELEN.....	19
3.2.1. <i>Inleiding</i>	19
3.2.2. <i>Totstandkoming van de overeenkomst: sterk publiekrechtelijk gekleurd</i>	19
3.2.3. <i>Uitvoering van de overeenkomst</i>	23
3.2.3.1. Inleiding	23
3.2.3.2. Sluiswerking via de goede trouw? Een systematisch rechtspraakonderzoek	23
3.2.3.3. Voorzichtige conclusie	29
4. NEMEN PRIVATE PERSONEN MET EEN TAAK VAN ALGEMEEN BELANG NOG EEN BIJZONDERE PLAATS IN?	32
4.1. ALGEMEEN.....	32
4.2. TWEE BIJKOMENDE ELEMENTEN VOOR HET DEBAT	33
5. BESLUIT – SAMENVATTING VAN ONS ANTWOORD.....	37

1. INLEIDING: ZOEKTOCHT NAAR DE JUISTE (PRIVAATRECHTELIJKE) INVALSHOEK

1. **Vertretpunt.** 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.¹ 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” moet doen. Er bestaat bij ons weten enkel in het Belgisch publiekrecht theorievorming hierrond 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 *nihil 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

¹ 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.

behoorlijk bestuur op welbepaald handelen van de overheid al dan niet van toepassing zijn. Het antwoord op die vraag komt het publiekrecht toe.²

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.³ 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, onderscheidde wij bij aanvang van dit onderzoek alvast drie potentieel relevante variabelen.⁴

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 privaatsorganisatierecht (aanvullend) van toepassing is.⁵ 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.⁶

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 zijn⁷: 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 zelfs het zuivere zakenrechtelijk handelen (de revindicatie van een privaat domeingoed, de vordering tot uitzetting van krakers...) kan in die categorie worden ondergebracht.

² 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.

³ 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 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).

⁴ 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.

⁵ 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**”).

⁶ Typevoorbeeld: overheidsbedrijven in de zin van de Wet van 21 maart 1991.

⁷ Zo uitzonderingen op zouden zijn, dan lijken zij voor de voorliggende analyse niet zo relevant.

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 onderneming⁸; 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 studievoortgang⁹; een nutsbedrijf (Elia, Fluxys) legt kabels of leidingen aan op/over private grond (per hypothese mits gebruik van “imperiumrechten” zoals onteigening of wettelijke erfdiensbaarheden).
- 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 VOO¹⁰.

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

Wij hopen dat de discussie binnen het platform ons zal toelaten in deze matrix verdere ijkpunten aan te brengen. Maar wij vertrekken van de starthypothese dat het niet evident is (en hoe dan ook geen taak die primair “privaatrechtelijke” 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?

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 beschouwen¹¹, 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.¹² Het gros van deze resultaten heeft evenwel alsnog betrekking op publiekrechtelijk handelen van de overheid (onder meer inzake fiscaliteit, sociale zekerheid¹³, onteigening of het opleggen van administratieve boeten).¹⁴

Tien uitspraken betroffen de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur op de beëindiging van arbeidsovereenkomsten.¹⁵ 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

¹¹ 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.

¹² 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.

¹³ Eén 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 verhouding 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.

¹⁴ 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 een 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).

¹⁵ Arbrb. Antwerpen 28 mei 2018, rolnr. 17/916/A; Arbeidsrechtbank Bergen 8 december 2015, rolnr. 2014/AM/422; Cass. 12 oktober 2015, rolnr. AR S.13.0026.N; Arbeidshof Brussel 3 september 2010, rolnr. 2009/AB/052094, Arbeidshof Antwerpen, 20 april 2009, rolnr. 2070536, Nederlandstalige Arbrb. Brussel, 29 januari 2009, rolnr. 08/1558, Gent 10 november 2008, rolnr. 08/595; Arbrb. Luik, 9 november 2008, rolnr. 34.045/06; Arbrb. Antwerpen 2 oktober 2008, rolnr. 2147/2007; Arbrb. Brussel 30 mei 2006, rolnr. 45.959.

toepassing zijn op overheidsbeslissingen in het kader van de uitvoering van overeenkomsten¹⁶, 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 die de beginselen van behoorlijk bestuur op de bevoorrechte positie van de overheid aanbrengen.¹⁷

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 uitvoeringsgeschied.¹⁸

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.¹⁹ 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 veegen 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.²⁰ Strikt technisch bekeken, insinueert het Hof hier dat een contractuele fout (mede) uit een inbreuk van de ABBB kan worden afgeleid. Maar het argument 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

¹⁶ Cass. 12 oktober 2015, AR S.13.0026.N., RvS 27 september 2016, nr. 235.871.

¹⁷ Cass. 12 oktober 2015, AR S.13.0026.N., concl. Adv. Gen. Verlinden.

¹⁸ In het volgende hoofdstuk gaan we dan na of de ABBB *onrechtstreeks* doorwerken via privaatrechtelijke open gedragsnormen, zoals het verbod van rechtsmisbruik.

¹⁹ Brussel 30 juni 2009, 2006AR1907.

²⁰ Gent 16 oktober 2006, RW 2007-2008, 785.

leveranciers van de Staat altijd met vertraging rekening moete houden, m.a.w. dat de Staat qua betalingssnelheid tot een *lagere* gedragsnorm dan een private partij gehouden zou zijn.²¹

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.²² 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 overheid²³ 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.²⁴ Die toetsing gebeurt dan door de Raad uiteraard 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

²¹ Gent 16 oktober 2006, *RW* 2007-2008, 785 (nr. 6).

²² Gent 9 november 2009, 2007/AR/2057.

²³ Minstens in interpretaties van dit begrip die we niet *a priori* kunnen uitsluiten.

²⁴ Opnieuw is het een mogelijk om die gevallen dan niet als “privaatrechtelijk handelen” te bestempelen. Maar dat verschuift enkel het probleem opnieuw naar de zone van de conceptuele voorvraag (“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.

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 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 publiekrechtelijke preadvies. 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.²⁵ 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 zullen mogen maken van hun meerderheidsmacht.²⁶ Om hun vertegenwoordiging in het bestuursorgaan te verzekeren, gebeurt het regelmatig dat aandeelhouders voordrachtrechten bedingen in de statuten of in aandeelhoudersovereenkomsten.²⁷ Het komt ook voor dat aandeelhouders in aandeelhoudersovereenkomsten stemafspraken maken om voor elkaars voorgedragen kandidaten te stemmen.²⁸

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

²⁵ 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.

²⁶ 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.

²⁷ J. PATTYN, *Aandeelhoudersovereenkomsten*, Gent, Larcier, 2012, 148-153. C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, Brussel, Swinnen, 1982, p. 92.

²⁸ 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.

plerumque fit het federale regime op basis van de Wet van 21 maart 1991 nemen.²⁹ 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.³⁰ 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”³¹. 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 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”³² in overheidsbedrijven bij koninklijk besluit (vastgesteld na overleg in de Ministerraad) benoemd en ontslagen.³³ 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.³⁴ 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).

²⁹ Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven (de “Wet van 21 maart 1991”).

³⁰ 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 te 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.

³¹ 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.

³² 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).

³³ Artikel 18, § 2 van de Wet van 21 maart 1991.

³⁴ Artikel 162bis, § 2 resp. 207, § 2 van de Wet van 21 maart 1991.

- Benoeming of ontslag van een gewone bestuurder bij NMBS: publiek-publiek-publiek (NMBS is een publiekrechtelijke rechtspersoon die hoofdzakelijk³⁵ 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 van bestuurders gebeurt bij besluit van de algemene vergadering).
- Benoeming of ontslag van een bestuurder bij Proximus sinds 2016³⁶: 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).

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.³⁷ 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

³⁵ 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.

³⁶ 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.

³⁷ RvS, Matthis, nr 118.044, 4 april 2003. 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.

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.³⁸

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.

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.³⁹ Overheidsbestuurders, alsook de voorzitter van de raad van

³⁸ RvS, Matthis, nr 118.044, 4 april 2003, p. 12-13.

³⁹ 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**").

bestuur en de gedelegeerd bestuurder, 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.⁴⁰ Interessant is uiteraard dat het privaat 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.⁴¹ De FPIM-wet verklaart het privaat 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 privaat vennootschapsrecht al te onbehoorlijk ontslag beteugelt⁴², maar ook hier verhoudingsgewijs slechts zeer marginaal. De omstandigheden in de 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.⁴³ Geconfronteerd met een stilzwijgen van de (publiekrechtelijke) organieke wet die de rechtspersoon in kwestie beheerst, is het bij ontslag minder evident het privaat

⁴⁰ RvS nr. 234.543 van 26 april 2016, 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 er 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.

⁴¹ 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 duaal 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.

⁴² Zie bijvoorbeeld B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 259-284.

⁴³ 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”.

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.⁴⁴ De organieke 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.⁴⁵ 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.⁴⁶ 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.⁴⁷ 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 schepenen⁴⁸ 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-medcontractant 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 overheidsbedrijf. 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.⁴⁹

⁴⁴ 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, ihb. p. 157-206; K. GEENS en M. WYCKAERT, *Algemeen deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 446-449; B. TILLEMANN, *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 révocation des administrateurs dans le Code des sociétés et des associations”, *TRVRPS* 2020, afl. 1, 39.

⁴⁶ Zie hierover het publiekrechtelijke preadvies van S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, p. 30 e.v.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Zoals in het geval van de zaak die tot het cassatiearrest van 12 oktober 2015 aanleiding gaf.

⁴⁹ En ook sinds de recente wetwijziging (WVV) suppletief nog steeds niet aanwezig zijn.

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.⁵⁰ 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 vergadering⁵¹ overeenkomstig het privaatrecht worden benoemd en ontslagen, maakt dit dan een verschil?

19. **Recente wetwijzigingen.** 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.⁵² Met de wet van 3 augustus 2016⁵³ 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 activiteiten enerzijds en hun beursgenoteerd karakter anderzijds.⁵⁴ 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 bieden⁵⁵, 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 wetwijziging 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.⁵⁶ De zaak zal aan de gewone rechter moeten worden voorgelegd.

⁵⁰ GwH 6 juli 2017, nr. 86/2017.

⁵¹ Of, in het nieuwe duaal bestuursmodel, de leden van de directieraad door de raad van toezicht

⁵² 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.

⁵³ Wet van 3 augustus 2016 houdende diverse bepalingen inzake spoorwegen, *BS* 7 september 2016.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake mobiliteit, *Parl. St. Kamer*, 2015-2016, 54-1889/1, 4, 6-7,

⁵⁶ 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

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 opkijken 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 toepasselijkheid van de ABBB niet relevant is, indien hij van een organieke overheid uitgaat en minstens deels op een publieke taak betrekking heeft.⁵⁷ Of de handeling zelf (qua vorm dus) publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk is, maakt volgens 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 een bijdrage vanuit publiekrechtelijke invalshoek. 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.⁵⁸

Het recente arrest GEMIS van de Raad van State lijkt ook in die richting te gaan.⁵⁹ Op vordering van een gepasseerde kandidaat, vernietigde de Raad de benoeming van een onafhankelijke bestuurder bij de naamloze vennootschap van publiekrecht Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel⁶⁰, en dit onder meer wegens inbreuken op de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel, in het bijzonder de verplichting tot behoorlijke en correcte feitenvinding.⁶¹ 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 privaatsvenootschapsjurist 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.

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.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ RvS 9 juli 2019, nr. 245.124, G. GEMIS t. NV Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel.

⁶⁰ Intussen gekend onder de naam Lantis.

⁶¹ RvS 9 juli 2019, nr. 245.124, G. GEMIS t. NV Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel, nrs. 16-32.

22. **Diepere infiltratie in het privaatrecht?** Indien het voorgaande klopt, dan rijst de vraag waar de grens ligt. De Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel 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.⁶² Vanuit het publiekrecht zou misschien zelfs het onderscheid tussen benoeming bij koninklijk besluit of regeringsbesluit enerzijds (zoals in de arresten MATHIS 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 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.

⁶² Art. III.41 Bestuursdecreet.

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.⁶³ Recent gaan in de rechtsleer 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 voorgehouden⁶⁴.

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 handelen⁶⁵ 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 domeingood zet, een zakelijk recht revindiceert, of een erfdiensbaarheid afdwingt. Maar een eerste snelle scan van de rechtspraak leverde te weinig zuivere voorbeelden op.⁶⁶

⁶³ 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 MEERBECK (ed.), *La distinction entre droit public et droit privé*, Anthemis, 2018, (77) 117 ; 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, 39.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ Althans op het vermogensrechtelijke vlak. Het personen- en familierecht is uiteraard voor de overheidshandelen minder relevant.

⁶⁶ Discussies over eigendom, opstal, erfpacht etc. gaan vaak over de contractuele afspraken rond de vestiging of de overdracht van het zakelijke 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. 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.⁶⁷ De rechter die de vraag krijgt of 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 uitkammen, 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.⁶⁸ Gekend in dit verband, zijn de voorbeelden van overheden en overheidsrechtspersonen die activa verkopen of rechten (tegen

⁶⁷ W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins?*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 27-28.

⁶⁸ W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Overeenkomsten met de overheid”, *TPR*, 1987, (1709) 1745.

betaling) toekennen aan particulieren zonder een vorm van mededinging te organiseren, en daarvoor op de vingers worden getikt.⁶⁹

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 contractweigerings 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.⁷⁰ Deze discussies leveren wel potentieel interessante grensanalyses op. Want de inbreuk op het gelijkheidsbeginsel wordt vervolgens door de burgerlijke rechter aanvaard⁷¹ 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”

⁶⁹ 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)]. »

⁷⁰ Daarnaast zullen ook de staatssteunregels de vrijheid van de overheid om onderhands te verkopen beperken.

⁷¹ 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, *NJW* 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), *NJW* 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. VI. 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.

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” kwalificeert. 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.⁷²

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.⁷³ 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 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.⁷⁴ 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.

⁷² Tenzij in de specifieke gevallen waarin de wetgeving overheidsopdrachten van toepassing is op private partijen, maar dan wordt de analyse uiteraard zuiver overheidsopdrachtenrechtelijk.

⁷³ 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.

⁷⁴ 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.

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.⁷⁵ 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 zijn⁷⁶, maar wil Nethys ook niet helemaal uit het publiekrechtelijke zwaartekrachtveld loslaten⁷⁷. 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 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 gelijkheidsbeginsel⁷⁸ 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 kant⁷⁹, 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.

⁷⁵ 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.

⁷⁶ Zie *supra*, rn. 44 en 45.

⁷⁷ Vz. Orb. Luik 29 juni 2020, p. 75. Zie verder ook p. 55, p. 62, p. 64, p. 66.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ Vz. Orb. Luik 29 juni 2020, p. 6-8 en 36-68.

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 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 onereuzer 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?⁸⁰ 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.

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.⁸¹ We kozen om ons te concentreren op de databanken “juportal” en deden een aanvullende opzoeking in stradalex (kolom 1).⁸²

⁸⁰ Zoals o.m. verdedigd 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, 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).

⁸¹ 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.

⁸² 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.

We zochten op de woorden goede trouw (zonder aanhalingstekens⁸³), “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).⁸⁴ 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 opzoekingen 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).⁸⁵ Binnen deze resultaten onderzochten we of de gevonden uitspraken betrekking hadden op een situatie 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 niet echt inhoudelijk 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.⁸⁶ 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 (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.

⁸³ 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.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ De auteurs wensen Lene Verhaegen en Jarne Jacobs uitdrukkelijk te bedanken voor hun hulp bij deze oefening.

⁸⁶ 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 konden worden toegepast nu zij het gelijke mededingingsrecht en de op voorhand gegarandeerde gelijke toepassing op alle mededingers in de weg staan. 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 imprevisie leer 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)

35. **Overzicht.** Het resultaat van dit onderzoek gaat in de onderstaande tabel. Hieronder bespreken we kort onze bevindingen van dit onderzoek.

	Databank (1)	Zoekterm (2)	Instantie (3)	Jaartallen (4)	Aantal zaken (5)	Selectie partij (6)	Contr. Beoord. Goede trouw (7)
1	juportal	goede trouw (zonder aanhalingstekens)	hoven van beroep	geen afbakening	156	18	5
2	juportal	bonne foi (met aanhalingstekens)	hoven van beroep	vanaf 2010	92	6	0
3	juportal	goede trouw (zonder aanhalingstekens)	cassatie (burgerlijk recht)	vanaf 2010	52	9	1
4	juportal	bonne foi (met aanhalingstekens)	cassatie (burgerlijk recht)	vanaf 2010	112	4	1
5	juportal	rechtsmisbruik	hoven van beroep	vanaf 2010	25	4	1*
6	juportal	abus de droit (met aanhalingstekens)	hoven van beroep	vanaf 2010	44	5	0
7	juportal	rechtsmisbruik	cassatie (burgerlijk recht)	vanaf 2010	120	14	1*
8	juportal	abus de droit (met aanhalingstekens)	cassatie (burgerlijk recht)	vanaf 2010	90	10	1*
9	stradalex	rechtsmisbruik	hoven van beroep	vanaf 2015	207	4	0
10	stradalex	abus de droit (met aanhalingstekens)	hoven van beroep	vanaf 2015	122	11	0
TOTAAL					1020	85	7

Resultaten die in de kolom (7) werden aangeduid met een sterretje, wijzen erop dat deze resultaten reeds naar voren gekomen waren uit de hogere opzoekingen.

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* opzoekingen 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).⁸⁷ 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.

⁸⁷ Antwerpen, 16 juni 2014, 2012AR2172.

- 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.⁸⁸ 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 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 te beroepen.
- De Belgische Staat vordert uitbetaling van verzekeringsdekking voor een ongeval, en de verzekeraar betwist dat dekking verschuldigd is.⁸⁹ 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 waterwegen in ruil voor betaling van een jaarlijkse “cijns”.⁹⁰ Halverwege de jaren 2000, beslist De Scheepvaart de cijnszen 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

⁸⁸ Brussel, 1 april 2009, *MER* 2010, afl. 2, p. 79.

⁸⁹ Brussel 15 oktober 2012 - 2009AR2041.

⁹⁰ Antwerpen 4 september 2014, *T.Aann.* 2016, afl. 4, 348-376, noot P. FLAMEY en A. LIPPENS.

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 schietgebedje 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.⁹¹ 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-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, om te vormen.⁹² 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 der rechter in die omstandigheden

⁹¹ Antwerpen, 28 januari 2013, 2011AR707.

⁹² Cass. 8 februari 2001; 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.

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, 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).

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 gegooid.⁹³ Eerder had de huurster zelf zich al eens aan sluikestorten 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*”.⁹⁴ 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.⁹⁵ 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 imprégner toutes leur décisions telles que la modification ou la résiliation du bail*”.⁹⁶ Hoewel de maatschappij dus inderdaad haar opzegging formeel gezien niet moet motiveren, is sprake van rechtsmisbruik wanneer ze té lichtzinnig onbewezen fouten aanneemt om tot opzegging over te gaan en daarbij een 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 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.⁹⁷

⁹³ Rb. Antwerpen (5e B kamer), 6 januari 2014, *TBO* 2014, afl. 1, 39-40.

⁹⁴ 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^e kamer, 8 mei 2013, *RW* 2014-2015, afl. 389, 1513-1514.

⁹⁵ Vred. Ciney 9 november 1988, *RRD* 1989, 322.

⁹⁶ Vred. Ciney 9 november 1988, *RRD* 1989, 325.

⁹⁷ 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

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. 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 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.⁹⁸

Eenzijds 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.⁹⁹ In de juiste feitenconstellatie 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”¹⁰⁰, 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.¹⁰¹

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 *beperven* 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

“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 huurprijzberekening maakte en daar later niet op zou terugkomen; de rechter lijkt hier een cocktail te maken van de ABBB en het privaatrechtelijke vertrouwensbeginsel).

⁹⁸ Vergelijk de gelijkaardige analyse bij: 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) 198-199.

⁹⁹ 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 MEERBEECK (ed.), *La distinction entre droit public et droit privé*, Anthemis, 2018, (77) 117-118.

¹⁰⁰ In de materiële betekenis, wat afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan betekenen: consulteren, diens zienswijze in rekening nemen, alternatieven overwegen enzovoort.

¹⁰¹ Als had die zaak uiteraard als eigenheid dat *beide* partijen overheden waren.

partijen dezelfde prijs boden, omdat KBC een veel lager niveau van contractuele garanties¹⁰² 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 beklagen, zou de Staat o.i. kunnen aanvoeren dat deze beoordeling gelet op de omstandigheden van het geval met deze ABBB-gerelateerde elementen rekening 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.¹⁰³ Net zoals bij de buitencontractuele zorgvuldigheidsnorm¹⁰⁴, 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.¹⁰⁵

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.¹⁰⁶ 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.¹⁰⁷ Illustratief in dit verband is de rechtspraak die perken stelt aan het gebruik van de enac bij het afsluiten van nutsvoorzieningen wegens niet-betaling.¹⁰⁸ Enigszins verwant hiermee zijn de discussies over exoneratieclausules 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

¹⁰² 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).

¹⁰³ I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, , p. 438.

¹⁰⁴ W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins?*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 27-28.

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, p. 677-678.

¹⁰⁷ 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..

¹⁰⁸ 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. STORME; 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.

de rechtsverhouding (reglementair of contractueel), de continuïteit van de openbare dienst en de ABBB.¹⁰⁹

¹⁰⁹ 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, "Exoneratieclausules", in A. VAN OEVELEN (ed.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2003, 29.

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 uiteindelijk niet het geval is omdat de “overheidstaak” 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.¹¹⁰

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.¹¹¹ 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 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. 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 invoeren, 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.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ 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

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.

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*”.¹¹² 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.¹¹³

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 kader van ons onderzoek identificeerden, die mogelijk toch nuttig zijn voor het ruimere debat.

¹¹² 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.

¹¹³ 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.

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.¹¹⁴

We zien dit in de eerste plaats in de verhouding tussen de gebruiker en de verstrekker van de publieke dienst, ongeacht de privaot- of publiekrechtelijke rechtsvorm van die verstrekker. Die evolutie werd ingezet in geschillen tussen nutsbedrijven en gebruikers, maar reikt intussen verder.¹¹⁵ Ingevolge de steeds striktere decretale regeling van sociale verhuurcontracten, lijkt die beweging zich nu ook door te zetten in de sociale huisvestingssector.¹¹⁶ We zien dit daarnaast in de verhouding tussen de overheid en de verstrekker van de publieke taak, bijvoorbeeld in het kader van beheersovereenkomsten¹¹⁷, al gaat het ook in 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.¹¹⁸

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 privaot” 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

¹¹⁴ Maken dezelfde vaststelling: S. LIERMAN, P. VAN DE WEYER, K. VANDORMAEL, “Overheidscontracten in het Belgisch recht: besturen op de snijlijn van het privaot- en publiekrecht”, *TPR* 2016, 526.

¹¹⁵ 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 VAN OEVELEN, A.; 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, “Normenhiërarchie 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?”, *R.W.* 1990-91, (137), p. 138. Zie in dezelfde zin, Antwerpen, 18 december 2000, *RW* 2002-03, afl. 40, 1587.

¹¹⁶ Cass. 9 september 2016 [●].

¹¹⁷ 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 Koekelberg 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)

¹¹⁸ 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.

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.

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 2019¹¹⁹. 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).¹²⁰ 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.¹²¹ 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 ondernemingsbegrip omvat sinds de inwerkingtreding van de wet van 15 april 2018¹²² principieel elke rechtspersoon.¹²³ 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.¹²⁴ Dat perkt de

¹¹⁹ 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.

¹²⁰ 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. SORREAU, “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.

¹²¹ 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.).

¹²² Wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht.

¹²³ Artikel I.1° WER.

¹²⁴ “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.

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.¹²⁵ 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 nieuwe sluis, waarbij o.i. niets de rechter tegenhoudt om bijvoorbeeld het “kennelijk 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 spanningsveld kan opleveren. Het hiaat in de rechtsbescherming zit hier immers eerder aan de publieke kant. Een rechter die gewoon is bepaalde contractuele praktijken en -bedingen tussen ondernemingen te sanctioneren (bv. bij een bestelling van nieuwe bussen door Keolis voor gebruik op “verpachte” buslijnen¹²⁶), 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.

¹²⁵ 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.

¹²⁶ Dit zijn buslijnen waarvoor De Lijn private busbedrijven als onderaannemer inschakelt.

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 Belgische privaatrecht te beantwoorden (*supra*, titel 1). Het toepassingsgebied van de ABBB is een essentieel publiekrechtelijke vraag. Het onderscheid tussen “publiekrechtelijk” 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 publiekrechtelijk vs. privaatrechtelijk overheidshandelen.

47. **Civiele rechter.** Het is alvast niet zinvol om voor het onderzoek de bevoegde rechter als alleenzaligmakend 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 wanneer hij te oordelen heeft over “publiekrechtelijk” overheidshandelen (bijvoorbeeld in geschillen over fiscaliteit, sociale zekerheid, economische regulering of administratieve geldboeten). 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.

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 afbakeningsoeijlijkheden 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 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 mededinging 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 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 weggkomen. 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 ABBB – in een zaak van een private persoon die een publieke taak uitoefent dan in een zaak van een overheidsrechtspersoon die zuiver commercieel handelt.