

**ZIJN DE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK  
BESTUUR VAN TOEPASSING OP  
ARBEIDSCONTRACTEN IN DE PUBLIEKE  
SECTOR?**

**Rob VALKENEERS,**  
*Advocaat, Omnius Advocaten*



---

**INHOUD**

<b>§ 1. Inleiding</b>	315
<b>§ 2. Materieel toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur:</b>	
<b>theoretische visie</b>	316
2.1. Compenserende (of waarborgende) functie	317
2.1.1. Compensatietheorie	317
2.1.2. Kritiek op de compensatietheorie	319
2.1.3. Beperkt toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur	321
(a) Voordelen	321
(b) Nadelen	323
2.1.4. Conclusie	328
2.2. Instrumentele functie	329
2.2.1. Bescherming van het individueel én algemeen belang	329
2.2.2. Alternatief voor de compensatietheorie	333
2.2.3. Ruim toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur	334
(a) Voordelen	334
(b) Nadelen	335
2.2.4. Conclusie	337
<b>§ 3. Materieel toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur:</b>	
<b>toetsing aan de rechtspraktijk</b>	338
3.1. Afwezigheid van regelgeving ter zake	339
3.2. Standpunt van de burgerlijke rechter	339
3.3. Standpunt van het Grondwettelijk Hof	350
3.4. Standpunt van de toezichhoudende overheden en het Rekenhof	350
3.5. Standpunt van de Raad van State	354
3.5.1. Theorie van de afsplitsbare handeling	356
3.5.2. Controle op het bestuurlijk toezicht	360
3.6. Conclusie	362
<b>§ 4. Oplossingen uit het Nederlandse recht</b>	363
<b>§ 5. Algemene conclusie</b>	366



*Dit artikel beoogt een antwoord te geven op een controversiële vraag in het arbeidsrecht: zijn de beginselen van behoorlijk bestuur al dan niet van toepassing op (arbeids) contracten in de publieke sector?*

*Na een korte situering van het probleem (§ 1), volgt er een theoretisch deel (§ 2). In dit theoretische deel onderscheidt de auteur twee functies van de beginselen van behoorlijk bestuur: een compenserende en een instrumentele functie. Beide functies kan men gebruiken om het materiële toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur te bepalen. De voor- en nadelen die hieraan verbonden zijn, komen aan bod. Daarna worden deze theoretische inzichten afgetoetst aan de Belgische rechtspraak (§ 3). Ten slotte wordt inspiratie gezocht in het Nederlandse recht (§ 4). De wetgever heeft daar al bepaald dat de overheid ook bij de uitvoering van haar contracten de beginselen van behoorlijk bestuur moet naleven. Het artikel eindigt met een algemene conclusie en een oproep aan de wetgever om de controverse te beslechten (§ 5).*

*La présente contribution tend à répondre à une question controversée en droit du travail : les principes de bonne administration sont-ils applicables aux contrats, en particulier aux contrats de travail, dans le secteur public ?*

*Une brève présentation de la controverse (§ 1) est suivie d'un exposé théorique (§ 2). L'auteur y distingue deux fonctions des principes de bonne administration : la fonction compensatoire, de garantie du citoyen contre la liberté de l'administration, et la fonction instrumentale, d'outil tendant à améliorer l'action de l'administration. Le champ d'application des principes de bonne administration peut être déterminé à l'aune de chacune de ces fonctions, avec les avantages et les inconvénients que l'article examine. Ces conceptions théoriques sont ensuite vérifiées dans la pratique juridique belge (§ 3). L'auteur cherche alors une source d'inspiration dans le droit néerlandais (§ 4). Dans ce droit en effet, la législation impose à l'autorité de respecter les principes de bonne administration dans l'exécution des contrats. La conclusion aboutit à un appel au législateur, invité à trancher la controverse (§ 5).*



## § 1. Inleiding <sup>(1)</sup>

1. In het Belgische recht aanvaardt men vrij algemeen dat het privaatrecht de overheidscontracten regelt <sup>(2)</sup>. Dezelfde normen die gelden voor de verhouding tussen private werkgevers en hun werknemers, beheersen dan ook *grosso modo* <sup>(3)</sup> de arbeidsovereenkomsten in de publieke sector.

In de 21ste eeuw dook in ons recht echter de vraag op of de beginselen van behoorlijk bestuur, die klassiek van toepassing zijn op eenzijdige bestuurlijke rechtshandelingen, daarnaast ook deze arbeidscontracten in de publieke sector (kunnen) regelen.

Aangezien de overheden de laatste jaren steeds meer contractueel optreden <sup>(4)</sup>, moesten de Belgische rechters zich bezinnen over het antwoord op de vraag welke normen nu precies van toepassing zijn wanneer er geschillen rijzen over de interpretatie, uitvoering of beëindiging van overheidscontracten. De rechtspraak en rechtsleer reageren echter erg verdeeld (zie *infra*, onder § 3). Overheden weten daardoor niet meer welke plichten zij moeten naleven in hun contractuele sfeer en de (arbeids)contractanten kunnen evenmin op voorhand inschatten welke hun rechten zijn.

Zolang men deze fundamentele vraag in het Belgische recht niet op een eenduidige wijze beantwoordt, zal er op dit grensgebied van het publiek- en privaatrecht een onbehaaglijk gevoel van rechtsonzekerheid blijven bestaan.

2. In dit artikel wordt enkel onderzocht of de beginselen van behoorlijk bestuur doorwerken in overheidscontracten, in het bijzonder in arbeidsovereenkomsten in de publieke sector (*materieel toepassingsgebied* van de beginselen van behoorlijk bestuur).

De (rechts)gevolgen die kunnen voortvloeien uit de eventuele toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur, blijven dus buiten beschouwing. Dit is een bewuste keuze om de omvang van dit artikel binnen redelijke grenzen te houden.

(1) Dit artikel kwam tot stand in het raam van een FWO-onderzoek aan de Universiteit Antwerpen, onder leiding van prof. dr. R. JANVIER, prof. dr. I. OPDEBEEK en prof. dr. W. RAUWS.

(2) De (betwistbare) leer van het administratief contract laat ik in dit artikel buiten beschouwing.

(3) Specifieke regels zijn soms niet van toepassing: zo zijn bijvoorbeeld de collectieve arbeidsovereenkomsten principieel niet van toepassing op arbeidsovereenkomsten in de publieke sector (art. 1, § 3 Wet 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités).

(4) Vooral het aantal arbeidscontractanten in de publieke sector is spectaculair gestegen. Hoewel de toepasselijke regelgeving blijft voorschrijven dat de contractuele tewerkstelling enkel in een beperkt aantal situaties is toegelaten, blijkt dat bijna de helft van het gehele overheidspersoneel in België een arbeidsovereenkomst heeft (en dus niet langer ambtenaar is). Er zijn echter grote verschillen tussen de verschillende bestuursniveaus. Op het niveau van de lokale besturen is de contractuele tewerkstelling niet langer de uitzondering, maar de norm. Zie I. DE WILDE, S. AERTS en R. JANVIER, *De eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden van het (contractueel) overheidspersoneel*, Brugge, die Keure, 2014, 13-19. Voor statistische gegevens: zie [www.pdata.be](http://www.pdata.be).

Aldus biedt dit artikel **geen** (uitdrukkelijk) antwoord op de volgende vragen:

- moeten ook private personen de beginselen van behoorlijk bestuur respecteren en zo ja, wanneer (*personeel toepassingsgebied* van de beginselen van behoorlijk bestuur)?
- hoemoeten conflict worden opgelost tussen de beginselen van behoorlijk bestuur en andere toepasselijke rechtsregels en beginselen (uit het arbeidsrecht)<sup>(5)</sup>?
- welke sanctie moet de burgerlijke rechter toepassen bij schending van de beginselen van behoorlijk bestuur?
- is het wenselijk om een dual systeem in het arbeidsrecht te introduceren, waarbij strengere regels zouden gelden voor overheden-werkgevers?
- zijn specifieke rechtsregels uit het bestuursrecht (formele motiveringswet, openbaarheid van bestuur) ook van toepassing op overheidscontracten?

Hierna volgt eerst een theoretisch deel over de functies van de beginselen van behoorlijk bestuur (§ 2) die bepalend zijn voor het toepassingsgebied. Daarna wordt bekeken in hoever de huidige standpunten in de rechtspraak overeenstemmen met deze theoretische analyse (§ 3). Ten slotte wordt kort de situatie in Nederland toegelicht (§ 4) om te eindigen met een algemene conclusie (§ 5).

## **§ 2. Materieel toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur: theoretische visie**

**3.** Aangezien de beginselen van behoorlijk bestuur meestal ongeschreven zijn, hebben zij geen precies omlind (materieel) toepassingsgebied en is het dus niet duidelijk of zij ook mogen worden toegepast op contractuele overheidshandelingen.

Om het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur theoretisch af te lijnen, is het noodzakelijk om zich eerst af te vragen welke de theoretische functies of doelstellingen van deze beginselen zijn. Deze functies van de beginselen kan men immers aanwenden om op normatieve wijze het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur te bepalen<sup>(6)</sup>. Afhankelijk van welke functie men precies toekent aan deze beginselen, zal het toepassingsgebied dus kunnen verruimen of inkrimpen.

**4.** De rechtsleer heeft deze functies geformuleerd om de beginselen van behoorlijk bestuur beter te plaatsen in een ruimer theoretisch raamwerk dat op zich ook aan wijzigingen onderhevig is. De functies zijn dan ook niet altijd precies objectief kenbaar en evolueren op een dynamische wijze mee met de rechtstheorie.

(5) Zie voor een synthese: P. POPELIER, "Het vertrouwensbeginsel versus het legaliteitsbeginsel: het kalf is verdronken, maar wanneer dempt men de put?" (noot onder Cass. 15 februari 2013), *AFT* 2013, 50-55. Voor zeer uitvoerige theoretische beschouwingen: I. HACHEZ e.a. (eds.), *Les sources du droit revisitées*, Limal, Anthémis, 2012, IV delen.

(6) Dit werd in het Belgische recht blijkbaar voor het eerst opgemerkt door F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 44-45.



Gelet op het voorgaande, is een volstrekt objectieve analyse van deze functies dan ook wat moeilijker te geven. Wel is het mogelijk om de verschillende functies te overlopen en de voor- en nadelen die verbonden zijn aan het afbakenen van het toepassingsgebied aan de hand van deze functies, te overdenken. Zo kan men nagaan welke benadering theoretisch verkieselijk is.

5. De recente literatuur <sup>(7)</sup> onderscheidt twee <sup>(8)</sup> belangrijke juridische functies: de 'compenserende of waarborgende functie' (2.1.) en de 'instrumentele functie' (2.2.). Deze functies, en de voor- en nadelen die aan deze functies verbonden zijn bij het bepalen van het toepassingsgebied van de beginselen, komen hierna aan bod.

## 2.1. Compenserende (of waarborgende) functie <sup>(9)</sup>

### 2.1.1. Compensatietheorie

6. In de traditionele liberale democratieën schonk men het vertrouwen aan de democratisch verkozen wetgever <sup>(10)</sup>. Het bestuur had slechts een zeer beperkt takenpakket en de rechterlijke controle van het bestuur was beperkt tot een legaliteitscontrole, waarbij enkel werd nagegaan of het bestuur de wet respecteerde. Een buitenwettelijke controle van de kwaliteit van de bestuurshandelingen is niet meteen aan de orde <sup>(11)</sup>.

7. Aan het begin van de twintigste eeuw ondervond de Nederlandse rechtsleer echter moeite om verschijnselen als *delegatie van wetgevende bevoegdheid* en de *toename van vage wetteksten* te verklaren in het destijds geldende beeld van het bestuursrecht <sup>(12)</sup>. Door deze evolutie in het recht gaf de wetgever de afweging van het algemeen belang tegenover individuele belangen uit handen aan het bestuur <sup>(13)</sup>. Naarmate het

(7) Zie bv. P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 20-23. Vergelijk ook E. VAN DE VELDE, 'Afspraken' met de fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen, Gent, Larcier, 2009, 299-303.

(8) De rechtsleer vermeldt ook de "preventieve en repressieve (jurisdictionele) functie". Zie bv. P. NICOLAÏ, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Kluwer, 1990, 216-222. Dit onderscheid lijkt mij in het raam van deze bijdrage minder relevant en is ook niet strikt te onderscheiden van de andere twee functies. Dit artikel besteedt daarom geen aandacht aan deze preventieve/repressieve functie. Het Hof van Cassatie lijkt minder belang te hechten aan een preventieve functie: zie Cass. 13 januari 2014, AR C.12.0088.N/1.

(9) POPELIER spreekt ook over "garanties tegenover overheidswillekeur". Zie ook over de compenserende functie: P. NICOLAÏ, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Kluwer, Deventer, 1990, 211-216. Vergelijk ook L.M. VENY, J. DE MAERTELAERE en T. DE SUTTER, "De algemene beginselen van behoorlijk bestuur en hun bijdrage tot een democratische werking van de overheid" in M. ADAMS en P. POPELIER (eds.), *Recht en democratie*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 643-644.

(10) P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 20.

(11) *Ibid.*, 20.

(12) G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, 236.

(13) P. NICOLAÏ, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Kluwer, Deventer, 1990, 12-17 en 212-213; G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, 2001, 4.

takenpakket van het bestuur in een sociale welvaartsstaat omvattender en complexer werd en het bestuur de individuele en collectieve belangen zelf op een discretionaire wijze ging afwegen, schoot het klassieke legaliteitsbeginsel tekort om burgers te beschermen tegen de risico's op willekeurig bestuur<sup>(14)</sup>. Het bestuur verkreeg daardoor binnen het democratische regime een ongekende bestuurlijke vrijheid.

Door deze toenemende bestuurlijke vrijheid en macht, werd de rechtspositie van de burger sterker bedreigd. Geconfronteerd met deze problemen, poogde de Nederlandse rechtsleer op een reconstructieve wijze deze nieuwe fenomenen te verklaren door in het systeem van het bestuursrecht een nieuw concept te introduceren: de 'terugtrek van de wetgever'<sup>(15)</sup>.

In de twintigste eeuw, zeker na de schokkende ervaringen van de Tweede Wereldoorlog, groeide dan ook het besef dat het wettelijke beschermingsniveau niet langer adequaat was om de burger te beschermen tegen machtsmisbruik door overheden. Oorspronkelijk werd deze waarborgende functie van de beginselen van behoorlijk bestuur dan ook ingebed in een compensatietheorie, waarbij de onderdaan werd gecompenseerd voor zijn verlies aan wettelijke bescherming<sup>(16)</sup>.

**8.** De beginselen van behoorlijk bestuur zijn in deze visie dus in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen om de burger te compenseren voor zijn verlies aan wettelijke waarborgen. De beginselen van behoorlijk bestuur boden dan ook een bijkomende bescherming aan een burger tegen bestuurlijke handelingen binnen de discretionaire ruimte<sup>(17)</sup>. De leemte in de normering die de terugtrekkende wetgever liet ontstaan, is door de rechter opgevuld met ongeschreven rechtsnormen<sup>(18)</sup>.

De belangrijkste doelstelling van de algemene rechtsbeginselen is in die visie dat zij het stilzwijgen, de duisterheid en de onvolledigheid van de wet aanvullen<sup>(19)</sup>.

In deze visie kan men de beginselen van behoorlijk bestuur dan ook niet inroepen tegen de duidelijke (formele) wettekst.

(14) P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 20.

(15) A.A.H. STRUYCKEN, *Administratie of rechter*, Arnhem, Gouda Quint, 1910, 20-24. Zie ook P. NICOLAÏ, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Kluwer, 1990, 12-17 en 211-216; L.P. SUETENS, "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning" in I. OPDEBEEK (ed.) *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1993, 8-11; A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 1-3.

(16) P. NICOLAÏ, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Kluwer, 1990, 211-216. Zie ook E.M.H. HIRSCH BALLIN, "Rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur", *R&R* 1982, 108; G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, 250-251.

(17) G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, 9-10.

(18) R.J.N. SCHLÖSSELS en S.E. ZIJLSTRA, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer, Kluwer, 2010, 388.

(19) Zie VANDEWAL, conclusie bij Cass. 24 juni 2010, AR C.06.0415.N.; zie ook I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentucht*, Brugge, die Keure, 2011, 20.

De juridische functie van de beginselen van behoorlijk bestuur is dan het bieden van aanvullende waarborgen aan de burger tegen de toegenomen vrijheid van het bestuur<sup>(20)</sup>.

### 2.1.2. *Kritiek op de compensatietheorie*

9. De rechtsleer heeft ook kritiek geleverd op deze compensatietheorie.

Bepaalde rechtsgeleerden betwijfelen of de beginselen van behoorlijk bestuur werkelijk tot stand zijn gekomen als een reactie op de toegenomen beleidsvrijheid van het bestuur. Zo zou men te zeer uit het oog verliezen dat de wetgeving uit de negentiende eeuw ook al een grote bestuurlijke beleidsvrijheid inhield<sup>(21)</sup>.

De opkomst van de beginselen van behoorlijk bestuur zou dan vooral kaderen in de ontwikkeling van een vrijer rechterlijk oordeel<sup>(22)</sup>, waarbij een beroep wordt gedaan op ongeschreven recht als de toepassing van de wet in een concreet geval leidt tot een onbillijke uitkomst<sup>(23)</sup>. De opkomst van de beginselen van behoorlijk bestuur zou dan meer aansluiten bij de introductie van de maatschappelijke zorgvuldigheid (objectieve goede trouw) in het burgerlijk recht en de (ongeschreven) rechtvaardigingsgronden in het strafrecht<sup>(24)</sup>.

10. De meest fundamentele kritiek op deze compensatietheorie is echter geformuleerd in het proefschrift van Van der Heijden<sup>(25)</sup>.

Ten eerste is deze theorie volgens de auteur ten onrechte gebaseerd op een historische fictie dat de wetgever in de negentiende eeuw de vrijheid van de burger volledig kon waarborgen tegen inbreuken door het bestuur. De rechtspositie van de negentiende-eeuwse burger en de samenleving uit het verleden worden als een te bereiken ideaal en ijkpunt voorgespiegeld. Van der Heijden betoogt echter dat de maatschappelijke functie van de beginselen van behoorlijk bestuur er juist in bestaat om de samenleving langzaam om te vormen naar een toekomstig en prospectief ideaal van de burgerlijke samenleving, waarin de rechten en de belangen van het individu zoveel mogelijk worden gerespecteerd<sup>(26)</sup>. Verder overweegt hij dat de wetgever zich

(20) G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, 5.

(21) R.J.N. SCHLÖSSELS en S.E. ZIJLSTRA, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer, Kluwer, 2010, 388.

(22) Zie over de vrijere rechtsvinding: W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen Deel, 40 jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen, Kluwer, 2010, 215-271; G.J. WIARDA (bewerkt door T. KOOPMANS), *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer, Kluwer, 1999, 150 p. (eerste druk 1963).

(23) Zie ook K. WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten. De preventieve en jurisdictionele rechtsbescherming bij de gunning van overheidsovereenkomsten in Nederland, Frankrijk en België en de mogelijke invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2009, 105.

(24) R.J.N. SCHLÖSSELS en S.E. ZIJLSTRA, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer, Kluwer, 2010, 388.

(25) G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, 289 p.

(26) G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Tjeenk Willink, 200, 248-249.

nooit in alle gevallen had kunnen uitspreken over hoe de concrete belangen door het bestuur moeten worden afgewogen zodat er geen sprake is van een verlies waarvoor de burger moet worden gecompenseerd <sup>(27)</sup>. Deze compensatietheorie past volgens de auteur ook niet in een moderne opvatting van de sociale rechtsstaat waarin individuele rechten nog voor een belangrijk deel moeten worden gerealiseerd <sup>(28)</sup>.

Ten tweede verklaart deze compensatietheorie weliswaar dat de burger bijkomende rechten heeft verkregen, maar lijkt zij geen afdoende verklaring te bieden voor de bijkomende plichten die rusten op de burger. Zij laat het proces van civilisatie en de beginselen van behoorlijk burgerschap dus onderbelicht <sup>(29)</sup>.

Ten derde plaatst de compensatietheorie de beginselen van behoorlijk bestuur slechts in een passieve en aanvullende rol omdat zij enkel een functie hebben wanneer de wetgever verzuimt. De beginselen van behoorlijk bestuur zouden volgens de auteur echter een meer zelfstandige betekenis hebben <sup>(30)</sup>. De beginselen van behoorlijk bestuur vullen in die visie niet enkel leemtes in de wetgeving op, maar zouden ook tegen de toepassing van de duidelijke wet kunnen worden ingeroepen <sup>(31)</sup>.

**11.** De compensatietheorie past ook wat minder goed in de huidige stand van het recht. Het Grondwettelijk Hof sanctioneert immers inmiddels ook lacunes in de wetgeving <sup>(32)</sup> en de overheid kan ook onder omstandigheden buitencontractueel aansprakelijk zijn wanneer de wetgever nalaat om tijdig wetgeving uit te vaardigen <sup>(33)</sup>.

Aldus rust op de wetgever thans ook de positieve verplichting om wetgevend op te treden en daarbij de algemene zorgvuldigheidsplicht te respecteren.

Gelet op deze positieve plicht die rust op de wetgever om zorgvuldig en tijdig op te treden, zou men verwachten dat in een rechtssysteem dat sterk gereguleerd is, het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur zou inkrimpen, aangezien men minder hiaten zou verwachten die moeten worden opgevuld. Het omgekeerde lijkt echter het geval te zijn.

(27) *Ibid.*, 250.

(28) *Ibid.*, 252.

(29) *Ibid.*, 253-255.

(30) *Ibid.*, 255-256. De auteur geeft daarbij ook een eigen invulling en een ruimere draagwijdte aan de discretionaire en bestuurlijke vrijheid.

(31) Deze mogelijkheid blijft in de huidige stand van het Belgische recht nog steeds controversieel.

(32) In bepaalde gevallen treedt het Grondwettelijk Hof op als een *de facto* positieve kader- of zelfs precisiewetgever, omdat het oordeelt dat bepaalde lacunes in de wetgeving ongrondwettelijk zijn. Het hof geeft derhalve aan hoe de wetgever deze leemtes moet opvullen. Zie daarover: S. SOTTIAUX, "Grondwetsconforme interpretatie. Garantie voor of aantasting van de scheiding der machten?" in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, II, Brugge, die Keure, 2010, 244-251 en de verwijzingen daar; K.-J. VANDORMAEL, "Het recht als logisch consistent systeem – lacunes in de wetgeving", *CDPK* 2011, 32-46.

(33) Cass. 28 september 2006, AR C.02.0570.F/1.

### 2.1.3. *Beperkt toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur*

**12.** Men zou het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur relatief eenvoudig kunnen bepalen (enkel) aan de hand van deze compenserende functie.

De beginselen van behoorlijk bestuur zouden dan alleen relevant zijn als correctie op de uitoefening van bestuurlijke macht wanneer er geen duidelijke wettekst aanwezig is.

In de contractuele sfeer oefent de overheid geen bestuurlijke macht uit<sup>(34)</sup> en heeft zij ook geen bijkomende macht verkregen door een terugtred van de wetgever.

Weliswaar is er in het contractenrecht ook sprake van een terugtred van de 'wetgever' omdat er thans veel meer vormen bestaan van zelfregulering als invulling, aanvulling en alternatief van wetgeving<sup>(35)</sup>, maar de overheid heeft geen bijkomende discretionaire macht gewonnen door deze 'terugtred van de wetgever in het privaatrecht'. Zij heeft immers, net als private partijen, van oudsher genoten van een ruime discretionaire vrijheid om de belangen in een contractuele sfeer tegen elkaar af te wegen. Aangezien de overheid in de contractuele sfeer geen bijkomende (bestuurlijke) macht heeft gewonnen, hoeft de rechter de contractant ook niet te compenseren door bijkomende waarborgen te bieden via de beginselen van behoorlijk bestuur.

Bovendien kan men voorhouden dat er in het contractenrecht (of in het arbeidsrecht dat als rechtsdomein een zekere autonomie kent) voldoende open normen bestaan die de rechter de mogelijkheid geven om lacunes in de wetteksten op te vullen. Aldus zou er voor de burgerlijke rechter geen behoefte bestaan om ter compensatie een beroep te doen op de beginselen van behoorlijk bestuur.

Men zou dus opeen consistente wijze kunnen betogen dat de beginselen van behoorlijk bestuur geen compenserende functie kunnen vervullen in het contractenrecht. Als men *enkel* deze compenserende functie erkent, zullen de beginselen van behoorlijk bestuur geen enkele nuttige functie kunnen vervullen in arbeidsovereenkomsten in de publieke sector (of andere gewone overheidscontracten).

#### (a) *Voordelen*

**13.** Deze visie biedt een aantal belangrijke praktische voordelen: duidelijkheid, werkbaarheid en rechtszekerheid.

De handelingen die de overheid stelt in een contractuele context zijn in deze visie goed te onderscheiden van haar niet-contractuele bestuurlijke machtshandelingen

(34) De Raad van State aanvaardt echter wel dat een (leidinggevende) arbeidscontractant een tuchtsanctie kan opleggen aan een ondergeschikte ambtenaar. Aldus zou men kunnen stellen dat ook in de contractuele sfeer de bestuurlijke macht en de imperiumbevoegdheid een rol blijven vervullen omdat de overheidscontractant aan de bestuurlijke macht kan deelnemen bij het uitoefenen van zijn contractuele functie. Zie RvS 21 november 2008, nr. 188.123, Maes. Voorheen besliste de Raad van State nog anders: RvS 3 juli 2007, nr. 173.120, Bequet. Zie A. DE BECKER, "Kroniek van het Belgische ambtenarenrecht 1999-2008", *RW* 2008-09, 1161-1162.

(35) Zie daarover W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen Deel, 40 jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen, Kluwer, 2010, 292.

(eenzijdige bestuurlijke rechtshandelingen). Binnen een contractuele context is de 'macht' van de overheid immers uiterst beperkt en kan zij bijvoorbeeld niet zonder meer eenzijdige wijzigingen in het algemeen belang doorvoeren<sup>(36)</sup>.

In dat perspectief kan het verantwoord zijn om de contractuele overheidsverhouding juridisch goed te onderscheiden van de bestuursrechtelijke machtsverhouding die bovendien gekenmerkt zou zijn door bijzondere voorrechten<sup>(37)</sup>.

Een dergelijk onderscheid sluit verder aan bij de theorie van de afsplitsbare handelingen (*infra*, nrs. 69-74) en eventueel bij de (betwistbare) theorie van het administratief contract. De Raad van State aanvaardt immers dat de overheid geen bestuurlijke macht uitoefent in haar (meeste) contracten (*infra*, nrs. 69-74).

In deze visie verdedigt men een meer strikte scheiding tussen het publiek- en privaatrecht<sup>(38)</sup> en zal men de contractueel handelende overheid veelal beschouwen als een gewone private persoon (waarop enkel het privaatrecht van toepassing is).

**14.** Dit standpunt biedt ook een grote mate van rechtszekerheid en duidelijkheid: enkel het privaatrecht blijft (in principe) van toepassing op overheidscontracten. De doorwerking van publiekrechtelijke normen zou immers de privaatrechtelijke regels kunnen doorkruisen, de specifieke eigenheid, autonomie en logica van de beide rechtsdomeinen vertroebelen en de toepassing van precieze en gedetailleerde privaatrechtelijke rechtsregels kunnen compliceren of zelfs verhinderen.

Bovendien is het mogelijk dat private personen in de (nabije) toekomst ook meer en meer strengere privaatrechtelijke normen (zoals de hoor- of de motiveringsplicht) zullen moeten naleven bij de uitvoering van hun contractuele plichten, zodat de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur op overheidscontracten dan achteraf gezien ietwat 'geforceerd' kan lijken<sup>(39)</sup>.

(36) Zie voor wat arbeidsovereenkomsten in de publieke sector aangaat: I. DE WILDE, S. AERTS en R. JANVIER, *De eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden van het (contractueel) overheidspersoneel*, Brugge, die Keure, 2014, 327 p.

(37) Zie D. D'HOOGHE en PH. DE KEYSER, "Het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 366-367. Voor een uitgebreide bespreking met betrekking tot deze 'voorrechten': M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Brugge, die Keure, 2001, 791 p. Andere rechtsgeleerden twijfelen echter aan het bestaan van dergelijke 'voorrechten': P. GOFFAUX, *L'inexistence des privilèges de l'administration et le pouvoir d'exécution forcée*, Brussel, Bruylant, 2002, 373 p.

(38) In welke mate het publiek- en privaatrecht (strikt) van elkaar moeten worden onderscheiden, blijft in de rechtsleer erg betwist. Het staat wel vast dat de verhouding tussen het publiek- en privaatrecht doorheen de loop van de geschiedenis zeer wisselvallig is geweest. Voor uitvoerige historische analyses: zie E. EHRLICH, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen: Erster Teil, Das ius civile, ius publicum, ius privatum*, Berlijn, Carl Heymanns Verlag, 1902, 258 p. Voor de gangbare theorieën op het einde van de negentiende eeuw: J. HOLLIGER, *Das Kriterium des Gegensatzes zwischen den öffentlichen Recht und dem Privatrecht*, 1904, 185 p. Het staat ook vast dat er de laatste decennia steeds meer sprake is van een grensvervaging tussen het publiek- en privaatrecht. Hierover wordt bijzonder veel geschreven, zie bv. het themanummer, "De vervaagde grens tussen publiek- en privaatrecht", *TBP* 2014, 197-368.

(39) Zie ook K. SALOMEZ, "Ontslag van contractanten in overheidsdienst, publiek of privaat recht?" (noot onder Arbrb. Gent 6 december 2007), *RW* 2008-09, 1481-1485.

**(b) Nadelen**

**15.** Ondanks de voornoemde praktische voordelen, blijft het weren van de beginselen van behoorlijk bestuur uit het domein van de (meeste) overheidscontracten ook op diverse punten bekritiseerbaar.

Men mag allereerst opmerken dat deze compenserende functie van de beginselen van behoorlijk bestuur geënt is op een compensatietheorie, die zoals gezegd op zichzelf al voor kritiek vatbaar is (*supra*, nrs. 9-11). Als men enkel een compenserende functie van de beginselen van behoorlijk bestuur erkent, komt men dus niet tegemoet aan de kritische bedenkingen die de rechtsleer formuleerde op deze compensatietheorie.

Niet enkel de basis van de compenserende functie (compensatietheorie) is bekritiseerbaar, maar ook de afbakening van het toepassingsgebied aan de hand van deze compenserende functie alleen is in sommige opzichten problematisch.

**16.** Het overheidshandelen wordt immers niet enkel gekenmerkt door de uitoefening van bestuurlijke macht, maar ook door het uitvoeren van taken in het algemeen belang. In de voormelde visie houdt men weinig rekening met het feit dat administratieve overheden principieel steeds (in gradaties) het algemeen belang behartigen en gefinancierd worden met gemeenschapsgelden<sup>(40)</sup>. Overheden moeten dan ook (principieel) al hun beslissingen in het licht van dit algemeen belang kunnen rechtvaardigen. Het feit dat overheden in beginsel steeds in het algemeen belang behoren te handelen, kan verantwoorden dat zij aan strengere normen onderworpen moeten zijn dan private personen<sup>(41)</sup>.

Opdat deze kritiek relevant zou kunnen zijn, moet men echter eerst aantonen dat de beginselen van behoorlijk bestuur functioneel verband houden met de uitoefening van het 'algemeen belang' (*infra*, nrs. 26-34).

Het tegenargument hier is dus dat de beginselen van behoorlijk bestuur intrinsiek gelinkt zijn aan een universeel facet van het overheidsoptreden, met name de algemene belangenbehartiging, zodat deze beginselen dan ook bij ieder overheidsoptreden functioneel relevant zouden moeten zijn.

(40) Zo zal een te dure of onverantwoorde aankoop door een overheid niet enkel jammer of moreel laakbaar zijn, zoals bij een uitgave van louter private middelen, maar zal een dergelijke handeling ook onbehoorlijk zijn ten aanzien van de gemeenschap die haar collectieve middelen verstrekt. Zie terecht in die zin: L.J.A. DAMEN e.a., *Bestuursrecht. Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, 1, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2009, 562.

(41) Vergelijk S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, "De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA's en EVA's", *TBP* 2011, 27; W. RAUWS, "Aansprakelijkheids- en tuchtregeling voor contractuelen bij de overheid" in M. DE VOS en I. PLETS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 162-163; F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 45; K. WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten. De preventieve en jurisdictionele rechtsbescherming bij de gunning van overheidsovereenkomsten in Nederland, Frankrijk en België en de mogelijke invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2009, 143.

De dubbele publiek- en privaatrechtelijke hoedanigheid van een overheid is in die optiek dan ook niet zo vanzelfsprekend, zeker niet in het licht van de Europese rechtspraak die de doorwerking van fundamentele publiekrechtelijke normen wel gemakkelijker aanvaardt<sup>(42)</sup>. Ook het principiële en scherpe onderscheid tussen het publiek- en privaatrecht, waarop deze visie (mee) steunt, is dus niet zo vanzelfsprekend.

**17.** Het klassieke bestuursrecht heeft bovendien de laatste decennia ook een minder uitgesproken eenzijdig karakter verkregen en de relatie 'bestuur-burger' is meer 'wederkerig' geworden. In het licht van deze wijzigingen in het bestuursrecht, rijst de vraag in welke mate het nog wel verantwoord is om de beginselen van behoorlijk bestuur enkel te beschouwen als een loutere correctie op de uitoefening van eenzijdige bestuurlijke macht<sup>(43)</sup>.

**18.** Verder is het (samenhangende) standpunt dat de beginselen van behoorlijk bestuur enkel op indirecte wijze via open private normen zouden kunnen doorwerken, moeilijk te verzoenen met de kwalificatie van deze beginselen als algemene rechtsbeginselen<sup>(44)</sup>. De beginselen van behoorlijk bestuur zijn als (een subcategorie

(42) Dit geldt zeker voor de grondrechten: EHRM 6 februari 1976, Swedish Engine Driver's Union/Zweden, punt 37. In dezelfde zin: EHRM 6 februari 1976, Schmidt en Dahlström/Zweden, punt 33. Het Hof van Justitie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hebben de laatste decennia steeds meer in het algemeen aanvaard dat fundamentele rechten/vrijheden ook van toepassing kunnen zijn op (zuiver) private rechtsverhoudingen. Beide instellingen blijken dus op dit punt minder belang te hechten aan het onderscheid tussen het publiek- en privaatrecht. Zie ook de diverse bijdragen in het themanummer, "De vervaagde grens tussen publiek- en privaatrecht", *TBP* 2014, 197-368.

(43) Zie M.H. KOBUSSEN, "Commentaar art. 3:1" in J.B.J.M. TEN BERGE, M. SCHELTEMA, F.A.M. STROINK, R.M. VAN MALE en B.W.N. DE WAARD (eds.), *Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, 's-Gravenhage, Reed Business bv, E 3.1.1-12.

(44) Het Hof van Cassatie aanvaardt dat de beginselen van behoorlijk bestuur algemene rechtsbeginselen zijn: zie bv. Cass. 8 april 2003, AR P.02.1165.N; Cass. 3 november 2003, *JTT* 2004, 80 (78). Vergelijk ook Cass. 11 februari 2011, AR F.09.0161.N; A. BOSSUYT, "Algemene rechtsbeginselen in de rechtspraak van het Hof van Cassatie", *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2002-2003*, 104-105 en 129-130. Zie nochtans SPREUTELS, conclusie bij Cass. 9 januari 2002, AR P.00.0855.F., die het onpartijdigheidsbeginsel beschouwt als een algemeen rechtsbeginsel en een beginsel van behoorlijk bestuur. Voorheen waren bepaalde leden van het Hof van Cassatie meer terughoudend: zie bv. LENAERTS, conclusie bij Cass. 2 februari 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 718; *RW* 1987-88, 79.

Ook een meerderheid in de rechtsleer aanvaardt dat de beginselen van behoorlijk bestuur (een onderdeel van de) algemene rechtsbeginselen zijn: zie o.a. F. DEBAEDTS, "De algemene rechtsbeginselen in het administratief recht" in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 243-270; J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 5-6; I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1991, 31; I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentucht*, Brugge, die Keure, 2011, 18; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Luik, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2008, 989-1003; P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 3; S. SEYS, D. DE JONGHE en F. TULKENS, "Le niveau transversal" in I. HACHEZ e.a. (eds.), *Les sources du droit revisités: normes internes infraconstitutionnelles*, Limal, Anthémis, II, 2012, (493) 530; L.P. SUETENS, "Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht", *TBP* 1970, 380; L.P. SUETENS, "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de rechtspraak van de Raad van State", *TBP* 1981, 81; L.P. SUETENS, "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning" in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1993, 12-13; P. VAN ORSHOVEN, "Algemene beginselen van behoorlijk fiscaal en ander bestuur" in



van de) algemene rechtsbeginselen immers te beschouwen als formele autonome bronnen van het recht.

Enkel de schending van een van deze beginselen, is immers al voldoende om de overheid juridisch te sanctioneren zodat deze beginselen toch een zelfstandige juridische betekenis moeten hebben. Het is volgens mij dus theoretisch niet helemaal correct om deze beginselen enkel op te vatten als rechtsnormen die het contractueel handelen van de overheid slechts zouden kunnen normeren via de 'sluis' of de 'poort' van de goede trouw<sup>(45)</sup> of een (andere) rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel uit het privaatrecht.

**19.** De visie is ook kwetsbaar doordat zij voor een zelfde overheid twee verschillende beschermingsniveaus organiseert. De overheid zou dan immers kunnen kiezen voor de privaatrechtelijke weg, waardoor zij de mogelijkheid heeft om de publiekrechtelijke beschermingsmechanismes te ontduiken. Het is uiteraard juist dat men ook de keuze van de overheid voor het contract (wettelijk) kan beperken om een dergelijk misbruik van het privaatrecht op een rechtstreekse wijze aan banden te leggen. De praktijk van de arbeidsovereenkomsten (waar de overheid wettelijk beperkt is om voor een arbeidscontract te opteren) wijst echter uit dat een dergelijk misbruik van het privaatrecht in de huidige stand van het recht op deze wijze in elk geval niet efficiënt wordt bestreden of gesanctioneerd.

Deze opmerking zou echter op termijn aan belang kunnen inboeten, omdat de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke beschermingsniveaus in de toekomst meer en meer naar elkaar toe zouden kunnen groeien zodat de overheid in de toekomst geen drijfveer meer heeft om misbruik te maken van het privaatrechtelijke procedé.

**20.** Ook vanuit een bepaald rechtsvergelijkend perspectief valt deze visie misschien wat moeilijker te verdedigen.

In Nederland hebben rechtsgeleerden uitgebreid gediscussieerd over de materie van het 'overheidsprivaatrecht' en ook zij kwamen (onder meer op basis van de hogervermelde kritische overwegingen) tot de conclusie dat de beginselen van behoorlijk bestuur bij alle handelingen van de overheid moeten gelden. Hoewel deze evolutie eind jaren 1980 door wetgevende initiatieven in een stroomversnelling kwam en het Nederlandse en Belgische bestuursrecht verschillen vertonen, kunnen de achterliggende redenen voor de doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur volgens mij ook wel overtuigen naar Belgisch recht.

---

M. STORME en S. VAN CROMBRUGGE (eds.), *Actuele Problemen van Fiscaal Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 5; K. WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten. De preventieve en jurisdictionele rechtsbescherming bij de gunning van overheidsovereenkomsten in Nederland, Frankrijk en België en de mogelijke invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2009, 139. Sommige auteurs maken blijkbaar wel een onderscheid tussen 'algemene rechtsbeginselen' en 'beginselen van behoorlijk bestuur': zie W. LAMBRECHTS, *Geschillen van bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 73-74; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer, 2009, 46-64.

(45) In eenzelfde zin: R.J.N. SCHLÖSSELS en S.E. ZIJLSTRA, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer, Kluwer, 2010, 538.

**21.** De Nederlandse rechtsgeleerden merkten bovendien vroeg op dat in het moderne privaatrecht de contractpartijen een zorgplicht hebben en zij zich over en weer moeten laten leiden door elkaars gerechtvaardigde belangen<sup>(46)</sup>. Vanuit die optiek kan de burgerlijke rechter rekening houden met de bijzondere positie van de overheid en haar algemene belangenbehartiging bij de toetsing van het privaatrechtelijke overheidshandelen. De beginselen van behoorlijk bestuur en het algemeen belang zouden daarom dan ook geen 'wezensvreemde elementen' in het privaatrecht zijn<sup>(47)</sup>.

**22.** Bovendien verdedigen zowel bepaalde Belgische<sup>(48)</sup> als Nederlandse<sup>(49)</sup> rechtsgeleerden de opvatting dat de beginselen van behoorlijk bestuur feitelijk kunnen worden beschouwd als een concretisering van de civielrechtelijke algemene zorgvuldigheidsnorm. Bij het bepalen wat deze zorgvuldigheid inhoudt en wat voor de overheid betamelijk is in het maatschappelijke verkeer, zou de burgerlijke rechter dan ook rechtstreeks en volledig kunnen toetsen aan de (ongeschreven) beginselen van behoorlijk bestuur<sup>(50)</sup>. De algemene zorgvuldigheid (of de goede trouw)<sup>(51)</sup> en de

(46) J.B.M. VRANKEN, "Wisselwerking tussen privaatrecht en bestuursrecht" in J.A.F. PETERS en M.H. KOBUSSEN (eds.), *Bestuursrecht en nieuw B.W. Verslag van de derde themamiddag van de Juristenvereniging voor afgestudeerden in Tilburg, JUVAT, op 27 november 1987*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, 35.

(47) M.H. KOBUSSEN, "Commentaar art. 3:1" in J.B.J.M. TEN BERGE, M. SCHELTEMA, F.A.M. STROINK, R.M. VAN MALE en B.W.N. DE WAARD (eds.), *Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, 's-Gravenhage, Reed Business bv, E 3.1.1-13.

(48) Zie in het bijzonder I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1992, 30-31; I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentucht*, Brugge, die Keure, 2011, 19. VAN GERVEN ziet de beginselen van behoorlijk bestuur als een subcategorie van de ruimere beginselen van behoorlijk handelen: W. VAN GERVEN, "Aan de samenvloeiing van privaatrecht en publiekrecht: gelede normstelling en beginselen van behoorlijk handelen" in X, *In orde. Liber amicorum Pieter VerLoren van Themaat*, Deventer, Kluwer, 1982, 99-109 (i.h.b. 104-109); W. VAN GERVEN, *Beginselen van behoorlijk handelen*, Gent/Zwolle, E. Story-Scientia en Tjeenk Willink, 1983, 21 p.

(49) Zie A.R. BLOEMBERGEN, "De eenheid van privaatrecht en administratief recht", *WPNR* 1977, nrs. 5372-75; E. DROOGLEEVER FORTUIJN, "Congruentie van privaatrechtelijke en administratiefrechtelijke begrippen" in X, *Non sine causa. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. G. J. Scholten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 39-47. Zie ook J.J.A. BOSCH, "De synergie van bestuurs- en privaatrecht" in M. HERWEIJER, K.F. SCHUILING en H.B. WINTER (eds.), *In wederkerigheid. Opstellen voor Prof. mr. M. Scheltema*, Deventer, Kluwer, 1997, 131-140; A.M.M.M. BOTS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel en advisering" in R.J.N. SCHLÖSSELS, A.J. BOK, H.J.A.M. VAN GEEST en S. HILLEGERS (eds.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2004, 143-144; J.M. POLAK, "Marginale toetsing en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ondernemen en handelen" in X, *Liber amicorum Jan Ronse*, Gent, E. Story-Scientia, 1986, 41-49.

(50) N. VERHEIJ, "Onrechtmatige overheidsdaad en beginselen van behoorlijk bestuur: de Hoge Raad toetst eindelijk rechtstreeks", *NjB* 1987, 1309 en 1311.

(51) E. DIRIX, "Wil en vertrouwen bij de totstandkoming van verbintenissen. Rechtsverwerking. Een reactie van Prof. Dr. E. Dirix op de rapporten van raadsheer I. Verougstraete en Prof. Dr. L. Cornelis" in X, *De goede trouw. Redelijkheid en billijkheid in het privaatrecht*, Vlaamse Juristenvereniging, XXXIVste Rechtscongres, Gent, Story Scientia, 1990, 501. Vergelijk E. DROOGLEEVER FORTUIJN, "Congruentie van privaatrechtelijke en administratiefrechtelijke begrippen" in X, *Non sine causa. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. G.J. Scholten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 39-47; W. SNIJDERS, "Artikel 3.1.1.15 Nieuw B.W. en de schakelbepalingen nader bezien" in J.A.F. PETERS en M.H. KOBUSSEN (eds.), *Bestuursrecht en nieuw B.W. Verslag van de derde themamiddag van de Juristenvereniging voor afgestudeerden in Tilburg, JUVAT, op 27 november 1987*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, 49-69; J.A.E. VAN DER DOES, "Overeenkomsten met de overheid", *TPR* 1987, 1700-1702. Andere rechtsgeleerden blijven de beginselen van behoorlijk

beginselen van behoorlijk bestuur zouden dan voor de overheid in die visie dezelfde inhoud (kunnen) hebben.

Als men inderdaad mag aannemen dat elk overheidsoptreden zou moeten voldoen aan de algemene zorgvuldigheidsnorm of het zorgvuldigheidsbeginsel<sup>(52)</sup>, dan zou ook elk overheidsoptreden in overeenstemming moeten zijn met de beginselen van behoorlijk bestuur die immers enkel een concretisering zijn van deze algemene zorgvuldigheidsnorm (naar het bestuurlijk handelen toe)<sup>(53)</sup>.

Ook hier oordeelt men dus dat de beginselen van behoorlijk bestuur gelinkt zijn aan een universeel facet van het overheidshandelen: al het overheidshandelen zou immers in overeenstemming met de algemene zorgvuldigheidsnorm (inclusief de beginselen van behoorlijk bestuur) moeten zijn.

Hier moet men wel toegeven dat het uiteraard een moeilijke theoretische oefening is om te 'bewijzen' dat de beginselen van behoorlijk bestuur louter een concretisering zijn van de algemene, vage zorgvuldigheidsnorm (ex art. 1382 BW)<sup>(54)</sup> en dat deze vage zorgvuldigheidsnorm ook in een contractuele context (steeds) dezelfde inhoud heeft.

**23.** Ter bevordering van de eenheid en de systematiek van het rechtstelsel, oordeelden de Nederlandse rechtsgeleerden dat het aanbevelenswaardig is dat de burgerlijke rechter en de bestuursrechter zo veel mogelijk dezelfde toetsingsnormen hanteren<sup>(55)</sup>. Op deze wijze kan men ook het risico op tegenstrijdige uitspraken vermijden<sup>(56)</sup>. De rechtsleer merkte dan ook op dat het niet langer verantwoord was dat de toetsingsmaatstaven van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter van elkaar zouden verschillen<sup>(57)</sup>, temeer omdat het vaak afhangt van toevalligheden of

---

bestuur onderscheiden van de goede trouw. Voor een uitgebreid overzicht van de diverse doctrinaire standpunten: J. SPIER, "Overeenkomsten met overheidslichamen" in *Contractenrecht*, VIII-10.

(52) Zie GwH 29 november 2006, nr. 178/2006, onder B.5.3. en B.5.4.

(53) Zie in die zin uitdrukkelijk K. WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten. De preventieve en jurisdictionele rechtsbescherming bij de gunning van overheidsovereenkomsten in Nederland, Frankrijk en België en de mogelijke invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2009, 141.

(54) Het is niet duidelijk of het Hof van Cassatie de beginselen van behoorlijk bestuur wel beschouwt als een concretisering van de algemene zorgvuldigheidsnorm ex art. 1382 BW (zie Cass. 8 november 2002, AR C.00.0124.N; Cass. 10 april 2014, AR C.11.0796.N).

(55) Zie A.R. BLOEMBERGEN, "De eenheid van privaatrecht en administratief recht", *WPNR* 1977, 1-5; A.R. BLOEMBERGEN en D.A. LUBACH, "Burgerlijk recht en administratief recht: twee gelijkwaardige rechtsgebieden, open verbonden in één rechtsorde", *WPNR* 1988, 446-454; M. SCHELTEMA en M.W. SCHELTEMA, *Gemeenschappelijk recht, wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Kluwer, Deventer, 2003, 4-10.

(56) J.B.M. VRANKEN, "Wisselwerking tussen privaatrecht en bestuursrecht" in J.A.F. PETERS en M.H. KOBUSSEN (eds.), *Bestuursrecht en nieuw B.W. Verslag van de derde themamiddag van de Juristenvereniging voor afgestudeerden in Tilburg, JUVAT, op 27 november 1987*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, 27 en 36-37.

(57) Zie bijvoorbeeld W.J.J. BEURSKENS, *De Hoge Raad en de twee-wegenleer*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1997, 39-41; J.B.M. VRANKEN, "Wisselwerking tussen privaatrecht en bestuursrecht" in J.A.F. PETERS en M.H. KOBUSSEN (eds.), *Bestuursrecht en nieuw B.W. Verslag van de derde themamiddag van de Juristenvereniging voor afgestudeerden in Tilburg, JUVAT, op 27 november 1987*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, 27 en 36-37.

een bepaalde handeling als publiekrechtelijk of privaatrechtelijk wordt gekwalificeerd en respectievelijk de bestuursrechter of de burgerlijke rechter bevoegd is<sup>(58)</sup>. Het zou ook ten onrechte de indruk wekken dat wat (on)rechtmatig is naar burgerlijk recht, iets anders betekent dan in het bestuursrecht<sup>(59)</sup>.

De mogelijkheid van de Raad van State om net als de burgerlijke rechter schadevergoeding toe te kennen in geval van schending van de beginselen van behoorlijk bestuur door de overheid, vereist allicht ook een verscherpte aandacht voor de eenheid en de systematiek binnen ons rechtsstelsel.

#### 2.1.4. Conclusie

**24.** De rechtsgeleerden die enkel één functie, *i.e.* een compenserende (waarborgende) functie, van de beginselen van behoorlijk bestuur aanvaarden, kunnen op een theoretisch geldige wijze voorhouden dat de beginselen van behoorlijk bestuur niet doordringen in overheidscontracten.

In de praktijk hoeft deze visie niet altijd tot grote verschillen te leiden. De vraag rijst immers of open normen uit het privaatrecht (zoals bijvoorbeeld de goede trouw en het verbod van rechtsmisbruik) in het burgerlijk recht geen specifieke invulling kunnen krijgen voor overheidscontracten. Inhoudelijk zou het dus kunnen dat de overheid ook hier vanwege de open normen in het burgerlijk recht dezelfde plichten moet naleven als deze die voortvloeien uit de beginselen van behoorlijk bestuur. In dat geval kan de toepassing van open normen in het burgerlijk recht leiden tot dezelfde plichten als de rechtstreekse toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur. Het verschil in visies zou dan enkel een zuiver academisch belang kunnen hebben.

**25.** De visie waarbij men de beginselen van behoorlijk bestuur enkel beschouwt als een correctie op bestuurlijke macht (compenserende functie), kent echter diverse problemen. Hoewel deze visie een aantal praktische voordelen van duidelijkheid, werkbaarheid en rechtszekerheid heeft, kan deze visie theoretisch niet helemaal overtuigen.

De compensatietheorie waarop de compenserende functie rust, is vatbaar voor kritiek. Bovendien zou men vooral kunnen betogen dat men in deze visie de bijzondere rechtspositie van de overheid te zeer uit het oog verliest: de overheid moet immers altijd in het algemeen belang beslissingen nemen en daarbij de individuele en collectieve belangen tegen elkaar afwegen. De vraag rijst of de beginselen van behoorlijk bestuur ook geen indicaties geven hoe de overheid haar beslissingen in het algemeen belang moet nemen. Men zou dan een belangrijke functie van de beginselen van behoorlijk bestuur over het hoofd kunnen zien op basis waarvan men het toepassingsgebied ruimer moet inschatten.

(58) Zie M.H. KOBUSSEN, "Commentaar art. 3:1" in J.B.J.M. TEN BERGE, M. SCHELTEMA, F.A.M. STROINK, R.M. VAN MALE en B.W.N. DE WAARD (eds.), *Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, 's-Gravenhage, Reed Business bv, E 3.1.1-12.

(59) N. VERHEIJ, "Onrechtmatige overheidsdaad en beginselen van behoorlijk bestuur: de Hoge Raad toetst eindelijk rechtstreeks", *NjB* 1987, 1311.

Ten slotte staat dit beperkte toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur ook op gespannen voet met de stelling dat de beginselen van behoorlijk bestuur formele autonome rechtsbronnen zijn die men volgens sommige rechtsgeleerden zou kunnen beschouwen als een bijzondere concretisering van een algemeen geldende zorgvuldigheidsnorm.

## 2.2. Instrumentele functie <sup>(60)</sup>

### 2.2.1. Bescherming van het individueel én algemeen belang

26. In de klassieke compensatietheorie zijn de beginselen van behoorlijk bestuur enkel relevant om de burger waarborgen te bieden tegen de uitoefening van bestuurlijke macht, wanneer de wettelijke bescherming hiaten vertoont.

Later merkte de rechtsleer echter op dat deze beginselen niet enkel een waarborgende functie voor de burger hebben, maar ook een zelfstandige betekenis hebben voor de kwaliteit van het bestuur zelf. Deze beginselen helpen de overheid immers ook om tot behoorlijke beslissingen te komen en om onzorgvuldige beslissingen te vermijden. De overheid dient niet enkel rekening te houden met de individuele belangen die bedreigd worden door haar beslissing, maar moet bij haar beslissing ook het algemeen belang betrekken en de beide belangen op een zorgvuldige wijze tegen elkaar afwegen.

Daarmee verschoof de doctrinaire aandacht weg van de 'individuele belangen' van de burger en kwam dus ook het voeren van een zorgvuldig overheidsbeleid in het 'algemeen belang' in het vizier. De rechtsleer begon dus naast een waarborgende functie ook een instrumentele functie te onderscheiden.

27. Op basis van een diepgaande rechtstheoretische analyse besluit Van der Heijden dat de beginselen van behoorlijk bestuur een concretisering zijn van algemene rechtsbeginselen naar handelingssituaties waarin het bestuur of het bestuur en de burger (op een 'wederkerige' wijze) werken aan de voorbereiding van een bestuurlijk besluit. In zijn visie wordt de bestuurlijke handelingssituatie gekenmerkt door de aanwezigheid van de abstracte elementen 'actor', 'besluit', 'middel', 'doel' en 'belang'<sup>(61)</sup>. De beginselen van behoorlijk bestuur *normeren* allemaal een bepaald facet van deze handelingssituatie waarin een bestuurlijke beslissing tot stand komt<sup>(62)</sup> en zij vervullen een autonome, normatieve rol bij de afweging van belangen en de interpretatie van de feiten door het bestuur<sup>(63)</sup>. De beginselen van behoorlijk bestuur geven dan vooral aan met welke belangen de overheid rekening moet houden, wie deze belangen mag vertegenwoordigen en wat het onderlinge gewicht van deze belangen is.

(60) Zie voor een ruimer theoretisch raamwerk R. FOUQUE en A.C. 'T HART, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Antwerpen/Arnhem, Kluwer rechtswetenschappen en Gouda Quint bv, 1990, 500 p.

(61) G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, 116.

(62) *Ibid.*, 241.

(63) *Ibid.*, 250.

**28.** De juridische functie van de beginselen van behoorlijk bestuur is dan dat zij, naast de wet en de rechtspraak, richting geven aan bestuurlijke overwegingen<sup>(64)</sup> en rehtens relevante verwachtingen stabiliseren<sup>(65)</sup>. Zij vormen de grondslag van een systeem van bestuursrecht waaruit een methode van rechtsvinding volgt voor de rechter, het bestuur en de burger<sup>(66)</sup>.

Deze functie van de beginselen van behoorlijk bestuur is instrumenteel, omdat zij de empirisch waarneembare werkelijkheid verandert in de richting van de ideale burgerlijke samenleving waarin de vrijheid, autonomie, gelijkheid en de rechtmatige belangen van de burger centraal staan<sup>(67)</sup>. Deze beginselen vervullen dan ook een instrumentele functie bij het uitvoeren van het beleid en het verwezenlijken van een doelmatige rechtsorde<sup>(68)</sup>.

Niet enkel rechten, maar ook verantwoordelijkheden en plichten van de burger in de verhouding met het bestuur (*beginselen van behoorlijk burgerschap*) zijn in deze visie van belang.

**29.** Het voorgaande klinkt erg abstract, maar kan men als volgt wat nader concretiseren. De beginselen van behoorlijk bestuur geven niet enkel aan dat de overheid de individuele belangen moet vrijwaren (waarborgende functie), maar zij geven dus ook aanwijzingen aan de overheid zelf hoe zij haar beslissingen in het algemeen belang op een zorgvuldige wijze moet nemen. Men mag dus niet vergeten dat alle beginselen van behoorlijk bestuur ook een instrumentele functie hebben en het belangenafwegings-, interpretatie- en informatievergarringsproces van het bestuur op een autonome wijze normeren.

**30.** Het zorgvuldigheidsbeginsel impliceert immers dat de overheid de in het geding zijnde belangen en feiten op een zorgvuldige wijze moet afwegen en verzamelen.

(64) Zie L.M. VENY, J. DE MAERTELAERE en T. DE SUTTER, "De algemene beginselen van behoorlijk bestuur en hun bijdrage tot een democratische werking van de overheid" in M. ADAMS en P. POPELIER (eds.), *Recht en democratie*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 649. Zie ook S. DE GREEF, "Hoe deugdelijk is het nieuwe Vlaamse bestuursmodel?", *TBP* 2005, 12.

(65) Zowel de morele als de juridische functie van de beginselen van behoorlijk bestuur is in deze visie dat zij richting geven aan bestuurlijke overwegingen. Het verschil is dat de beginselen in hun juridische functie richting geven doordat zij de actor mede op basis van wet en rechtspraak aangeven welke beslissing juist is. De morele functie is niet aan juridische grenzen gebonden en geeft aan welke beslissing goed is. G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, 241-242.

(66) G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, 261.

(67) G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, 215. De auteur verduidelijkt dit aan de hand van het evenredigheidsbeginsel. Door bij de uiteindelijke vormgeving van een infrastructureel project werkelijk rekening te houden met de belangen van betrokkenen (en met de beginselen van behoorlijk bestuur die deze belangen normeren) kan het project andere vormen aannemen dan oorspronkelijk was gepland. De instrumentaliteit van het evenredigheidsbeginsel blijkt dan bijvoorbeeld uit een weg die anders loopt, uit een geluidswal, of uit een andere locatie voor een windmolen.

(68) Zie ook R.J.N. SCHLÖSSELS en S.E. ZIJLSTRA, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer, Kluwer, 2010, 321.

Als men alle beginselen van behoorlijk bestuur in theorie als een concrete toepassing zou mogen beschouwen van dit ruimere zorgvuldigheidsbeginsel, moeten dus ook al deze beginselen wel een impact hebben op de belangenafweging die de overheid moet uitvoeren wanneer zij tot een behoorlijke beslissing wenst te komen.

Deze zorgvuldigheidsplicht als basis van de beginselen van behoorlijk bestuur blijkt onder meer duidelijk uit de dubbele doelstelling van de hoorplicht. Het naleven van de hoorplicht is immers niet enkel in het belang van de individuele betrokkene die een nadelige beslissing kan vermijden, maar de hoorplicht dient ook het belang van de overheid die volledige dossierinformatie verkrijgt. Enkel door het verkrijgen van deze volledige dossierinformatie, kan zij vermijden dat zij een onzorgvuldige beslissing neemt. Op deze wijze vermijdt zij een onzorgvuldige handeling die haar aansprakelijkheid in het gedrang kan brengen en de financiële middelen die de gemeenschap aan haar verstrekt, kan bezwaren. Aldus kan de overheid ontsnappen aan de kritiek van de publieke opinie. De overheid moet zich bij haar handelingen dus niet enkel verantwoorden ten aanzien van haar medecontractant, maar ook ten aanzien van de gemeenschap die haar financiële middelen verstrekt.

In arbeidsrechtelijke sfeer zal de overheid ook in het belang van de goede werking van de dienst moeten handelen. Ter behartiging van dit dienstbelang moet zij personen die de goede werking van de dienst verhinderen, uit de dienst verwijderen. Ook op deze manier dient de overheid in haar contractuele relaties uiteindelijk de belangen van de gemeenschap of het algemeen belang.

**31.** Alle beginselen van behoorlijk bestuur regelen ook een bepaald facet van de zorgvuldige belangenafweging.

Bepaalde beginselen, zoals de hoorplicht, het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel gebieden immers dat de overheid relevante feiten en belangen in het afwegings- en besluitvormingsproces opneemt.

De naleving van de hoorplicht zorgt er bijvoorbeeld voor dat de overheid volledige dossierinformatie verkrijgt en aldus alle relevante individuele belangen en feiten in haar besluitvormingsproces kan betrekken. Op deze wijze kan zij het algemeen belang (of het dienstbelang) en de individuele belangen op een behoorlijke wijze afwegen.

Ook het gelijkheidsbeginsel schrijft aan de overheid voor dat zij vergelijkbare belangen en feiten in haar beslissingsproces moet betrekken.

Hetzelfde geldt voor het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel: de overheid moet anticiperen op de rechtmatige belangen van derden of de samenleving die geschaad kunnen worden door het mogelijk te nemen besluit, zodat de overheid ook deze belangen in haar afwegingsproces moet opnemen. De financiële belangen van de gemeenschap worden gewaarborgd door het zuinigheidsbeginsel.

**32.** Andere beginselen van behoorlijk bestuur en fundamentele rechtsregels gebieden juist dat de overheid bepaalde belangen moet elimineren uit haar beslissingsproces. Het verbod van machtsafwendings (als fundamentele regel) en

het specialiteitsbeginsel schrijven aan de overheid voor dat zij de private belangen die de overheid ten onrechte in haar besluitvorming zou willen betrekken of andere algemene belangen die niet specifiek door de wetgever worden beoogd, uitsluit uit het afwegingsproces. Het legaliteitsbeginsel zorgt er bovendien voor dat de individuele rechten die vastliggen in rechtsregels worden meegewogen<sup>(69)</sup>.

In dezelfde zin zijn het onafhankelijkheids- en onpartijdigheidsbeginsel te begrijpen: bijzondere private belangen (en de personen die hen vertegenwoordigen) moeten uit het besluitvormingsproces verdwijnen, omdat zij een onevenredige impact (redelijkheidsbeginsel) zouden hebben op het afwegingsproces.

**33.** Ten slotte zijn er specifieke beginselen van behoorlijk bestuur die het belangenafwegingsproces zelf normeren en zij schrijven voor hoe en binnen welke grenzen het afwegingsproces moet gebeuren.

Het redelijkheidsbeginsel gebiedt dat de overheid een redelijk evenwicht (evenredigheidsbeginsel) moet vinden tussen de beschermde individuele belangen en het algemeen belang en schrijft dus voor hoe het afwegingsproces inhoudelijk moet gebeuren.

De redelijketermijneis geeft een formele grens aan en schrijft voor dat het afwegings- en besluitvormingsproces binnen een redelijke termijn moet worden afgerond.

De overheid heeft via het motiveringsbeginsel de plicht om aan te tonen dat zij inderdaad de beginselen van behoorlijk bestuur in acht heeft genomen in haar afwegings- en besluitvormingsproces<sup>(70)</sup>.

**34.** De beginselen van behoorlijk bestuur zijn in die zin dus nooit strikt te scheiden van het algemeen belang of van de individuele belangen die door de overheidsbeslissingen bedreigd kunnen worden. Al deze beginselen van behoorlijk bestuur normeren immers het afwegings- en beslissingsproces van de overheid en geven dus aan hoe de overheid op zorgvuldige wijze tot een beslissing moet komen en hoe het algemeen belang zich verhoudt en moet verhouden tot de individuele belangen van de betrokkenen<sup>(71)</sup>.

(69) Zie G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, 242. R.J.N. SCHLÖSSELS, "Drs. G.M.A. van der Heijden, Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van de beginselen van behoorlijk bestuur", *RM Themis* 2002, 234.

(70) POPELIER merkt in dit verband terecht op dat het motiveringsbeginsel een dragend beginsel is: "door de motivering geeft het bestuur aan dat zijn beslissing juridisch gegrond is en bovendien verantwoord is op grond van een afweging van individueel en collectief belang." P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 22.

(71) VAN DER HEIJDEN heeft uitgebreid aangetoond hoe de diverse beginselen van behoorlijk bestuur het belangenafwegingsproces normeren. De auteur klasseert deze rechtsbeginselen in een aantal groepen om een theoretische methode van rechtsvinding te ontwikkelen. G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, 121-171.



### 2.2.2. Alternatief voor de compensatietheorie

**35.** Door het erkennen van een dubbele (waarborgende én instrumentele) functie van de beginselen van behoorlijk bestuur beoogt men in deze visie tegemoet te komen aan de hogervermelde kritiek op de compensatietheorie (nrs. 9-11).

De beginselen van behoorlijk bestuur normeren in deze visie immers op zelfstandige wijze ieder afwegingsproces wanneer de overheid in het algemeen belang een beslissing neemt die de individuele belangen van een persoon raakt.

De achterliggende reden van het afwegingsproces, met name dat de wetgever het afwegingsproces uit handen zou hebben gegeven aan de overheid, is hier niet langer relevant. Het feit dat de overheid een belangenafweging uitvoert, ongeacht of er sprake is van een terugtred van een wetgever, is relevant bij het bepalen van het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur.

In deze visie is het dus niet langer nodig om nog een beroep te doen op een compensatietheorie en het concept van de terugtred van de wetgever.

De beginselen van behoorlijk bestuur zijn in deze visie ook niet langer te beschouwen als louter aanvullende normen die enkel leemtes in de wetgeving opvullen, maar als autonome bronnen van het recht die een zelfstandige normatieve functie vervullen.

**36.** Het erkennen van een dubbele, waarborgende en instrumentele, functie heeft ook een theoretisch voordeel: men blijft het algemeen belang en de individuele belangen steeds in samenhang beschouwen, aangezien dezelfde beginselen deze individuele en collectieve belangen en hun onderlinge verhouding normeren.

Het is in het bestuursrecht volgens Van der Heijden immers van belang dat men het voeren van beleid in het algemeen belang (instrumentele functie) en het beschermen van de individuele belangen van de burger (waarborgende functie) steeds in samenhang blijft beschouwen<sup>(72)</sup>.

Rechtsbescherming mag immers niet op een ongeoorloofde wijze in de weg staan aan het beleid. Tegelijkertijd mag het beleid de rechten van de burger niet op een ongeoorloofde wijze schenden. Een rechtssysteem dat te veel de nadruk legt op een van beide functies leidt tot onevenwichtige oordelen<sup>(73)</sup>. Daarom is er een integere samenhang nodig tussen de instrumentele functie en de waarborgfunctie van de beginselen. Deze 'integere verhouding' zal dan garant staan voor een legitiem overheidsoptreden. Doordat het (bestuurs)recht de overheid beleidsinstrumenten

(72) Voor de verschillende inzichten over de bestaande systemen van instrumentaliteit en waarborg in het Nederlandse bestuursrecht: G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, 216-221.

(73) G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, 223-224.

(bevoegdheden) biedt en de burger waarborgen, kan het recht een legitimerende rol vervullen voor het overheidsoptreden<sup>(74)</sup>.

**37.** Omdat de overheid hier actief de individuele belangen in haar beslissingsproces moet betrekken teneinde tot een zorgvuldige beslissing te komen, draagt deze visie ook bij tot een meer participatieve democratie<sup>(75)</sup> en binnen dit denkkader kan men ook beter de plichten van de burger (beginselen van behoorlijk burgerschap) verklaren.

### **2.2.3. Ruim toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur**

**38.** Als men aanvaardt dat de overheid principieel<sup>(76)</sup> het algemeen belang behoort te behartigen bij al haar handelingen, bewaart zij ook bij de uitvoering van haar overeenkomsten nog steeds een bijzondere rechtspositie. Zij behoort dan niet enkel acht te slaan op de belangen van haar medecontractant, maar moet ook rekening houden met de belangen van de gemeenschap die haar werking financiert.

De overheid zal dan ook dezelfde individuele of collectieve belangen moeten afwegen tegenover hetzelfde algemeen belang bij het nemen van zowel beslissingen in haar niet-contractuele, precontractuele en contractuele verhoudingen.

De beginselen van behoorlijk bestuur die hetzelfde afwegingsproces in klassiek bestuurlijke en precontractuele besluitvormingsprocessen normeren, zijn dan ook in deze visie normatief en functioneel relevant wanneer de overheid dezelfde belangen moet afwegen in haar contractuele relaties.

Uit het aanvaarden van een dubbele functie van de beginselen van behoorlijk bestuur, een waarborgende en een instrumentele, volgt dan ook dat de overheid bij al haar handelingen in principe de beginselen van behoorlijk bestuur in acht moet nemen.

#### **(a) Voordelen**

**39.** Door naast een waarborgende, ook een instrumentele functie van de beginselen van behoorlijk bestuur te erkennen, komt men tegemoet aan de hogervermelde kritiek op de compensatietheorie (nrs. 9-11).

(74) G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Tjeenk, Willink, 2001, 227. Er is volgens deze auteur dan ook geen noodzaak om een 'legitimerende' functie als een afzonderlijke functie te onderscheiden, omdat deze volgt uit de interactie tussen de instrumentele functie en de waarborgfunctie.

(75) Zie ook L.M. VENY, J. DE MAERTELAERE en T. DE SUTTER, "De algemene beginselen van behoorlijk bestuur en hun bijdrage tot een democratische werking van de overheid" in M. ADAMS en P. POPELIER (eds.), *Recht en democratie*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 639-655.

(76) Zie daarover vooral F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004, 66-68. Of zuiver commerciële activiteiten van de overheid aan de beginselen van behoorlijk bestuur moeten voldoen, hangt af van het antwoord op de vraag of de wetgever door hiervoor een ander regime uit te vaardigen, het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur heeft beperkt (of kan beperken). Deze vraagstelling heeft volgens mij dan meer betrekking op de verhouding tussen de wettekst en een algemeen rechtsbeginsel en blijft in dit artikel buiten beschouwing.

De zwaktes die kleven aan de beperking van de beginselen van behoorlijk bestuur tot bestuurlijke machtshandelingen, zijn hier uiteraard afwezig. De nadelen die verbonden waren aan het afbakenen van het toepassingsgebied aan de hand van de 'enige' compenserende functie (*supra*, nrs. 15-25) zijn dus thans te beschouwen als voordelen.

Het rechtstreeks toepassen van de beginselen van behoorlijk bestuur op overheidscontracten heeft dan ook de volgende voordelen:

- men houdt rekening met de instrumentele functie van de beginselen van behoorlijk bestuur, het feit dat de overheid ook bij de uitvoering van haar contracten het algemeen belang behartigt en dus ook bij haar contractuele handelen een bijzondere rechtspositie bewaart die kan verantwoord worden dat zij ook dan aan strengere normen onderworpen is en blijft (zie nr. 16);
- de visie heeft niet te lijden onder het feit dat het bestuursrecht een meer 'wederkerig karakter' heeft verkregen, wat een bezwaar vormt wanneer men enkel de compenserende functie van de beginselen van behoorlijk bestuur aanvaardt (nr. 17);
- het standpunt is verenigbaar met het uitgangspunt dat deze algemene rechtsbeginselen een autonome juridische betekenis hebben (nr. 18);
- misbruik van het privaatrecht is uitgesloten, aangezien de overheid de toepasselijke beginselen niet kan omzeilen door te kiezen voor het privaatrechtelijke pad (nr. 19);
- dit verruimde toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur en de doorwerking van publiekrechtelijke normen in overheidscontracten zijn vanuit rechtsvergelijkend standpunt (Nederlands en Europees recht) en de grensvervaging tussen het publiek- en privaatrecht beter verdedigbaar (nr. 20);
- in deze visie houdt de overheid ook rekening met de individuele en collectieve belangen die in het geding zijn, en ze is aldus ook te verzoenen met de zorgplicht in het burgerlijk recht (nr. 21);
- dit ruimere toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur is verzoenbaar met een tamelijk gangbare opvatting dat de beginselen van behoorlijk bestuur te beschouwen zijn als een concretisering van de algemeen geldende zorgvuldigheidsplicht (nr. 22);
- het uitgangspunt bevordert de eenheid en systematiek van het rechtstelsel en laat toe dat de burgerlijke rechter en de bestuursrechter kunnen toetsen aan dezelfde normen en vermijdt daardoor onnodige verschillen (nr. 23).

## **(b) Nadelen**

**40.** Er zijn ook nadelen verbonden aan het afbakenen van het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur aan de hand van deze beide functies (bescherming van het individueel én algemeen belang). Daar waar de beperking van de beginselen van behoorlijk bestuur tot bestuurlijke machtshandelingen juist gekenmerkt werd door de voordelen van duidelijkheid, rechtszekerheid en praktische werkbaarheid, zijn dit veeleer de potentiële zwaktes die ook kleven aan het uitbreiden van het toepassingsgebied tot contractuele overheidshandelingen.

**41.** Een groot bezwaar is allicht de vaagheid van het begrip 'algemeen belang'. Deze notie zou moeilijker inzetbaar zijn om het toepassingsgebied van de beginselen van

behoorlijk bestuur af te lijnen. Men kan niet ontkennen dat het begrip ‘algemeen belang’ uiterst vaag is en voornamelijk een politieke invulling krijgt<sup>(77)</sup>.

Ook de Nederlandse rechtsgeleerden hebben gewezen op de moeilijke invulling van het begrip ‘algemeen belang’<sup>(78)</sup>. De Nederlandse rechtsleer blijkt zich bij deze praktische onduidelijkheid te hebben neergelegd en beschouwt het begrip ‘algemeen belang’ als theoretisch het meest zuivere criterium. Het is inderdaad aanvaardbaar dat de overheid enkel kan beschikken over haar juridische instrumenten (zowel de eenzijdige bestuurlijke rechtshandeling als het contract), materiële middelen<sup>(79)</sup> en haar personeel om het algemeen belang te dienen. Wanneer de overheid beslissingen neemt ten aanzien van al deze middelen, zal zij deze beslissingen dus moeten kunnen verantwoorden in het algemeen belang en daarbij zijn, zoals gezegd, de beginselen van behoorlijk bestuur relevant.

Als men mag aannemen dat de overheid bij al haar handelingen steeds het algemeen belang dient, zijn de beginselen van behoorlijk bestuur principieel steeds van toepassing op alle overheidshandelingen. De vaagheid van het begrip “algemeen belang” heeft dus geen invloed op dit duidelijke materiële toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur. Enkel rijst de lastige vraag of private personen die handelingen stellen in het algemeen belang ook de beginselen van behoorlijk bestuur moeten respecteren. Dit bezwaar hoeft echter niet onoverkomelijk te zijn.

Het feit dat private personen die ook het algemeen belang behartigen de beginselen van behoorlijk bestuur in de huidige stand van het recht niet (steeds) hoeven te respecteren, kan men theoretisch nog rechtvaardigen op basis van het personeel toepassingsgebied. Zij vertonen mogelijkerwijs niet een voldoende ‘overheidskarakter’ om als een bestuur te worden beschouwd zodat zij niet onder het personeel toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur kunnen vallen. De vaagheid van het begrip ‘algemeen belang’ kan men dus opvangen door het personeel toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur duidelijk(er) te preciseren.

**42.** Salomez oppert ook een meer theoretisch bezwaar<sup>(80)</sup>. Het feit dat de overheid omwille van het algemeen belang de beginselen van behoorlijk bestuur zou moeten naleven, zou ook de indruk wekken dat de beginselen van behoorlijk bestuur veeleer ethische normen zijn en dus meer zouden behoren tot een bestuursmoraal dan tot het recht. Deze auteur verwijt deze visie dan ook een verwarring tussen ‘moraal’ en ‘recht’.

Teneinde het uitgebreide toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur te rechtvaardigen, heeft Vandendriessche inderdaad onder meer gewezen op het ethische karakter van deze beginselen. De beginselen ambiëren volgens deze auteur om “goede ethische (gedrags)regels op te leggen voor iedere handeling of beslissing die met een overheidsoptreden wordt (of kan) worden verbonden. Van het overheidsoptre-

(77) Zie vooral F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004, 52-78.

(78) Zie bijvoorbeeld A.M. DONNER, *Nederlands bestuursrecht*, Algemeen Deel, Alphen aan den Rijn, Samsom, 1974, 51; A.Q.C. TAK, *Overheidsbestuur en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn, Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1978, 75 en 85-93.

(79) Bijvoorbeeld gemeenschapsgelden en het openbaar domein (gebouwen, rijbanen enz.).

(80) K. SALOMEZ, “Ontslag van contractanten in overheidsdienst, publiek of privaat recht?” (noot onder Arbrb. Gent 6 december 2007), *RW* 2008-09, 1481-1485.

den moet immers alleen al om principiële redenen een voorbeeldfunctie gaan. Ook het feit dat dit optreden in beginsel het algemeen belang beoogt en in belangrijke mate gefinancierd wordt met collectieve middelen, verantwoordt dat specifieke verplichtingen worden opgelegd”<sup>(81)</sup>.

In de rechtstheorie bestaat er een controverse over het antwoord op de vraag of men rechtsbeginselen als een uiting van (bestuurs)moraal kan of mag beschouwen<sup>(82)</sup>. De beginselen van behoorlijk bestuur zijn inderdaad niet louter morele, maar wel degelijk positiefrechtelijke normen waarvan de schending juridisch wordt gecontroleerd en gesanctioneerd. Wanneer men te sterk benadrukt dat de beginselen van behoorlijk bestuur een zuiver ethische dimensie hebben en de overheid deze moet naleven vanwege haar voorbeeldfunctie, zou men ten onrechte de indruk kunnen wekken dat de beginselen van behoorlijk bestuur louter behoren tot een bestuursmoraal en geen autonome juridische bronnen zijn.

Bepalend voor het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur, is echter hun dubbele juridische (compenserende en instrumentele) functie. Als men naast de waarborgende, ook een instrumentele functie van de beginselen aanvaardt, hoeft men het verruimde toepassingsgebied dus niet nader te onderbouwen op basis van andere criteria, zoals de ‘voorbeeldfunctie van de overheid’, het ‘ethische karakter van de beginselen’ of de ‘hoeveelheid algemeen belang’.

**43.** Ten slotte kan de doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur in het contractenrecht ook bijdragen tot complicaties. Als de beginselen van behoorlijk bestuur inderdaad van toepassing zijn op overheidscontracten, rijst de vraag hoe men een eventueel conflict tussen deze beginselen en de privaatrechtelijke regels en beginselen moet oplossen. Daarnaast rijst ook de vraag welke sanctie de burgerlijke rechter moet toepassen ingeval een overheid een beginsel van behoorlijk bestuur in de contractuele sfeer heeft geschonden.

Deze vragen moet men echter duidelijk onderscheiden van de vraagstelling die hier centraal staat, en zij vallen buiten de draagwijdte van dit artikel (zie nr. 2).

#### 2.2.4. Conclusie

**44.** Op basis van de waarborgende én instrumentele functie van de beginselen van behoorlijk bestuur zou men kunnen concluderen dat de overheid ook bij de interpretatie, uitvoering en beëindiging van haar (arbeids)contracten deze beginselen moet naleven. De overheid moet immers ook bij de uitvoering van haar contracten zorgvuldige beslissingen nemen, waarbij zij dezelfde individuele en collectieve belangen

(81) F. VANDENDRIESSCHE, “Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur” in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 45.

(82) Vooral DWORKIN, die zeer kritisch is voor het rechtspositivisme, is een belangrijke voorstander om rechtsbeginselen als een uiting van moraal te beschouwen: “(...) I shall use the term ‘principle’ generically, to refer to the whole set of these standards other than rules; (...) I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.” R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge/Massachusetts, Harvard University Press, 1977.

tegen elkaar moet afwegen als bij haar klassieke eenzijdige bestuurlijke beslissingen. Als men aanneemt dat de beginselen van behoorlijk bestuur deze belangenafweging normeren, zullen de beginselen dus ook eenzelfde (nuttige) waarborgende en instrumentele functie kunnen vervullen in een contractuele overheidsrelatie.

**45.** Door naast de waarborgende functie, ook een instrumentele functie te erkennen, kan men de kritiek op de compensatietheorie ook opvangen. In deze benadering houdt men niet enkel rekening met de bescherming van de 'individuele belangen', maar ook met het 'algemeen belang' dat de overheid steeds moet dienen. Doordat men hier erkent dat de beginselen van behoorlijk bestuur het afwegingsproces tussen de onderliggende individuele en collectieve belangen regelen, vermijdt men een theoretisch systeem waarbij de balans te zeer doorslaat in de richting van de bescherming van de individuele belangen *c.q.* het algemeen belang.

**46.** Binnen het ruimere theoretische raamwerk valt er dus wel wat te zeggen voor de rechtstreekse doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur in overheidscontracten.

In plaats van de beginselen van behoorlijk bestuur enkel te beschouwen als een correctie op de uitoefening van bestuurlijke macht ter bescherming van individuele belangen bij gebreke aan duidelijke wetgeving, is het theoretisch allicht genuanceerder om de beginselen van behoorlijk bestuur te beschouwen als normen die niet enkel de individuele belangen beschermen (waarborgende functie), maar ook de overheid aanwijzingen geven hoe zij in het algemeen belang zorgvuldige beslissingen moet nemen en hoe zij de in het geding zijnde belangen zorgvuldig moet afwegen (instrumentele functie). In het licht van deze dubbele functie van de beginselen van behoorlijk bestuur en het ruimere theoretische raamwerk, is het verantwoord dat de beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks van toepassing zijn op alle handelingen van de overheid, inclusief de contractuele handelingen.

### **§ 3. Materieel toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur: toetsing aan de rechtspraktijk**

**47.** De vraag rijst in hoeverre de rechtspraktijk steun biedt aan de voorgaande theoretische visies.

Een deel van de rechtspraak en rechtsleer heeft de neiging om de beginselen van behoorlijk bestuur ook (rechtstreeks) toe te passen bij het beoordelen van contractuele overheids-handelingen.

Er gaan recent echter ook meer en meer andersluidende (voornamelijk Nederlands-talige) stemmen op die zich verzetten tegen de doorwerking van deze beginselen in overheidscontracten. Tot op heden is het antwoord op dit vraagstuk dus in elk geval nog niet eenduidig<sup>(83)</sup>.

(83) In juli 2013 waren de *Sociaalrechtelijke kronieken* nog volledig gewijd aan deze problematiek, maar de standpunten blijven verdeeld.

Hierna volgt er eerst een overzicht van de standpunten die men terugvindt bij de regelgever (3.1.), de burgerlijke rechter (3.2.), het Grondwettelijk Hof (3.3.), de toezichthoudende overheden en het Rekenhof (3.4.) en de Raad van State (3.5.). Ten slotte trek ik uit dit overzicht een korte conclusie (3.6.).

### 3.1. Afwezigheid van regelgeving ter zake

**48.** Anders dan de Nederlandse wet (zie § 4), geeft de Belgische regelgeving geen directe aanwijzingen over het materiële toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur. De wetgever zegt dus niets over de doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur in overheidscontracten.

Er bestaat wel een vervallen Belgisch wetsontwerp<sup>(84)</sup> dat beoogde om, naar Nederlands model, de beginselen van behoorlijk bestuur wettelijk te verankeren in een Algemene wet Bestuursrecht. In dit wetsvoorstel bestond er ook een (schakel)bepaling die net als de Nederlandse wettekst bepaalde dat specifieke beginselen van behoorlijk bestuur ook principieel van toepassing zijn op alle handelingen van de overheid<sup>(85)</sup> en dus ook op het contractueel overheidsoptreden.

### 3.2. Standpunt van de burgerlijke rechter

**49.** Het Hof van Cassatie heeft blijkbaar nog niet de kans gekregen om zich uit te spreken over de doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur in zuiver<sup>(86)</sup> contractuele overheidsverhoudingen.

Het hof aanvaardde wel al in één zeer specifiek geval dat de burgerlijke rechter een 'algemeen rechtsbeginsel van administratief recht', zijnde het gezag van gewijsde dat

(84) Voorstel van Algemene wet Bestuursrecht, *Parl.St.* Kamer 2003-04, 26 november 2003, nr. 51 496/1 (ingediend door de heren Yves Leterme en Jo Vandeurzen). Er werd al eerder een voorstel neergelegd om een algemene wet Bestuursrecht te verwezenlijken (Voorstel van algemene wet bestuursrecht van de heer Vandeurzen, mevrouw Schauvliege en de heren De Clerck, Van Parys, Vanpoucke en Van Peel, *Parl.St.* Kamer 1999-2000, nr. 50 679/1). Deze wetsvoorstellen waren bijna een kopie van de Nederlandse Awb.).

(85) Het wetsvoorstel (Voorstel van Algemene wet Bestuursrecht, *Parl.St.* Kamer 2003-04, 26 november 2003, nr. 51 0496/001, art. 3.1.1.) stelt in navolging van de Nederlandse wet dat de bepalingen vermeld in hoofdstuk III (inclusief specifieke beginselen van behoorlijk bestuur) van toepassing zijn "op andere handelingen dan besluiten, voor zover de aard van die handelingen zich daartegen niet verzet". Een soortgelijke bepaling was ook al te vinden in het oorspronkelijke wetsvoorstel (*Parl.St.* Kamer 1999-2000, nr. 50 679/1, art. 19, § 2).

De afdeling wetgeving van de Raad van State heeft in haar advies bij het wetsvoorstel echter weinig aandacht besteed aan deze specifieke schakelbepaling. Zie Adv.RvS nr. 30.416/003, *Parl.St.* Kamer 2002-03, 25 maart 2003, nr. 50 679/2, 22-23 en voetnoot 25.

(86) Cass. 14 april 2003, AR S.00.0116.N., *Arr.Cass.* 2003, 985; *JTT* 2004, 208, met andersluidende conclusie van A.G. DE RAEVE (de overheid beëindigde hier niet haar eigen contract, maar dit van een derde); Cass. 12 februari 2004, *RCJB* 2005, 207, noot D.W. DE ROY (doorwerking van beginselen in een reglementaire verhouding tussen een elektriciteitsverdelers en zijn afnemer; de eiser in cassatie ging er ten onrechte van uit dat deze verhouding contractueel van aard was); Cass. 15 mei 2008, AR C.07.0404.N (de overheid kan inzake overheidsopdrachten niet onvoorwaardelijk afwijken van de algemene aannemingsvoorwaarden en moet een afwijking ervan uitdrukkelijk en afdoende motiveren. De kwestieuze contractuele clausule maakte echter ook onderdeel uit van het bestek (reglementaire verhouding)).

verbonden is aan de beslissingen van administratieve rechtscolleges, in acht moet nemen bij de interpretatie van een koopovereenkomst die de overheid gesloten had.<sup>(87)</sup> Het Hof van Cassatie aanvaardt weliswaar dat de beginselen van behoorlijk bestuur ook algemene rechtsbeginselen (uit het administratief recht) zijn (zie nr. 18, voetnoot 45), maar de vraag rijst of men daaruit zou mogen afleiden dat de beginselen van behoorlijk bestuur ook de overheidscontracten kunnen beïnvloeden.

**50.** Men mag wel opmerken dat het Hof van Cassatie in sommige opzichten terughoudend is. Zo zou de overheid in haar contractuele arbeidsrelatie volgens het Hof van Cassatie niet gebonden zijn door het grondwettelijke gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel in de zin van artikelen 10 en 11 van de Grondwet en handhaaft het hof hier nog steeds het onderscheid tussen de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke hoedanigheid van de overheid<sup>(88)</sup>.

Het Hof van Cassatie lijkt echter ook wel oog te hebben voor de bijzondere rechtspositie van de overheid-werkgever. Zo schijnt het Hof van Cassatie wel te aanvaarden dat specifieke publiekrechtelijke rechtsregels, zoals de wetgeving in verband met de openbaarheid van bestuur<sup>(89)</sup> en de formele motiveringswet<sup>(90)</sup>, van toepassing zijn op arbeidscontracten in de publieke sector. Daaruit zou men kunnen afleiden dat de overheid die contractueel optreedt nog steeds een administratieve overheid is en ook nog aan publiekrechtelijke normen onderworpen kan zijn.

**51.** Het Hof van Cassatie erkent echter relatief zelden algemene rechtsbeginselen in het privaatrecht<sup>(91)</sup> en eist dat de geschonden normen bij voorkeur worden gezocht in de privaatrechtelijke rechtsregels.

Zo lijkt het Hof van Cassatie noch de theorie van de vertrouwensleer in het verbintenissenrecht<sup>(92)</sup>, noch de eerbied voor de gewettigde verwachtingen van een

(87) Cass. 6 februari 2009, AR C.08.0269.N, *T.Gem.* 2010, 130.

(88) Zie Cass. 29 maart 2010, AR S.08.0147.N. Deze rechtspraak lijkt echter wel moeilijk te verzoenen met het standpunt van het Grondwettelijk Hof. Het Grondwettelijk Hof aanvaardt dat het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel ook van toepassing is op zuiver private gezagsverhoudingen. Zie GwH 11 maart 2009, nr. 41/2009, onder B.8 en B.11. In dezelfde zin: GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, onder B.7.4 en B.7.7; GwH 16 juli 2009, nr. 122/2009, onder B.3.2 en GwH 16 juli 2009, nr. 123/2009, onder B.3.2.

(89) Cass. 28 maart 2011, AR S.10.0147.F.

(90) Cass. 12 mei 2014, AR S.13.0092.F.

(91) Zie A. BOSSUYT (onder toezicht van I. VEROUGSTRAETE), "Algemene rechtsbeginselen in de rechtspraak van het Hof van Cassatie", *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2002-2003*, 114-116 en 124-126.

(92) Cass. 26 maart 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, nr. 473. De draagwijdte van dit arrest is echter wat onduidelijk. Het hof oordeelt uitdrukkelijk dat zo eventueel de theorie van de vertrouwensleer in het verbintenissenrecht opgenomen is in de wettelijke bepalingen van dat recht, de schending van de specifieke wetsbepalingen moet worden aangevoerd in het cassatiemiddel, en niet de 'zogezegde' beginselen ontleend aan de theorie van de vertrouwensleer. Het Hof van Cassatie vereist aldus dat de geschonden normen bij voorkeur worden gezocht in precieze rechtsregels, voor zover die beschikbaar zijn. Zie evenwel Cass. 4 april 2008, *Arr.Cass.* 2008, nr. 205; *JT* 2008, 641, zeer kritische noot J. KIRKPATRICK.



ander<sup>(93)</sup>, noch de leer van de rechtsverwerking<sup>(94)</sup> te erkennen als algemene rechtsbeginselen. Het hof blijkt wel de leer van het schijnmandaat<sup>(95)</sup> te aanvaarden, hoewel de precieze juridische grondslag hiervan twijfelachtig blijft. Het is dus niet uitgesloten dat de vertrouwensleer in de toekomst dus toch zou kunnen evolueren naar een zelfstandig algemeen rechtsbeginsel in het privaatrecht.

Het Hof van Cassatie zou aldus weigerachtig kunnen staan tegenover de doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur in de contractuele overheidsverhoudingen, zeker wanneer er alternatieve private rechtsregels voorhanden zijn.

**52.** Het Hof van Cassatie<sup>(96)</sup> aanvaardt wel dat de fiscus het vertrouwensbeginsel moet respecteren wanneer hij in zijn verhouding met de belastingplichtige een vaste gedragsregel hanteert of afspraken maakt over een feitenkwestie<sup>(97)</sup>. Men kan echter een discussie voeren over de contractuele of reglementaire kwalificatie van dergelijke fiscale 'afspraken'<sup>(98)</sup>, zodat het niet helemaal duidelijk is of deze cassatierechtspraak de doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur in *contractuele* overheidsverhoudingen ondersteunt.

In de huidige stand van zaken is het dus niet zo eenvoudig te voorspellen of het Hof van Cassatie de doorwerking van beginselen van behoorlijk bestuur in contractuele overheidsverhoudingen al dan niet aanvaardt. Er zijn aanwijzingen in beide richtingen.

**53.** In *handelszaken* beroept men zich blijkbaar zelden op de beginselen van behoorlijk bestuur<sup>(99)</sup>. Het hof van beroep te Gent oordeelde evenwel dat de overheid in strijd

(93) Cass. 26 mei 2003, AR S.01.0108.F, conclusie LECLERCQ.

(94) Zie bijvoorbeeld Cass. 17 mei 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, nr. 546; Cass. 6 december 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, nr. 187; Cass. 20 februari 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, nr. 325; Cass. 6 november 1997, *Arr.Cass.* 1997, nr. 456.

(95) Zie Cass. 20 juni 1988, AR 7851 en AR 7934; Cass. 20 januari 2000, AR C960202N; Cass. 25 juni 2004, AR C020122F; Cass. 2 september 2010, AR C.10.0014.F; Cass. 26 oktober 2012, AR C.11.0168.N.

(96) De burgerlijke rechtspraak is zeer uitgebreid. Zie o.a. Cass. 27 maart 1992, *Arr.Cass.* 1992, 727; *Pas.* 1992, 680; Cass. 29 mei 1992, *Fisc.Koer.* 1992, 411-413; Cass. 8 januari 1993, *FJF* 1993, nr. 230, 485; Cass. 4 juni 1998, *Fisc.Koer.* 1998, 427-429; Cass. 16 oktober 1997, *Fisc.Koer.* 1997, 634-638; Cass. 18 januari 1999, *T.Not.* 2001, 659-661; Cass. 14 juni 1999, *Arr.Cass.* 1999, 352; Cass. 3 november 2000, *Arr.Cass.* 2000, nr. 596; Cass. 26 oktober 2001, *TFR* 2002, nr. 220; Cass. 11 juni 2004, *FJF* 2004/241; Cass. 3 december 2004, *Fiscoloog* 2005, nr. 966; Cass. 20 november 2006, AR F050059F; Cass. 30 mei 2008, AR F.06.0083.F; Cass. 23 juni 2008, AR C.05.0012.F; Cass. 11 februari 2011, AR F.09.0161.N, conclusie Adv. Gen. D. THUIS. Zie ook J.F. LECLERCQ (noot onder Cass. 6 november 2000), *Arr.Cass.* 2000, nr. 598. Het Hof van Cassatie oordeelt echter wel meestal dat het vertrouwensbeginsel niet tegen de duidelijke wettekst kan worden ingeroepen. Zie E. VAN DE VELDE, 'Afspraken' met de fiscus: de grenzen, *juridische kwalificatie en rechtsgevolgen*, Gent, Larcier, 2009, 480-486.

(97) Bijvoorbeeld wanneer de fiscus afspraken maakt met de belastingplichtige met betrekking tot de aftrekbaarheid van kosten of over de verhouding beroepsmatig/privégebruik.

(98) Zie uitgebreid over deze betwistingen over de juridische kwalificatie van fiscale afspraken: E. VAN DE VELDE, 'Afspraken' met de fiscus: de grenzen, *juridische kwalificatie en rechtsgevolgen*, Gent, Larcier, 2009, 321-433. De auteur zelf beschouwt deze fiscale afspraken wel als '(bevoegdheden)overeenkomsten'.

(99) De overheid die de wettelijke plicht heeft om een geldsom te betalen zonder dat een betalingstermijn is bepaald, moet wel zorgvuldig (art. 1382 BW) handelen en dus de redelijke termijn in acht nemen. Zie Cass. 27 oktober 2006, *T.Gem.* 2007, 63, noot E. VAN DE VELDE. Zie ook Cass. 8 mei 2009, AR F.08.0012.N., conclusie Adv. Gen. D. THUIS.

handelt met de beginselen van behoorlijk bestuur wanneer zij haar onbetwiste en regelmatige facturen van haar leveranciers niet binnen een redelijke termijn betaalt<sup>(100)</sup>.

De overheid moet hier dus volgens het hof de redelijke termijn als beginsel van behoorlijk bestuur respecteren bij het uitvoeren van haar contractuele betalingsplicht, voortvloeiend uit o.a. koop-<sup>(101)</sup> of aannemingsovereenkomsten.

**54.** De feitenrechters<sup>(102)</sup> en rechtsleer<sup>(103)</sup> aanvaarden wel vrij algemeen dat de (private) sociale huisvestingsmaatschappijen in hun huurrelatie met hun sociale huurders de beginselen van behoorlijk bestuur moeten respecteren<sup>(104)</sup>. De wijziging van huurvoorwaarden, de ontbinding van de huur, de vaststelling van huurschade en het opleggen van sancties zouden dan ook moeten voldoen aan de beginselen van behoorlijk bestuur. Een sociale huurder mag erop vertrouwen

(100) Gent (7de kamer) 16 oktober 2006, *P&B* 2007, 118 (117). De overheid moet eveneens bij haar optreden als makelaar/verkoper (in de precontractuele fase) de beginselen van behoorlijk bestuur respecteren: zie Gent 29 maart 2010, *NjW* 2011, 24, noot RS.

(101) Bij de beoordeling van de contractuele plicht van de koper tot gratis afstand van een strook grond aan de gemeente, oordeelde het hof van beroep te Brussel dat de overheid de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het gelijkheids-, zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel *niet* had geschonden. Zie Brussel 28 november 2011, AR. 2009/AR/1084. Hier leek het echter evenmin een zuiver contractuele verhouding voor de overheid te betreffen. Vergelijk ook GwH 17 januari 2013, nr. 3/2013 (betreffende de uitvoering van een wettelijk bepaald voorkooprecht).

(102) Vred. Zelzate 9 juni 1983, *RW* 1983-84, 2815, noot B. HUBEAU; Rb. Luik 29 juni 1987, *Amén.* 1987, 130; Vred. Ciney 9 november 1988, *RRD* 1989, 322 (met verwijzing naar Vred. Luik 17 november 181, onuitg. en Vred. Ciney 12 juni 1986, onuitg.); Rb. Luik 27 januari 1989, *JLMB* 1989, 1088; Vred. Messancy 19 januari 1994, *JJP* 1994, 338, noot B. HUBEAU; Vred. Grâce-Hollogne 16 mei 2000, *JLMB* 2000, 1341; Vred. Leuven 30 mei 2000, *RW* 2002-03, 272-73; Vred. Grâce-Hollogne 6 maart 2001, *JLMB* 2001, 1271; Vred. Charleroi 12 januari 2004, *T.Vred.* 2006, 310; Vred. Roeselare 12 mei 2005, *Huur* 2005, 151 en *T.Vred.* 2007, 158 (ten gronde werd dit laatste vonnis hervormd door Rb. Kortrijk 2 juni 2006, *T.Vred.* 2009, 341).

(103) Zie N. BERNARD en L. LEMAIRE, *Le bail de logement social à Bruxelles et en Wallonie. Approche descriptive, comparative et critique*, Brussel, Larcier, 2009, 117-118, 285-286 en 425-429; N. BERNARD en L. LEMAIRE, "Les droits et obligations du bailleur et du locataire pendant le bail (Bruxelles)" in G. BENOIT, N. BERNARD, D. DEOM, P.-M. DUFRANNE en P. JADOUL (eds.), *Le bail de logement social*, Brussel, la Charte, 2009, 194-195; N. BERNARD, "Le bail de logement et le droit fondamental à un logement décent" in G. BENOIT, N. BERNARD, D. DEOM, P.-M. DUFRANNE en P. JADOUL (eds.), *Le bail de logement social*, Brussel, la Charte, 2009, 17-19; D. DEOM en L. VANSNICK, "Le droit applicable au bail de logement social" in G. BENOIT, N. BERNARD, D. DEOM, P.-M. DUFRANNE en P. JADOUL (eds.), *Le bail de logement social*, Brussel, la Charte, 2009, 65-68; B. HUBEAU, "Huurprijbetwistingen in de sociale huur: een toets aan de beginselen van behoorlijk bestuur" (noot onder Rb. Antwerpen 10 mei 1983), *RW* 1983-84, 2241-2255 (i.h.b. 2248-2255). Voor overzichten: B. HUBEAU, "Kroniek van de sociale huisvesting (1987-1988)", *RW* 1988-89, 1249-1259; B. HUBEAU, "Kroniek van de sociale huisvesting (1989-1996)", *RW* 1996-97, 946-954; B. HUBEAU, "Kroniek van de sociale huisvesting (1996-2000)", *RW* 2001-02, 329-345; B. HUBEAU, "Kroniek van de sociale huisvesting (2000-2003)", *RW* 2004-05, 241-256; B. HUBEAU en T. VANDROMME, "Kroniek van de sociale huisvesting (2003-2009)", *RW* 2010-11, 642-664. F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 40-41 en 49-51. Voor een ruimere benadering: A. HANSELAER, B. HUBEAU en E. JANSSENS, "Behoorlijk bestuur, ook in de sociale huur: klachten over sociale huur bij de Vlaamse Ombudsdienst", *Huur: het huurrecht in de praktijk*, 2005, 116-124.

(104) De toezichhoudende overheden zien het bovendien als hun opdracht om het handelen van deze huisvestingsmaatschappijen te toetsen aan de beginselen van behoorlijk bestuur: Zie REKENHOF, *Toezichthouder voor de sociale huisvesting. Verslag van het Rekenhof aan het Vlaams Parlement*, Brussel, april 2011, 20.

dat de sociale huisvestingsmaatschappij als gespecialiseerde verhuurder een correcte huurprijfsberekening maakt op grond van de voorgelegde stukken en dat ze daarop twee jaar later niet meer terugkomt: dit vloeit volgens de rechtbank voort uit de beginselen van behoorlijk bestuur<sup>(105)</sup> zoals het vertrouwensbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Hubeau overweegt dat uit de beginselen van behoorlijk bestuur voortvloeit dat een wijziging van de huurprijs tijdig en op een correcte wijze moet worden meegedeeld met vermelding van het motief en met respect voor de gewekte verwachtingen (vertrouwensbeginsel)<sup>(106)</sup>. Een dergelijke wijziging moet ook evenredig zijn met het nagestreefde doel van algemeen belang (evenredigheidsbeginsel)<sup>(107)</sup>. Verder zal het niet volstaan dat een vertegenwoordiger van de sociale huisvestingsmaatschappij zelf de huurschade vaststelt<sup>(108)</sup> wat immers een schending zou impliceren van de fair play, de regels van de objectiviteit en het onpartijdigheidsbeginsel (nemo iudex in causa sua)<sup>(109)</sup>. Bij het opleggen van sancties moet zij als verhuurder de alternatieven afwegen<sup>(110)</sup> en dus ook het evenredigheidsbeginsel in acht nemen. Hubeau wees er al vroeg op dat de sociale huisvestingsmaatschappijen het gelijkheidsbeginsel moeten eerbiedigen: de huurprijzen van de verschillende maatschappijen en de huurprijzen van de verschillende huurders binnen eenzelfde maatschappij mogen geen ongerechtvaardigde verschillen vertonen<sup>(111)</sup>. Deze toepassing van de beginselen wordt meestal verklaard doordat er een 'openbare dienst' in het geding is. Ook hier kan men echter opnieuw de discussie voeren over de correcte kwalificatie van de 'sociale huurovereenkomst' omdat deze sociale huurcontracten zowel contractuele als reglementaire facetten vertonen<sup>(112)</sup>.

De rechters toetsen 'exoneratiebedingen' van nutsbedrijven ook aan de beginselen van behoorlijk bestuur<sup>(113)</sup>, maar de heersende rechtspraak aanvaardt thans dat deze verhouding tussen nutsbedrijven en hun afnemers reglementair, en dus niet-contractueel, van aard is<sup>(114)</sup>.

(105) Vred. Leuven 30 mei 2000, *RW* 2002-03, 272-73.

(106) B. HUBEAU, "Huurprijfsbetwistingen in de sociale huur: een toets aan de beginselen van behoorlijk bestuur" (noot onder Rb. Antwerpen 10 mei 1983), *RW* 1983-84, 2252.

(107) *Ibid.*, 2253.

(108) Vred. Grâce-Hollogne 24 maart 2000, *Echos log.* 2000, 162.

(109) B. HUBEAU, "Kroniek van de sociale huisvesting (2000-2003)", *RW* 2004-05, 244.

(110) Zie Vred. Grâce-Hollogne 16 mei 2000, *JLMB* 2000, 1341.

(111) B. HUBEAU, "Huurprijfsbetwistingen in de sociale huur: een toets aan de beginselen van behoorlijk bestuur" (noot onder Rb. Antwerpen 10 mei 1983), *RW* 1983-84, 2250-2251.

(112) B. HUBEAU en T. VANDROMME, "Kroniek van de sociale huisvesting (2003-2009)", *RW* 2010-11, 647.

(113) In geval van strijdigheid met de beginselen van behoorlijk bestuur, kunnen de exoneratiebedingen nietig worden verklaard: zie bv. Antwerpen 1 februari 2006, *RW* 2008-09, 1355; Vred. Antwerpen 9 februari 2010, *T.Vred.* 2010, 329.

(114) Uiteindelijk heeft het Hof van Cassatie de reglementaire kwalificatie van de Raad van State overgenomen: zie Cass. 4 december 2000, *RW* 2002-03, 1578, noot A. VAN OEVELEN; Cass. 26 september 2002, AR C.00.0585.F, conclusie Adv. Gen. A. HENKES; Cass. 27 november 2006, *RABG* 2007, 1257-1264, noot L. PHANG.

**55.** Een deel van de Belgische arbeidsrechtbanken en de arbeidshoven<sup>(115)</sup> aanvaardt ook dat de beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks relevant zijn in de uitvoeringsfase van de arbeidsovereenkomst in de publieke sector<sup>(116)</sup>.

Deze stelling is vooral populair bij de meeste Franstalige hoven en rechtbanken, maar zij wordt ook breed gedragen door de Nederlandstalige kamers van het arbeidshof en de arbeidsrechtbanken te Brussel.

(115) Zie Arbh. Brussel 26 november 2002, *Soc.Kron.* 2003, 458, noot J. JACQMAIN; Arbh. Brussel 10 december 2003, *JTT* 2005, 185; Arbh. Brussel (derde kamer) 30 mei 2006, *Soc.Kron.* 2007, 522; Arbh. Brussel (tweede kamer) 27 november 2007, *JTT* 2008, 167; Arbh. Luik (achtste kamer) 9 november 2007, *JTT* 2008, 73; Arbh. Brussel (tweede kamer) 18 december 2008, AR 49.475, *JTT* 2009, 153 (vernietigd bij Cass. 3 januari 2011, AR S.09.0069.F en S.10.0017.F, onuitg. en verzonden naar Arbh. Luik: het arrest werd vernietigd omdat de rechter niet geantwoord had op het verweer dat bepaalde dagen van afwezigheid moesten worden beschouwd als verlofdagen); Arbh. Bergen (eerste kamer) 27 maart 2009, *JTT* 2010, 107; Arbh. Bergen (achtste kamer) 12 mei 2010, AR 2009/AM/21557; Arbh. Bergen (tweede kamer) 6 september 2010, *JTT* 2011, 103; Arbh. Brussel (vierde kamer) 22 december 2010, AR 2009/AB/52.389, onuitg.; Arbh. Bergen (tweede kamer) 10 januari 2011, AR 201.AM.56, *JTT* 2012, 10 en *Soc.Kron.* 2013, 119 (samenvatting); Arbh. Brussel (vierde kamer) 25 mei 2011, *JTT* 2011, 473; Arbh. Luik (negende kamer) 20 juni 2011, *Soc.Kron.* 2013, 371; Arbh. Bergen (tweede kamer) 13 september 2011, AR 2011/1349, *Soc.Kron.* 2013, 390, noot L. DEAR; Arbh. Brussel (vierde kamer) 13 december 2011, *Soc.Kron.* 2013, 392; Arbh. Brussel (vierde kamer) 14 februari 2012, *JTT* 2012, 213; Arbh. Brussel (zesde kamer) 23 april 2012, *JTT* 2012, 284; Arbh. Bergen (tweede kamer) 21 november 2012, *JLMB* 2013, 1227, *Soc.Kron.* 2013, 381, noot L. DEAR; Arbh. Bergen (eerste kamer) 23 november 2012, AR 2012/AM/94, onuitg.; Arbh. Brussel (vierde kamer) 8 januari 2013, *JTT* 2013, 228, noot C.W.; Arbrb. Brussel (eerste kamer) 30 oktober 2000, *JTT* 2001, 52; Arbrb. Brussel 19 maart 2003, AR 31.279/02, onuitg.; Arbrb. Brussel 1 september 2003, AR 33.330/02, onuitg.; Arbrb. Luik (negende kamer) 13 januari 2006, *JTT* 2007, 251; Arbrb. Brussel (derde kamer) 30 november 2006, *Soc.Kron.* 2008, 268, noot; Arbrb. Brussel (eerste kamer) 26 december 2006, AR 13.841/05, onuitg.; Arbrb. Brussel 10 mei 2007, AR 2235/06, onuitg.; Arbrb. Charleroi (derde kamer) 18 juni 2007, *JTT* 2008, 172; noot S. GILSON; Arbrb. Gent (tweede kamer) 10 november 2008, AR 08/595, *Soc.Kron.* 2013, 396; Arbrb. Brussel (24ste kamer) 29 januari 2009, AR 1588/08, onuitg. (te raadplegen op <http://jure.juridat.just.fgov.be>); Arbrb. Bergen (negende kamer) 30 januari 2009, AR 06/10.939, onuitg.; zie ook Arbrb. Namen (tweede kamer) 8 november 2010, *T.Gem.* 2011, 15. Soms is de rechtspraak tamelijk neutraal: Arbh. Brussel (derde kamer) 3 september 2010, AR 2009/AB052094, *Soc.Kron.* 2013, 359. Voor andersluidende rechtspraak, zie *infra* (nr. 58).

Staan in principe toe dat de beginselen van behoorlijk bestuur doorwerken in de arbeidsovereenkomst in de publieke sector, maar niet in het geval van een ontslag om dringende reden omdat het naleven van de hoorplicht in dat geval onvereenigbaar zou zijn met het naleven van de plichten uit de duidelijke wettekst (art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet): Arbh. Luik (dertiende kamer) 5 augustus 2008, *JTT* 2009, 14; Arbh. Luik, afdeling Namen (dertiende kamer) 28 oktober 2008, *JTT* 2009, 43; Arbh. Luik, afdeling Namen (dertiende kamer) 28 juni 2011, *Soc.Kron.* 2013, 373.

(116) Zie ook voor een neutraal overzicht: W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium 2013-2014. Arbeidsrecht met fiscale notities*, Mechelen, Kluwer, 2013, III, 2034-2036. Zie ook I. VANDEN POEL, A. VAN EECKHOUTTE, S. HEYNDRIKX, G. DE MAESENEIRE en E. DE KEZEL, "Overzicht van rechtspraak. Arbeidsovereenkomsten (2005-2012)", *TPR* 2014, 307-308.

Een belangrijk deel van de (gespecialiseerde) rechtsleer<sup>(117)</sup> sluit zich hierbij aan en aanvaardt dat de beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks relevant zijn bij de interpretatie, uitvoering en beëindiging van de arbeidsovereenkomsten in de publieke sector.

- (117) S. COCKX, "Willekeurig ontslag en misbruik van ontslagrecht. Overzicht van rechtspraak (2005-2009). Deel II – Misbruik van ontslagrecht", *Or.* 2010, 150; P. CRETEUR, "Les agents contractuels de la fonction publique: avec ou sans les 'bretelles du droit administratif'? Une mode à suivre", *Le Pli juridique* 2013, 3-8; L. DEAR, "L'audition préalable et la motivation du congé" in C.E. CLESSE en S. GILSON (eds.), *Le licenciement abusif*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, 106-124; L. DEAR, "Le congé pour motif grave des contractuels de la fonction publique" (noot onder Arbh. Bergen 21 november 2012), *Soc.Kron.* 2013, 385-387; I. DE WILDE, S. AERTS en R. JANVIER, *De eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden van het (contractueel) overheidspersoneel*, Brugge, die Keure, 2014, 20 (voetnoot 70); H. DECKERS, "La sanction de l'absence d'audition préalable au licenciement d'un agent contractuel du secteur public", commentaar op Arbh. Bergen 10 januari 2011, *Soc.Kron.* 2013, 347-349; E. DE LUYCK (o.l.v. W. VAN EECKHOUTTE), *De toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij contractuele personeelsleden in de publieke sector*, Universiteit Gent, 2011-2012, 120 p. (masterproef); O. DEPRINCE, "Audition préalable et motivation du licenciement: un état de la question, quelques réflexions" in M. DUMONT (ed.), *Le droit du travail dans tous les secteurs*, Luik, Anthémis, 2008, 142-147; O. DEPRINCE, "Licenciement pour motif grave: faut-il revenir encore sur la question de l'audition préalable" in X, *Le congé pour motif grave*, Luik, Anthémis, 2011, 92; M. DETRY en D. CASTIAUX, "Les contractuels et la discipline: Quelles spécificités" in J. JACQMAIN (ed.), *Une terre de droit du travail: les services publics*, Brussel, Bruylant, 2005, 227-230; A. FEYT, "La fonction publique de demain sera-t-elle de carrière ou d'emploi?" in het themanummer: *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation?*, *Rev.dr.ULB* 2006, 250-251 en 255-256; S. GILSON, "Les obligations particulières des employeurs publics du licenciement lors du licenciement de leurs travailleurs contractuels" (noot onder Arbrb. Charleroi (derde kamer) 18 juni 2007), *JTT* 2008, 174-175; J. JACQMAIN, "The (wo)men who juggled with the civil service, and broke it" in S. DEPRE en C. MOLITOR (eds.), *État des lieux de la fonction publique. Actes de la matinée d'études organisée par l'Association francophone des sciences de l'administration et de la gestion publiques Bruxelles, le 6 mai 2004*, Brussel, Bruylant, 2005, 123-124; J. JACQMAIN, "Le licenciement des travailleurs contractuels dans les services publics: avec ou sans motivation formelle?", *Soc.Kron.* 2007, 514-515; R. JANVIER en K. JANSSENS, *De mythe van het statuut voorbij? De nieuwe overheidswerknemer is opgestaan!*, Brugge, die Keure, 2003, 183-192 en 216-220; R. JANVIER, "Een volwaardige tuchtregeling voor contractanten in overheidsdienst", *TSR* 2008, 310-312; M. JOURDAN, "La rupture de la relation de travail des membres du personnel soumis à la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail" in J. JACQMAIN (ed.), *Une terre de droit du travail: les services publics*, Brussel, Bruylant, 2005, 342 en 347-353; F. LAMBINET en S. GILSON, "Le droit de licencier en question: une confrontation avec les droits fondamentaux des travailleurs", *BSJ*, oktober 2013, Anthémis, 10; F. LAMBINET en S. GILSON, "De la nécessité de l'audition préalable au congé à l'égard des contractuels de la fonction publique", kritische noot onder Arbh. Luik 5 september 2012, *Soc.Kron.* 2013, 339-346; B. LOMBAERT, "La distinction entre régime statutaire et régime contractuel est-elle encore pertinente? Faut-il repenser la nature juridique de la relation de travail dans la fonction publique?" in S. DEPRE en C. MOLITOR (eds.), *État des lieux de la fonction publique. Actes de la matinée d'études organisée par l'Association francophone des sciences de l'administration et de la gestion publiques Bruxelles, le 6 mai 2004*, Brussel, Bruylant, 2005, 100-103; B. LOMBAERT, I. MATHY en V. RIGODANZO, *Éléments du droit de la fonction publique*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2007, 65-67; S. PALATE, "Quelles sont les autorités tenues d'appliquer le principe *audi alteram partem* en cas de licenciement d'un travailleur contractuel?", *Bull.Soc.Jur.* 2012, nr. 485 (deze auteur maakt de toepassing van de hoorplicht afhankelijk van 2 criteria, een persoonlijk criterium (hoedanigheid van administratieve overheid) en een materieel criterium (bestuurshandeling, waarbij de ontslaghandeling een bestuurlijke rechtshandeling zou zijn); S. RENETTE en J. PUT, "Ontslag wegens dringende reden van een contractueel aangeworven personeelslid" (noot onder Arbrb. Hasselt 26 oktober 2000), *T.Gem.* 2001, 255-262; T. STIEVENAERD, "Le licenciement des agents contractuels des collectivités locales", *Rev.dr.comm.* 2003, 47-81. Zie ook M. PAQUES, "L'hypothèse du contrat dans la fonction publique locale", *TSR* 1996, 38. Weinig enthousiast en twijfelend: W. RAUWS, "Aansprakelijkheids- en tuchtregeling voor contractuelen bij de overheid" in M. DE VOS en I. PLETS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 156-163. Voor andersluidende rechtsleer: zie *infra*, nr. 58.

Deze rechtspraak en rechtsleer wijzen vooral op de toepassing van de hoorplicht en oordelen dan ook dat de overheid bij iedere ernstige maatregel die de belangen van de werknemer zwaar aantasten, zoals het ontslag dat is ingegeven door de persoon of het gedrag van de overheidscontractant, in principe de hoorplicht moet respecteren.

**56.** Het verhoor zou volgens deze strekking ook zo georganiseerd moeten worden dat de werknemer de mogelijkheid heeft om zijn verweer op een *doeltreffende wijze* te voeren<sup>(118)</sup>, zodat ook de rechten van verdediging op de achtergrond een rol kunnen spelen:

- de oproeping voor een verhoor voorafgaand aan de zwaarwichtige beslissing zou dan noodzakelijk de overwogen maatregel of beslissing moeten vermelden<sup>(119)</sup>;
- de overheidscontractant zou zich moeten kunnen laten bijstaan door een raads- of vertrouwenspersoon van zijn keuze<sup>(120)</sup>;
- de overheidscontractant zou ook een voldoende voorbereidingstijd moeten krijgen<sup>(121)</sup>.

In een vergelijkbare zin oordeelde het arbeidshof te Luik<sup>(122)</sup> dat de overheid die haar arbeidscontractant oproept om één uur later te worden verhoord, zonder hem van de reden van zijn oproeping in kennis te stellen, zonder dat de werknemer kennis heeft kunnen nemen van de vooraf bij meerdere personeelsleden ingewonnen verklaringen en zonder dat hij kan worden vergezeld door zijn vakbondsafgevaardigde, die op die dag afwezig was, diens *rechten van verdediging* niet nauwgezet heeft nageleefd.

De overheid zou bij het voeren van haar onderzoek ook blijk moeten geven van objectiviteit, onafhankelijkheid en onpartijdigheid in de mate dat deze eisen verenigbaar zijn met haar eigen structuur en het continuïteitsbeginsel<sup>(123)</sup>. Het arbeidshof te Brussel oordeelde zo al dat de overheid bij de opzegging van haar arbeidsovereenkomst gebonden is aan het onpartijdigheidsbeginsel en dat het niet horen van alle personen die bij een incident betrokken zijn, een schijn van partijdigheid kan wekken<sup>(124)</sup>. Ook zou men kunnen denken aan het evenredigheidsbeginsel waarbij de contractuele maatregelen (of sancties) van de overheid in een redelijke verhouding zouden moeten staan met de feiten die aan de overheidscontractant worden verweten.

**57.** Deze rechtspraak verklaart de doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur soms door te vermelden dat de betrokken werkgever een administratieve over-

(118) Arbh. Brussel (vierde kamer) 13 december 2011, *Soc.Kron.* 2013, 392.

(119) Arbh. Brussel (zesde kamer) 23 april 2012, *JTT* 2012, 284.

(120) Arbh. Brussel (vierde kamer) 8 januari 2013, *JTT* 2013, 228.

(121) Zie Arbrb. Brussel 10 mei 2007, AR 2235/06, onuitg.: "*l'agent a le droit: de connaître les faits retenus par l'administration pour fonder sa décision; de disposer du temps nécessaire pour préparer sa défense; de demander l'assistance d'un conseil; d'être entendu et de pouvoir produire ses moyens de défense.*"

(122) Arbh. Luik (negende kamer) 20 juni 2011, *Soc.Kron.* 2013, 371.

(123) In de praktijk zullen verschillende hiërarchische oversten het onderzoek kunnen voeren en zal het naleven van het onafhankelijkheids- en onpartijdigheidsbeginsel allicht moeilijk verenigbaar zijn met de structuur van de overheid. Zie ook M. JOURDAN, "La rupture de la relation de travail des membres du personnel soumis à la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail" in J. JACQMAIN (ed.), *Une terre de droit du travail: les services publics*, Brussel, Bruylant, 2005, 229.

(124) Arbh. Brussel (derde kamer) 30 mei 2006, *Soc.Kron.* 2007, 522.

heid is<sup>(125)</sup>. Men aanvaardt dan blijkbaar als uitgangspunt dat administratieve overheden aan bijkomende plichten moeten voldoen en dat de administratieve overheid deze hoedanigheid niet verliest bij het uitvoeren van haar contracten<sup>(126)</sup>. In andere gevallen wijst de rechtspraak erop dat de overheid een openbare dienst vervult of steeds het algemeen belang behartigt<sup>(127)</sup> en dus nooit kan worden beschouwd als een zuiver private persoon<sup>(128)</sup>. Aldus zou de contractuele overheidsverhouding niet enkel beheerst kunnen worden door het privaatrecht, maar ook door normen van het publiekrecht. De rechtspraak wijst ook op de doelstelling van de betrokken beginselen van behoorlijk bestuur die ertoe bijdragen dat het bestuur op een zorgvuldige wijze zijn beslissing kan voorbereiden, nemen en uitvoeren<sup>(129)</sup>. Ten slotte wijst deze rechtspraak ook op de vergelijkbaarheid tussen ambtenaren en overheidscontractanten en de wenselijkheid om beide gelijk te behandelen<sup>(130)</sup>. Sommige rechtsgeleerden wijzen ook nog op de bijzondere voorbeeldfunctie van de overheid<sup>(131)</sup>.

**58.** Een ander deel van de rechtspraak<sup>(132)</sup> en rechtsleer<sup>(133)</sup> wijst de doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur in arbeidsovereenkomsten van de hand omdat zij enkel een compenserende of waarborgende functie van deze beginselen

(125) Zie bijvoorbeeld Arbh. Bergen (tweede kamer) 10 januari 2011, AR 2010.AM.56, *JTT* 2012, 10 en *Soc.Kron.* 2013, 119 (samenvatting): “Lorsque l’employeur est une autorité administrative, il est tenu au respect d’obligations particulières qui s’ajoutent au droit commun du travail, à savoir l’audition du travailleur préalablement au licenciement et la motivation du celui-ci.”

(126) Arbh. Brussel 27 november 2007, *JTT* 2008, 167.

(127) De rechtspraak zoekt daarvoor aansluiting bij de inzichten van F. VANDENDRIESSCHE, “Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur” in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 35-65.

(128) Zie bijvoorbeeld M. DETRY en D. CASTIAUX, “Les contractuels et la discipline: Quelles spécificités” in J. JACQMAIN (ed.), *Une terre de droit du travail: les services publics*, Brussel, Bruylant, 2005, 229.

(129) Zie bijvoorbeeld over de hoorplicht: Arbh. Bergen (tweede kamer) 10 januari 2011, AR 2010.AM.56, *JTT* 2012, 10 en *Soc.Kron.* 2013, 119 (samenvatting): “Le but est de permettre à l’autorité administrative d’être informée de manière complète des circonstances qui peuvent l’amener à agir et de lui éviter tout risque d’erreur.” Zie ook L. DEAR, “L’audition préalable et la motivation du congé” in C.E. CLESSE en S. GILSON (eds.), *Le licenciement abusif*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, 107.

(130) Zie bijvoorbeeld Arbh. Brussel (derde kamer) 30 mei 2006, *Soc.Kron.* 2007, 522; Arbh. Brussel (derde kamer) 3 september 2010, AR 2009/AB052094, *Soc.Kron.* 2013, 359.

(131) F. VANDENDRIESSCHE, “Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur” in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 39-44 (nr. 58).

(132) Arbh. Antwerpen (tweede kamer) 20 april 2009, *Soc.Kron.* 2013, 355; Arbh. Luik (vijfde kamer) 24 juni 2009, *JTT* 2010, 13; Arbh. Luik (vijfde kamer) 22 december 2010, AR 36.666/AL/2009, *Soc.Kron.* 2013, 368; Arbh. Luik (vijfde kamer) 5 september 2012, *JTT* 2013, 247 en *Soc.Kron.* 2013, 378, instemmende noot K. SALOMEZ en H. FUNCK (p. 339); Arbh. Gent (derde kamer) 13 februari 2013, *Soc.Kron.* 2013, 366; Arbrb. Doornik 7 maart 2006, AR 76.913, onuitg.; Arbrb. Gent (vierde kamer) 6 december 2007, *RW* 2008-09, 1480, instemmende noot K. SALOMEZ; Arbrb. Leuven 21 februari 2008, AR 1770/06, onuitg.; Arbrb. Tongeren 2 oktober 2008, *Limb.Rechtsl.* 2010, 225.

(133) A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 576-581; A. DE BECKER, “De motivering van het ontslag van een arbeidscontractant in de publieke sector”, *RW* 2007-08, 90-102; A. DE BECKER, “Het ontslag van arbeidscontractanten in de publieke sector” in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht. Actualia van het ontslagrecht*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2010, 171-174; D. BEIRENS, “Ontslag van een contractueel personeelslid van een lokale overheid”, instemmende noot onder Arbh. Gent (derde kamer) 13 februari 2013, *T.Gem.* 2014, 132; V. LOUCKX, “Fonction publique: audition préalable au licenciement d’un contractuel?” in *Licenciement et démission*, Kluwer, 2012, nr. 11, 1-7; K. SALOMEZ, “Ontslag van contractanten in overheidsdienst, publiek of privaat recht?” (noot onder Arbrb. Gent 6 december 2007), *RW* 2008-09, 1481-1485; K. SALOMEZ en H. FUNCK, “Le licenciement d’un agent contractuel

aanvaardt. De beginselen zouden dan ook functioneel niet relevant zijn bij individuele contractuele overheids-handelingen waarbij de overheid veelal te vergelijken is met een gewone private werkgever die geen bestuurlijke macht uitoefent. De toepassing van deze beginselen op contractuele handelingen van de overheid zou in deze visie dan ook een discriminatie impliceren tussen de overheidscontractanten en de private werknemers<sup>(134)</sup>. Soms merkt men op dat de toepassing van de beginselen problematisch is omdat zij moeilijk te verzoenen is met de duidelijke dwingende rechtsregels die deze verhouding al beheersen, zoals bijvoorbeeld de korte dwingende termijnen in verband met het ontslag om dringende redenen<sup>(135)</sup>. Ten slotte zou de overheid die opteert voor het arbeidscontract, willens en wetens afwijken van haar publiekrechtelijke verhouding en in die zin niet langer te beschouwen zijn als een administratieve overheid<sup>(136)</sup>, maar als een (private) werkgever die als dusdanig enkel onderworpen is aan het private arbeidsovereenkomstenrecht<sup>(137)</sup>.

Deze visie wordt vooral verdedigd in het Nederlandse taalgebied, maar ook de vijfde kamer van het Arbeidshof te Luik onderschrijft dit standpunt.

**59.** De kloof tussen beide voornoemde visies is in theorie vrij groot, maar hoeft in de praktijk niet altijd tot andere conclusies te leiden.

Hoewel bepaalde (Nederlandstalige) rechtsleer weinig enthousiasme kan opbrengen voor de rechtstreekse doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur, lijkt deze rechtsleer wel te aanvaarden dat vergelijkbare plichten in contractuele overheidsverhoudingen op een 'indirecte' wijze zouden kunnen voortvloeien uit privaatrechtelijke open normen zoals bijvoorbeeld de 'goede trouw'<sup>(138)</sup>, het verbod

---

d'un service public, un acte non de droit public mais de droit privé", *Soc.Kron.* 2013, (333) 338-339; K. SALOMEZ en H. FUNCK, "De la nécessité de l'audition préalable au congé à l'égard des contractuels de la fonction publique" (noot onder Arbh. Luik 5 september 2012), *Soc.Kron.* 2013. Zie ook impliciet A. DE BECKER, "De rechtspositieregeling van vijf grote Vlaamse steden twee jaar na de inwerkingtreding van het Besluit van de Vlaamse regering van 7 december 2007", *T.Gem.* 2011, 18 (nr. 56). Deze auteurs verzetten zich ook tegen de toepassing van bepaalde publieke rechtsregels (Formele motiveringswet, Openbaarheid van bestuur) op overheidscontracten.

(134) Zie bijvoorbeeld Arbh. Luik (vijfde kamer) 5 september 2012, *JTT* 2013, 247, *Soc.Kron.* 2013, 378.

(135) Zie bv. V. LOUCKX, "Fonction publique: audition préalable au licenciement d'un contractuel?" in *Licenciement et démission*, Kluwer, 2012, nr. 11, 4-5. Hoewel dit argument niet zozeer het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur betreft, maar veeleer hun mogelijks problematische verhouding tot bepaalde rechtsregels.

(136) Deze aanname is wel tamelijk riskant. Er zijn immers sterke indicaties in de rechtspraak dat een overheid die opteert voor een arbeidsovereenkomst, haar hoedanigheid van administratieve overheid bewaart. Zie RvS (8ste kamer) 10 februari 2004, nr. 127.986, OCMW Houyet. Vergelijk ook Cass. 28 maart 2011, AR S.10.0147.F; Cass. 12 mei 2014, AR S.13.0092.F. waarbij de regelgeving die enkel van toepassing is op administratieve overheden ook op het eerste gezicht van toepassing blijft op de overheid in haar contractuele arbeidsrelatie.

Een onderzoek naar de uitoefening van de imperiumbevoegdheid is bovendien blijkbaar enkel van belang om na te gaan of een *private persoon* een administratieve overheid is: Cass. 10 september 2009, AR C.09.0102.N. en AR C.09.0108N, gelijklopende conclusie DUBRULLE; Cass. 30 mei 2011, AR C.10.0508.N., conclusie DUBRULLE.

(137) Zie Arbh. Gent (derde kamer) 13 februari 2013, *Soc.Kron.* 2013, 366.

(138) A. DE BECKER, "De motivering van het ontslag van een arbeidscontractant in de publieke sector", *RW* 2007-08, 94; K. SALOMEZ, "Ontslag van contractanten in overheidsdienst, publiek of privaat recht?" (noot onder Arbrb. Gent 6 december 2007), *RW* 2008-09, 1481-1485.



van rechtsmisbruik<sup>(139)</sup> of artikel 16 van de Arbeidsovereenkomstenwet<sup>(140)</sup>. Toch mag men opmerken dat de rechtspraak deze open private normen zelden op die wijze invult.

De rechtsleer uit bestuursrechtelijke hoek<sup>(141)</sup> lijkt dan weer wat gemakkelijker te aanvaarden dat de beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks van toepassing zijn op contractuele overheidsverhoudingen.

**60.** Sommige auteurs pleiten zelfs op een progressieve wijze voor een nog ruimer toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur. Zij lijken aan te nemen dat de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn op alle private machtsverhoudingen, eventueel via de beginselen van goed werkgeverschap<sup>(142)</sup>. Sommige rechtsleer wijst ook op de mogelijke invloed van het Handvest van de

(139) D. CUYPERS, "Over ontslagmotieven, motiveringswet en rechtsmisbruik. Commentaar bij het arrest op 30 mei 2006 gewezen door het Arbeidshof Brussel", *Soc.Kron.* 2007, 512-513; D. CUYPERS, "Actualia willekeurig ontslag en misbruik van ontslagrecht" in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht. Actualia van het ontslagrecht*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2010, 286-287.

(140) "Werkgever en werknemer zijn elkander eerbied en achting verschuldigd. Gedurende de uitvoering van de overeenkomst moeten zij de welvoegelijkheid en de goede zeden in acht nemen en doen in acht nemen."

(141) Zie bv. S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, "De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA's en EVA's", *TBP* 2011, 27; J. Geerts, "Private en publieke groepsaankopen door lokale besturen – Van het stookoliearrest tot de opdrachtcentrale", *T.Gem.* 2014/1, (16) 25; F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 35-65; E. VAN DE VELDE, 'Afspraken' met de fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen, Gent, Larcier, 2009, 472-501 en 513; S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking. Een analyse van het openbaar en privaat domein, van de domeinconcessies, de concessies van openbare werken, de concessies van diensten en hun aanbesteding*, Brugge, die Keure, 2007, 206-208; K. WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsvereenkomsten. De preventieve en jurisdictionele rechtsbescherming bij de gunning van overheidsvereenkomsten in Nederland, Frankrijk en België en de mogelijke invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2009, 141-143. Zie ook J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 12-13; J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Mechelen, Kluwer, 2004, 9-13.

(142) Zie M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie. Over arbeid in zijn verhouding tot kapitaal doorheen het recht*, Antwerpen/New York/Oxford, Intersentia, 2004, 71-100; W. VAN GERVEN, "Aan de samenvloeiing van privaat- en publiekrecht: gelede normstelling en beginselen van behoorlijk handelen" in X, *In orde. Liber amicorum Pieter VerLoren van Themaat*, Deventer, Kluwer, 1982, 99-109; W. VAN GERVEN, *Beginselen van behoorlijk handelen*, Gent/Zwolle, E. Story-Scientia en Tjeenk Willink, 1983, 21 p.; W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen Deel, 40 jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen, Kluwer, 2010, 138-139, 484 en 525. Deze stroming van 'private governance' kan worden teruggevoerd op de belangwekkende studie van P. SELZNICK, *Law, Society and industrial Justice*, New York, Russell Sage Foundation, 1969, 282 p.

Ook in de Nederlandse doctrine en in bepaalde rechtspraak vindt deze visie weerklank: zie reeds vroeg G. HEKELMAN, *Tekorten van het arbeidsrecht. Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van gewoon hoogleraar in het arbeidsrecht en het orderingsrecht aan de universiteit van Amsterdam*, Alphen aan den Rijn, Samsom, 1967, 17-18. Vooral HEERMA VAN VOSS heeft deze visie herhaaldelijk verdedigd sinds zijn proefschrift: G.J.J. HEERMA VAN VOSS, *Ontslagrecht in Nederland en Japan. De spanning tussen zekerheid van de dienstbetrekking en flexibiliteit van de onderneming*, Deventer, Kluwer, 1992, 285-317.

grondrechten van de Europese Unie<sup>(143)</sup> dat ertoe zou kunnen leiden dat ook private werkgevers onder omstandigheden aan bijkomende plichten moeten voldoen.

Deze rechtsleer beschouwt de beginselen van behoorlijk bestuur aldus als normen die een nuttige waarborgende of corrigerende functie kunnen uitoefenen in alle (feitelijke of juridische) machtsverhoudingen<sup>(144)</sup>.

### 3.3. Standpunt van het Grondwettelijk Hof

**61.** Hoewel het Grondwettelijk Hof af en toe de beginselen van behoorlijk bestuur betreft in zijn beoordeling<sup>(145)</sup>, heeft het zich blijkbaar ook nog niet uitdrukkelijk uitgesproken over het precieze toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur<sup>(146)</sup>.

In één arrest van 22 maart 2012 aanvaardde het Grondwettelijk Hof wel nog dat het verschil tussen de statutaire tewerkstelling in het officieel onderwijs en de contractuele tewerkstelling in het vrije onderwijs nog steeds rechtvaardigt dat voor de beëindiging van beide tewerkstellingsvormen andere (procedurele) waarborgen gelden<sup>(147)</sup>. Dat verschil in behandeling heeft volgens het Grondwettelijk Hof geen onevenredige gevolgen omdat de statutair tewerkgestelde leerkracht in het officieel onderwijs beschikt over waarborgen die onder meer voortvloeien uit de algemene beginselen van het administratief recht<sup>(148)</sup>. Uit dit arrest zou men dus eventueel (*a contrario*) kunnen afleiden dat de beginselen van behoorlijk bestuur volgens het hof enkel een compenserende functie hebben en dus niet van toepassing zouden zijn op de beëindiging van een arbeidsovereenkomst in de publieke sector.

### 3.4. Standpunt van de toezichthoudende overheden en het Rekenhof

**62.** De toezichthoudende overheden kunnen *alle* (ook individuele)<sup>(149)</sup> handelingen van de onder hun toezicht staande personen, binnen de grenzen van hun wettelijke

(143) Zie bijvoorbeeld L. MONSEREZ, "Het Verdrag van Lissabon: een echte bres in de ontslagmacht van de werkgever?", *Or.* 2010, 97-110.

(144) Het Hof van Cassatie wijst de doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur in zuiver *private* verhoudingen in elk geval resoluut van de hand, zelfs wanneer taken van algemeen belang worden behartigd. Zie Cass. 21 maart 1994, *Soc.Kron.* 1994, 161 (private onderwijsinstellingen); Cass. 9 september 2004, AR C.03.0410.F (private ziekenhuizen). Vergelijk ook Cass. 25 februari 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 690.

(145) Zie voor een bespreking van deze rechtspraak: J. THEUNIS, "De toetsing aan grondrechten door het Grondwettelijk Hof – Overzicht van rechtspraak 2011", *TBP* 2012, 629-630; P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2008, 144-164.

(146) Soms lijkt het Grondwettelijk Hof (in niet-contractuele verhoudingen) evenwel een ruim toepassingsgebied te geven aan de beginselen van behoorlijk bestuur. Zie GwH 6 april 2011, 50/2011, overweging B.61.3.: "Die beoordelingsvrijheid ontslaat hen [de administratieve overheden] evenwel niet van de verplichting om voor elke individuele beslissing de beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen."

(147) GwH 22 maart 2012, nr. 49/2012.

(148) GwH 22 maart 2012, nr. 49/2012, overweging B.11.

(149) De beslissingen van de toezichthoudende overheden worden in principe niet gepubliceerd en werden door mij persoonlijk geraadpleegd. Deze beslissingen zijn ook niet altijd gedateerd. De

bevoegdheid, toetsen aan de wet/het recht<sup>(150)</sup>. Deze wettelijke bevoegdheid wordt zo ingevuld dat zij ook kunnen toetsen aan de beginselen van behoorlijk bestuur die worden geacht onder het wets- of rechtsbegrip te vallen<sup>(151)</sup>. Wanneer zij de handelingen ter uitvoering van het contract van de onder hun toezicht staande personen toetsen aan de beginselen van behoorlijk bestuur gaat het dus om een rechtmatigheidscontrole.

**63.** De Vlaamse decreetgever heeft ook aan de toezichthouder op de sociale huisvesting een zeer ruime wettelijke bevoegdheid gegeven, inclusief een controlebevoegdheid over bepaalde private rechtspersonen. Deze toezichthouder controleert de verrichtingen die de diverse sociale woonorganisaties uitvoeren krachtens de Wooncode. Hij oefent o.a. toezicht uit op de verrichtingen van lokale overheden in het raam van de Wooncode, zoals de beslissingen over verhuring, verkoop van sociale woningen door de OCMW's, gemeenten of verenigingen van gemeenten<sup>(152)</sup>.

Ook deze toezichthouder ziet het als zijn wettelijke opdracht erover te waken dat de diverse publiekrechtelijke en privaatrechtelijke actoren onder zijn toezicht handelen conform de bestaande regelgeving en de beginselen van behoorlijk bestuur<sup>(153)</sup>. Vooral wanneer een bepaalde materie niet of weinig gedetailleerd geregeld is, zoals de beheersfacetten van de sociale huisvestingsmaatschappijen, zal de toezichthouder zich laten leiden door de beginselen van behoorlijk bestuur<sup>(154)</sup>. Ook hier wordt er toezicht gehouden op de verrichtingen van administratieve overheden en andere (private) rechtspersonen en controleert hij de huurlasten, huurprijzen, toewijzing van de huurwoningen, de overheidsopdrachten, de aanwerving van personeel, de verloning van het personeel, de toegekende managementpremies, de groepsverzekering en de zitpenningen. Bij deze controle zal de toezichthouder echter vooral toetsen aan specifieke regels. De beginselen van behoorlijk bestuur, en vooral de *zuinigheidsplicht*, spelen een voorname rol bij het beoordelen van de rechtmatigheid van uitgaven in verband met de aankoop, het leasen of het huren van dienstwagens<sup>(155)</sup>, de organisa-

---

anonimiteit van deze beslissingen moet echter worden verzekerd, daarom heb ik bij het citeren van de beslissingen de namen van de betrokkenen niet vermeld.

- (150) Zie voor het bestuurlijk toezicht op de Vlaamse lokale besturen: art. 255-256 Vlaams Gemeentedecreet; art. 248-249 Vlaams Provinciedecreet en art. 257 e.v. Vlaams OCMW-Decreet. Zie voor het bestuurlijk toezicht op de Waalse overheden: art. L3111-1 e.v. en art. L3121-1 e.v. Code 22 april 2004 de la démocratie locale et de la décentralisation (BS 12 augustus 2004).
- (151) W. VANDENHAUTE, "Administratief toezicht op de beslissingen inzake het gemeentepersoneel" in J. DUJARDIN en M. VAN DAMME (eds.), *Rechtspositieregeling van het personeel bij de lokale besturen*, Brugge, die Keure, 2008, 286. De diverse rondzendbrieven geven uitdrukkelijk aan dat de toezichthoudende overheden bevoegd zijn om te toetsen aan de beginselen van behoorlijk bestuur: zie bijvoorbeeld art. 1.7.1. Omz. 10 juni 2011 BB 2011/01 coördinatie van de onderrichtingen over de gemeentefiscaliteit (BS 4 juli 2011).
- (152) Zie REKENHOF, *Toezichthouder voor de sociale huisvesting. Verslag van het Rekenhof aan het Vlaams Parlement*, Brussel, april 2011, 7.
- (153) Zie REKENHOF, *Toezichthouder voor de sociale huisvesting. Verslag van het Rekenhof aan het Vlaams Parlement*, Brussel, april 2011, 20; AGENTSCHAP INSPECTIE RWO AFDELING TOEZICHT, *Jaarrapport 2010*, Brussel, 31 maart 2011, 6, 19 en 24 (te raadplegen op [www.rwo.be](http://www.rwo.be)). Zie ook S. WINTERS, W. VAN DOOREN en J. VOETS, *Optimalisering van het toezicht op de woonactoren*, eindrapport (oktober 2011).
- (154) Zie REKENHOF, *Toezichthouder voor de sociale huisvesting. Verslag van het Rekenhof aan het Vlaams Parlement*, Brussel, april 2011, 25.
- 155 Zie bijvoorbeeld MB 8 februari 2010 houdende uitspraak in de beroepsprocedure in toepassing van artikel 47, § 1, van de Vlaamse Wooncode betreffende de beslissing van de sociale

tie van studiereizen<sup>(156)</sup>, de aanwerving en de bezoldiging van personeel, de deelname aan evenementen en schenkingen<sup>(157)</sup>. De contractueel aangegane verbintenissen van de onder toezicht staande personen worden dus getoetst aan de beginselen van behoorlijk bestuur. Ook wanneer een sociale huisvestingsmaatschappij besluit een bestaand leasingcontract op te zeggen om een nieuwe wagen aan te schaffen voor haar directeur, kan de toezichthouder deze beslissing vernietigen wegens schending van de beginselen van behoorlijk bestuur<sup>(158)</sup>.

De toezichthouder verwijst bij zijn optreden naar de maatschappelijke opdracht van de sociale huisvestingsmaatschappijen, die tot een zuinig beheer noopt, of herinnert eraan dat deze maatschappijen de gemeenschapsgelden maximaal moeten bestemmen voor het beoogde doel van algemeen belang<sup>(159)</sup>.

**64.** Ook de besluiten die de lagere overheden nemen in uitvoering van hun arbeidsovereenkomsten, zullen de toezienende overheden bijna<sup>(160)</sup> steeds toetsen aan de beginselen van behoorlijk bestuur. Het gaat hier meestal over de besluiten van de overheid tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst waarbij de toezichthoudende overheden opnieuw eisen dat de lagere overheden de hoorplicht (en de formele motiveringsplicht) naleven bij het ontslag van hun contractuele personeel<sup>(161)</sup>. De arbeidsrechtbank van Leuven wijst een dergelijk bestuurlijk toezicht echter als onrechtmatig van de hand<sup>(162)</sup>, daar waar de Raad van State dit bestuurlijk toezicht wel rechtmatig acht<sup>(163)</sup>.

---

huisvestingsmaatschappij Inter-Vilvoordse Maatschappij voor Huisvesting met betrekking tot de leasing van een voertuig voor een stafmedewerker, BS 19 februari 2010: "(...) *Dat de toezichthouder meent dat het leasingcontract strijdig is met het zuinigheidsbeginsel en vatbaar voor kritiek vanwege de publieke opinie (...)*."

- (156) Zie REKENHOF, *Toezichthouder voor de sociale huisvesting. Verslag van het Rekenhof aan het Vlaams Parlement*, Brussel, april 2011, 60 (tabel 1). Vergelijk ook RvS 28 maart 2011, nr. 212.262, cvba Gewestelijke Maatschappij voor de kleine landeigendom Klein-Brabant.
- (157) Zie AGENTSCHAP INSPECTIE RWO AFDELING TOEZICHT, *Jaarrapport 2010*, Brussel, 31 maart 2011, 26 (te raadplegen op [www.rwo.be](http://www.rwo.be)).
- (158) AGENTSCHAP INSPECTIE RWO AFDELING TOEZICHT, TITEL EN PLAATS ONTBREKEN, 16 september 2011 m.b.t. de aankoop van een dienstwagen voor de directeur, [www.rwo.be](http://www.rwo.be) (onder 'uitspraken').
- (159) Zie REKENHOF, *Toezichthouder voor de sociale huisvesting. Verslag van het Rekenhof aan het Vlaams Parlement*, Brussel, april 2011, 25.
- (160) De gouverneur van Antwerpen bleek in het verleden zeer zelden ontslagbeslissingen te schorsen. Personen die een onregelmatigheid bij hun ontslag aanklaagden bij de toezichthoudende overheid, werden (intern) aangemoedigd om het geschil voor te leggen aan de arbeidsrechtbank (aan mij meegedeeld in private correspondentie).
- (161) Dit is het standpunt van de Vlaamse minister (bijvoorbeeld MB 20 april 2006 houdende vernietiging van het besluit van (...) 6 september 2005 houdende verbreking van een contract van een personeelslid; MB houdende vernietiging van het besluit van (...) 17 september 2008 waarbij de arbeidsovereenkomst met (...) wordt beëindigd (ABBFP-15CA-1-09-226). Dit standpunt wordt dan ook gevolgd door de diverse Vlaamse provinciegouverneurs. Zie bijvoorbeeld B. gouverneur Oost-Vlaanderen betreffende de schorsing van de uitvoering van het besluit van 27 juli 2006 (...) houdende ontslag van (...), gebrevetteerd verpleegkundige.
- (162) Arbrb. Leuven 21 februari 2008, AR 1770/06, 2-3, onuitg. Deze rechtbank oordeelt dat enkel de arbeidsrechtbanken en -hoven exclusief bevoegd zijn om deze arbeidsrechtelijke geschillen te beoordelen.
- (163) RvS (8ste kamer) 15 februari 2002, nr. 103.610, OCMW Houyet; RvS (8ste kamer) 10 februari 2004, nr. 127.986, OCMW Houyet; RvS (8ste kamer) 19 februari 2008, nrs. 179.869 en 179.870, Fosses-la-Ville.

Hierna volgt een kleine greep uit de grote hoeveelheid niet-gepubliceerde uitspraken van deze bestuurlijke toezichthouders.

- De overheid zou bij haar besluit tot terugvordering van bepaalde kosten ten aanzien van haar contractuele personeel, bijvoorbeeld de vormings- en verplaatsingskosten, de beginselen van behoorlijk bestuur en in het bijzonder het vertrouwensbeginsel, in acht moeten nemen<sup>(164)</sup>.
- De overheid zou niet in overeenstemming met de beginselen van behoorlijk bestuur handelen wanneer zij besluit dat haar contractuele personeelslid onwettig afwezig is omdat het laattijdig zijn ziektebriefje heeft ingediend, wanneer er geen arbeidsreglement bestaat en er dus geen modaliteiten bekend zijn over de wijze waarop een ziekte van een personeelslid gemeld moet worden en de betrokken contractant blijkbaar de interne procedurele aanwijzingen heeft gevolgd<sup>(165)</sup>.

In andere gevallen aanvaarden de toezichthouders dat de overheid de beginselen van behoorlijk bestuur schendt wanneer zij haar eigen reglementen niet naleeft.

- De overheid zou niet handelen in overeenstemming met de beginselen van behoorlijk bestuur wanneer zij, na een ongunstige evaluatie, functioneringsgesprekken organiseert waarbij zij de regels (termijnen) die geregeld worden in het reglement voor het contractuele personeel niet eerbiedigt<sup>(166)</sup>.
- De toezichthoudende overheid oordeelt ook dat als een ontslagbesluit wordt genomen na een eenmalige ongunstige evaluatie (en de vorige evaluatie uitermate gunstig was) en het reglement betreffende het contractuele personeel een ontslag pas voorschrijft na twee negatieve evaluaties, de overheid verplicht is om een bijkomende evaluatie uit te voeren alvorens te ontslaan. Deze procedurele waarborg vloeit volgens de toezichthoudende overheid voort uit het zorgvuldigheidsbeginsel en het *fair play*-beginsel. Krachtens het algemeen rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti* is een overheid ertoe gehouden om haar eigen reglement betreffende het contractuele personeel te respecteren<sup>(167)</sup>.
- Een negatieve evaluatie die niet is voorafgegaan door een functioneringsgesprek of enige opmerkingen over het professionele gedrag is strijdig met de beginselen van behoorlijk bestuur, als deze materie geregeld wordt in het reglement voor het contractuele personeel<sup>(168)</sup>.
- De overheid moet bij een evaluatie van haar contractuele personeel haar eigen reglementaire regels inzake *fair play* en het zorgvuldigheidsbeginsel eerbiedigen<sup>(169)</sup>.

(164) B. 21 september 2006 gouverneur Limburg betreffende de schorsing van het besluit van (...) 4 juli 2006 houdende wijziging vormingsreglement: scholingsbeding.

(165) B. 10 november 2006 gouverneur Limburg betreffende de onwettige afwezigheid van (...).

(166) B. 23 november 2006 gouverneur Limburg betreffende het beëindigen van de arbeidsovereenkomsten van (...).

(167) MB 23 september 1998 houdende vernietiging van het besluit van (...) 19 maart 1998 houdende het ontslag van (...).

(168) B. gouverneur Vlaams-Brabant, zonder datum (referte: VGP/183297).

(169) B. gouverneur Oost-Vlaanderen betreffende schorsing van de uitvoering van het besluit van 27 juli 2006 (...) houdende ontslag van (...) gebrevetteerd verpleegkundige.

**66.** Het Rekenhof aanvaardt in diverse verslagen dat de verlenging van het arbeidscontract van bepaalde duur of de hernieuwing van de arbeidsovereenkomst van bepaalde duur een afsplitsbare handeling is<sup>(170)</sup>. Klaarblijkelijk beschouwt men deze rechtshandelingen in uitvoering van de arbeidsovereenkomst dus als nieuwe 'aanstellingsbesluiten' die dan onder meer moeten voldoen aan de beginselen van behoorlijk bestuur.

### 3.5. Standpunt van de Raad van State

**66.** De rechtspraak van de Raad van State kon in het verleden weinig aanwijzingen bevatten over de doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur in contractuele overheidsverhoudingen. Krachtens de Grondwet<sup>(171)</sup> is immers niet de Raad van State, maar enkel de burgerlijke rechter bevoegd om geschillen inzake subjectieve burgerlijke rechten te beoordelen.

Handelingen die de overheid stelt met betrekking tot de uitvoering of (niet-)beëindiging van haar overeenkomst, worden normaal beschouwd als behorend tot het contractueel geschil. Men neemt dus aan dat dergelijke handelingen die de overheid stelt ter uitvoering van haar contract, betrekking hebben op de uitoefening van subjectieve (contractuele) burgerlijke rechten<sup>(172)</sup>.

Als het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van de vordering dus betrekking heeft op een subjectief burgerlijk recht, is niet de Raad van State, maar de wel de burgerlijke rechter bevoegd<sup>(173)</sup>. De Raad van State is dan ook niet bevoegd om de geschillen die rijzen met betrekking tot de uitvoeringsfase van de overeenkomst te beoordelen, omdat hij anders een krachtens de Grondwet verboden oordeel zou vellen over subjectieve burgerlijke rechten.

Deze rechtshandelingen zijn dan zo innig verbonden met deze subjectieve rechten en de uitvoering van het contract dat zij in principe niet kunnen worden afgesplitst van het contract en de Raad van State is hiervoor dus niet bevoegd<sup>(174)</sup>.

(170) Zie bijvoorbeeld REKENHOF, *La station d'épuration Nord à Bruxelles. Attribution et financement du marché de concession, Rapport de la Cour des comptes transmis au Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale*, Brussel, oktober 2003, 47-48; REKENHOF, *Contractuele tewerkstelling in de provincie Antwerpen, Verslag van het Rekenhof aan de provincieraad*, Brussel, april 2007, 23-24; REKENHOF, *Verslag van het Rekenhof over de personeelsaanlegenheden van Kind en Gezin*, 6 december 2007, 38.

(171) Art. 144 Gw.

(172) Zie bijvoorbeeld M. LEROY, *Contentieux administratif*, Brussel, Bruylant, 2000, 208 en 211; J. SALMON, *Le Conseil d'État*, Brussel, Bruylant, 1994, 259; W. RAUWS, "Aansprakelijkheids- en tuchtregeling voor contractuelen bij de overheid" in M. DEVOS en I. PLETS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 150-151; F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 53.

(173) De Raad van State blijft dus wel bevoegd als er slechts een indirecte band bestaat met een subjectief recht. Zie bijvoorbeeld Cass. 11 juni 2010, AR C.09.0336.F, conclusie WERQUIN.

(174) Dit is vaststaande rechtspraak. Zie o.a. RvS 18 september 1996, nr. 61875, Cuppens; RvS 18 februari 1997, nr. 64.563, nv Guldenberg Data Engineering; RvS 2 juli 1997, nr. 67.289, Poitevin; RvS 15 juli 1997, nr. 67.518, Endeta; RvS 24 juni 1998, nr. 74.513, Brufort; RvS 17 oktober 2000, nr. 90.264, vzw Standaard Denderleeuw; RvS 11 april 2001, nr. 94.693, Wolff/Minister van Financiën; RvS 25 juli 2001, nr. 97.955, nv General Industrial Assistance Cataro; RvS 29 maart 2002, nr. 105.338, Ville de Malmédy;

**67.** De Raad van State zal de rechtshandelingen van de overheid ter uitvoering van de overeenkomst dan ook niet kunnen beoordelen of toetsen aan de beginselen van behoorlijk bestuur. De Raad ziet er immers nauwlettend op toe dat hij niet raakt aan het overheidscontract zelf en de daarbij behorende subjectieve rechten.

Het feit dat de partijen echter zelf in de vooronderstelling verkeren dat hun onderlinge rechtsverhouding contractueel is, is echter niet beslissend: het komt de rechter of de Raad van State toe de werkelijke (contractuele of reglementaire) strekking van de rechtshandeling vast te stellen<sup>(175)</sup>.

In enkele opvallende arresten<sup>(176)</sup> heeft de Raad van State zo al getoond dat hij 'arbeidscontractanten' toch beschouwt als ambtenaren wanneer er geen wettelijke grond bestaat voor de overheid om de betrokken persoon met een arbeidsovereenkomst aan te werven. In die, in de praktijk courante, gevallen zou de schijnbaar contractuele rechtsverhouding toch te beschouwen zijn als een statutaire of reglementaire verhouding en moeten de (per definitie *niet-contractuele*) eenzijdige bestuurlijke rechtshandelingen van de overheid dan ook uiteraard voldoen aan de beginselen van behoorlijk bestuur. Deze rechtspraak van de Raad van State heeft wel enorm verstrekkende gevolgen omdat de arbeidsrechtbanken en -hoven niet langer bevoegd zouden zijn voor de gerezen geschillen rond arbeidscontractanten die zonder wettelijke basis zijn aangeworven. Bovendien zouden in dat geval niet langer de regels uit het arbeidsrecht gelden, maar wel deze uit het toepasselijke ambtenarenstatuut. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid en de (duidelijke) verdeling van bevoegdheden tussen de burgerlijke rechter en de Raad van State, is deze rechtspraak dus wel verrassend<sup>(177)</sup>.

**68.** In zeldzame gevallen is het echter toch mogelijk dat de Raad van State een indirect oordeel velst over de rechtshandelingen in uitvoering van de overeenkomst.

De rechtspraak van de Raad van State in verband met (i) de theorie van de afsplitsbare handeling en (ii) de controle op het bestuurlijk toezicht dat de toezicht-

---

RvS 7 mei 2002, nr. 106.409, Fieremans; RvS 17 september 2002, nr. 110.316, Devos; RvS 16 juli 2003, nr. 121.735, sprl Tonneau en Pirard; RvS 20 november 2003, nr. 125.540, nv Dolmen Computer applications; RvS 5 januari 2004, nr. 126.822, Vansant; RvS 1 maart 2004, nr. 128.631, Verdecken; RvS 4 oktober 2004, nr. 135.660, nv Foodimpex; RvS 13 november 2007, nr. 176.717, Van de Kerckhoven; RvS 24 april 2008, nr. 182.304, cvba Hamal; RvS 24 april 2008, nr. 182.305, Corswarem; RvS 11 september 2008, nr. 186.199, landbouwvennootschap Gregoire Iv; RvS 9 maart 2009, nr. 191.173, Delbaere.

(175) Zie A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer, 2012, 1134. In bepaalde grensgevallen, komen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter dan ook soms tot andere conclusies. Zo beschouwt het Hof van Cassatie de beheerscontracten als 'contractueel' (Cass. 21 december 2000, AR C.99.0096.F), daar waar de Raad van State deze 'beheerscontracten' soms toch als eenzijdige bestuurlijke rechtshandelingen beschouwt (RvS 13 oktober 2008, nr. 187.032, R.T.B.F., *JT* 2009, 18, noot D. DE ROY. Zie echter in andere zin: RvS 24 april 2008, nr. 182.304, cvba Hamal).

(176) RvS 28 februari 1985, nr. 25.085, Geerts; RvS 23 april 2009, nr. 192.580, Matthijs, *Soc.Kron.* 2010, 347, noot J. JACQMAIN; RvS 5 juli 2012, nr. 220.177, Vanderhasselt.

(177) Zie ook A. DE BECKER, "Het ontslag van arbeidscontractanten in de publieke sector" in M. RIGAUX en W. RAUWS, *Actuele problemen van het arbeidsrecht. Actualia van het ontslagrecht*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2010, 156 (voetnoot 34).

houdende overheden uitoefenen, kan dan ook nuttige aanwijzingen geven over de doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur in overheidscontracten<sup>(178)</sup>.

Alvorens deze beide benaderingen van de Raad van State te bespreken, mag men nog opmerken dat de Raad van State in 2014 de mogelijkheid heeft verkregen om net als de burgerlijke rechter schadevergoeding toe te kennen en dus uitspraak kan doen over subjectieve rechten. Deze bevoegdheidsuitbreiding van de Raad van State doet de vraag rijzen of het klassieke, maar vaak bekritiseerde<sup>(179)</sup>, onderscheid tussen objectief en subjectief recht thans nog wel houdbaar of zinvol is<sup>(180)</sup>. Het valt af te wachten hoe de (bestuurs)rechtspraak leerstukken die gebaseerd zijn op het voormelde onderscheid, zoals de theorie van de afsplitsbare handeling, verder zal benaderen.

### 3.5.1. Theorie van de afsplitsbare handeling

**69.** Een afsplitsbare handeling is een eenzijdige bestuurlijke rechtshandeling die kan worden afgescheiden van een overheidsovereenkomst die een administratieve overheid heeft gesloten, omdat zij het contract voorafgaat of de totstandkoming van het contract voltooit en die (daarom) toch nog aanvechtbaar is voor de Raad van State<sup>(181)</sup>.

(178) De Raad van State zou ook impliciet kunnen oordelen dat de overheid de zorgvuldigheidsplicht in een contractueel geschil in acht moet nemen, zelfs wanneer hij niet bevoegd is om uitspraak te doen over het geschil. In bepaalde gevallen wijst de Raad van State zo het verzoek tot schorsing van de hand, maar legt hij de proceskosten toch ten laste van de overheid omdat deze de zorgvuldigheidsplicht heeft geschonden. Zie bv. RvS 18 februari 2008, nr. 179.865, NV Van den Berg.

(179) Zie vooral S. LUST, *Raad van State. Afdeling administratie. Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2000, 380-394; P. VAN ORSHOVEN, "Spanning tussen norm en normdoel. Een voorbeeld uit het administratieve contentieux" in X, *De norm achter de regel. Hommage aan Marcel STORME*, 1995, 19-44; P. VAN ORSHOVEN, "Administratieve rechtbanken? Ja en nee. Pleidooi voor een jurisdictioneel monisme", *RW* 1994-95, 897-908. Zie ook M. BOES, "Evaluatie van de evolutie van de bestuursrechtspraak: het dualisme op zijn retour?", *TBP* 2009, 259-277; D. VERBIEST, "Jurisdictionele rechtsbescherming: monistische droom en dualistische realiteit", *TBP* 2009, 278-303.

(180) Zie J. GOOSSENS, "De vervaagde grens tussen burgerlijke en administratieve rechter", *TBP* 2014, 275-294.

(181) Zie bijvoorbeeld A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer, 2012, 1134-1136. De theorie van de afsplitsbare handeling wordt vooral toegepast op de gunning van overheidsovereenkomsten (aanneming van werken, leveringen en diensten) en de concessieovereenkomsten. Eenzijdige bestuurlijke rechtshandelingen van een administratieve overheid zijn echter ook afsplitsbaar van koopovereenkomsten (RvS 28 mei 1997, nr. 66.428, bvba De Backer; RvS 8 april 2008, nr. 181.804, NV Divorim; RvS 18 januari 2000, nr. 84.721, NV DB-Invest), huurovereenkomsten (RvS 24 oktober 1949, nr. 137, Grisar; RvS 8 januari 1965, nr. 10.955, Minne; RvS 1 februari 1999, nr. 78.466, vzw Vormingsinstituut Frank Goovaerts), lastgevingsovereenkomsten (RvS 26 maart 2009, nr. 191.934, Marin), pachtovereenkomsten (RvS 23 juni 2003, nr. 120.798, Sonck), convenanten betreffende de uitbating van kansspelinrichtingen (RvS 19 oktober 2001, nr. 99.963, NV Circus Leisure), vzw-contracten (RvS 17 oktober 1994, nr. 49.708, JANSSENS, bevestigd bij Cass. 8 november 1996, AR 94.0436 N.), politieke samenwerkingsakkoorden (RvS 7 juni 2010, nr. 204.847, De Coster) of vennootschapscontracten (F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004, 247). In het verleden gaf de rechtspraak nog wel eens een beperktere draagwijdte aan de theorie van de afsplitsbare handeling (RvS 24 september 2003, nr. 123.380, NV Larden-Salaisons).



**70.** De Raad van State aanvaardt dan ook meestal<sup>(182)</sup> dat de volgende (uitdrukkelijke of stilzwijgende) handelingen afsplitsbaar zijn van de arbeidsovereenkomst in de publieke sector<sup>(183)</sup>; de beslissing om een sollicitatie of een kandidaatstelling niet in aanmerking te nemen<sup>(184)</sup>, de beslissing van de selectiecommissie die de kandidaat niet geslaagd verklaart<sup>(185)</sup>, de bekrachtiging van een dergelijke beslissing en de daarmee samenhangende beslissing om de contractuele vacature opnieuw open te verklaren<sup>(186)</sup>, de algemene en onpersoonlijke beslissing tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst<sup>(187)</sup> en de beslissing tot het aanwerven van een welbepaalde persoon<sup>(188)</sup>.

Niet enkel een belanghebbende derde, maar ook de contractpartij zelf kan verzoeken om de vernietiging van de afsplitsbare eenzijdige bestuurlijke beslissing met betrekking tot zijn contractuele aanwerving omdat hij bijvoorbeeld oordeelt dat hij statutair moet worden tewerkgesteld<sup>(189)</sup>. De vernietiging van de afsplitsbare handeling is mogelijk nadat de arbeidsovereenkomst al een begin van uitvoering heeft gehad<sup>(190)</sup>.

Aangezien de Raad van State (voorlopig) niet kan raken aan de (arbeids)overeenkomst zelf, is het nog steeds de taak van de burgerlijke rechter om in te schatten wat de gevolgen zijn van een vernietiging van de afsplitsbare handeling op de gesloten (arbeids)overeenkomst<sup>(191)</sup>.

**71.** De Raad van State hanteert de theorie van de afsplitsbare handeling dus vooral om na te gaan of de overheid tijdens de precontractuele fase de beginselen van behoorlijk bestuur, en in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, heeft nageleefd. Tijdens de uitvoering van de overeenkomst zou de Raad deze theorie ook kunnen toepassen

(182) In het verleden paste de Raad van State de theorie van de afsplitsbare handeling soms niet toe op arbeidsovereenkomsten: RvS 24 april 1974, nr. 16.386, VCT; RvS 15 oktober 1997, nr. 68.885, Pirnay.

(183) Zie hierover ook P. BOUCQEY, "L'engagement d'agents contractuels par les communes et le respect des principes généraux du droit administratif", *Rev.dr.comm.* 2003, 27-33. Voor een bespreking van de oudere rechtspraak van de Raad van State: O. DE LEYE, "De afbakening van de Raad van State en van de arbeidsgerechten", *RW* 1975-76, 1709-1715.

(184) Bijvoorbeeld RvS 11 oktober 2000, nr. 90.162, Moras; RvS 12 maart 2007, nr. 168.788, Vincke.

(185) Zie ook RvS 26 juni 2006, nr. 160.527, Schoenmaeckers.

(186) Bijvoorbeeld RvS 27 januari 2006, nr. 154.223, Tijs.

(187) Bijvoorbeeld het bestuur besluit om een aantal ongenoemde en nog te selecteren werknemers aan te werven met een arbeidsovereenkomst voor het invullen van een bepaalde functie: RvS 4 december 1974, nr. 16.758, Foesters, Arr.RvS 1974, 1250.

(188) Zie o.a. RvS 14 maart 1974, nr. 16.297, Puissant, Arr.RvS 1974, 265; RvS 17 januari 1997, nr. 64.111, Arendt en RvS 7 augustus 1997, nr. 67.688, Arendt; RvS 10 december 2002, nr. 113.461, Catteuw; RvS 3 april 2006, nr. 157.291, Baum-Bellekens. Vergelijk (in het raam van het bestuurlijk toezicht): RvS 13 november 2007, nr. 176.750, gemeente Schaarbeek. De beslissing om de betrekking bij wege van externe werving toe te wijzen aan een specifiek persoon is ook een afsplitsbare handeling: RvS 20 december 1995, nr. 57.144, Mannes. Zie voor beslissingen tot het (niet) aanwerven van een welbepaalde kandidaat na selectie: RvS 12 maart 2007, nr. 168.788, Vincke; RvS 14 september 2009, nr. 196.015, Zeeuws; RvS 14 januari 2011, nr. 210.424, Van Obbergen.

(189) RvS 7 november 2001, nr. 100.559, Raepers. In dit specifieke geval was de vordering echter onontvankelijk bij gebrek aan belang.

(190) Zie bijvoorbeeld RvS 14 september 2009, nr. 196.015, Zeeuws.

(191) Zie Cass. (derde kamer) 5 maart 2012, AR . S.09.0096.F., *Soc.Kron.* 2013, 351, concl. Adv. Gen. GENICOT en noot J. JACQMAIN.

wanneer belanghebbende derden verzoeken om een bepaalde consensuele of eenzijdige rechtshandeling met betrekking tot de uitvoering van de overeenkomst te schorsen of te vernietigen. De rechtmatige belangen van derden kunnen immers ook door deze rechtshandelingen ter uitvoering van het contract worden bedreigd en in de verhouding tot derden staan deze bestuurshandelingen uiteraard los van de overeenkomst<sup>(192)</sup>.

Toch aanvaardt de Raad van State veeleer zelden dat derden rechtshandelingen die betrekking hebben op de uitvoeringsfase van de overheidsovereenkomst kunnen afsplitsen<sup>(193)</sup>. Als men de toepassing van de theorie van de afsplitsbare handeling in deze gevallen aanvaardt, moeten deze formeel en inhoudelijk afdoende worden gemotiveerd en ook voldoen aan de beginselen van behoorlijk bestuur.

Uit deze zeldzame, maar volgens sommige rechtsgeleerden functioneel logische<sup>(194)</sup>, rechtspraak zou men kunnen afleiden dat de overheid ook bij het nemen van (bepaalde) eenzijdige of consensuele contractuele uitvoeringsbeslissingen de beginselen van behoorlijk bestuur moet respecteren<sup>(195)</sup>.

**72.** Het voorgaande moet men duidelijk onderscheiden van het geval waarbij de contractpartij zelf een rechtshandeling tijdens de uitvoering van het overheidscontract wenst af te splitsen.

Naar Frans en Belgisch recht oordeelt men hier in principe<sup>(196)</sup> hetzelfde: contractpartijen kunnen de rechtshandelingen die betrekking hebben op de uitvoering of beëindiging van de overheidscontracten, niet afsplitsen van de overeenkomst. Deze consensuele of eenzijdige contractuele handelingen blijven behoren tot de contractuele sfeer en zijn tussen de contractpartijen niet te beschouwen als afsplitsbare eenzijdige bestuurlijke rechtshandelingen.

**73.** Wat de arbeidsovereenkomst in de publieke sector aangaat, is deze materie naar Belgisch recht duidelijk. De overheidscontractanten kunnen de uitoefening van

(192) Een vergelijkbaar standpunt vindt men ook terug in de Europese rechtspraak. Zie HvJ 19 juni 2008, C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH.

(193) Zie RvS 23 juni 2003, nr. 120.798, Sonck (overdracht van pacht). Zie ook RvS 12 april 2005, SA Watco, nr. 142.998, JT2005, 622, noot D. LAGASSE; RvS 9 maart 2006, nr. 156.161, SA Watco, T. Aann. 2007, 131, noot M.A. FLAMME (wijziging van de contractuele voorwaarden en de verlenging van de duur van de overeenkomst). Vergelijk ook RvS 14 september 2009, nr. 196.015, Zeeuws.

(194) Zie P. GOFFAUX, "La théorie de l'acte détachable et les actes postérieurs à la conclusion du contrat: l'exemple de la résiliation d'une concession domaniale" (noot onder RvS 25 september 2007, nr. 174.964, Rudelopt), APT 2009, 202-204; D. LAGASSE, "La théorie administrative des actes détachables sort-elle de l'impasse?" (noot onder RvS 12 april 2005), JT2005, 624; M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 411-412.

(195) Zie ook K. WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten. De preventieve en jurisdictionele rechtsbescherming bij de gunning van overheidsovereenkomsten in Nederland, Frankrijk en België en de mogelijke invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2009, 142.

(196) Soms zou ook een medecontractant een handeling in uitvoering van een overheidscontract kunnen aanvechten als hij enkel een schending van het objectief recht aankaart. Zo zou de Raad van State niet per definitie onbevoegd zijn om zich uit te spreken over de *onbevoegdheid* van een administratieve overheid om een concessieovereenkomst te beëindigen. De Raad hoeft dan geen subjectieve rechten te beoordelen. Zie Cass. 26 januari 1995, JLMB 1995, 944; I. VANDEN POEL, "Motivering van het ontslag van een contractant in overheidsdienst: een bres in het Belgische ontslagrecht", TSR 2011, 132.

rechtshandelingen gesteld tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, niet aanvechten via de theorie van de afsplitsbare handeling<sup>(197)</sup>. De Raad van State weigert dus systematisch om eenzijdige rechtshandelingen, zoals ontslagbeslissingen<sup>(198)</sup>, opgelegde tuchtsancties in toepassing van het arbeidsreglement<sup>(199)</sup>, de weigering in het belang van de dienst om de overheidscontractant ter beschikking te stellen van een andere overheid die om de detachering heeft verzocht<sup>(200)</sup> of eenzijdige beslissingen inzake verlof<sup>(201)</sup> van de overheid-werkgever te beschouwen als afsplitsbare eenzijdige bestuurlijke rechtshandelingen. Het Hof van Cassatie treedt deze benadering bij<sup>(202)</sup>. Volledigheidshalve mag men nog opmerken dat de Raad van State in het verleden soms wel een afwijkend standpunt innam<sup>(203)</sup>.

De Raad van State aanvaardt aldus dat de overheid geen bestuurlijke macht uitoefent in haar contractuele (arbeids)verhoudingen.

**74.** Er is wel een discussie ontstaan of het voormelde standpunt nog onverkort geldt voor overheidscontracten met een sterk reglementair karakter. Zo zou een contractpartij de eenzijdige beëindiging van een concessieovereenkomst onder bepaalde omstandigheden toch als een afsplitsbare handeling voor de Raad van State kunnen bestrijden<sup>(204)</sup>. Deze specifieke oplossing steunt de Raad van State

(197) W. RAUWS, "Aansprakelijkheids- en tuchtregeling voor contractuelen bij de overheid" in M. DE VOS en I. PLETS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 150-151 en de verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer daar.

(198) Vaststaande rechtspraak: zie o.a. RvS 10 juni 1949, nr. 71, Gody, *Arr.RvS* 1949, 104; RvS 10 juli 1951, nr. 1011, La Haye, *Arr.RvS* 1951, 475; RvS 23 oktober 1952, nr. 1897, Lante, *Arr.RvS* 1952, 1055; RvS 27 juni 1958, nr. 6419, Debra, *Arr.RvS* 1958, 605; RvS 7 november 1958, *Arr.RvS* 1958, 835; RvS 26 juni 1959, nr. 7183, Rotsaert, *Arr.RvS* 1959, 540; RvS 2 oktober 1959, nr. 7243, Pitseys, *Arr.RvS* 1959, 618; RvS 8 januari 1960, *Arr.RvS* 1960, 14; RvS 24 mei 1960, nr. 7891, Grifnee, *Arr.RvS* 1960, 527; RvS 13 september 1960, nr. 8048, Harboort, *Arr.RvS* 1960, 714; RvS 23 september 1960, nr. 8058, Brabant, *Arr.RvS* 1960, 724; RvS 17 januari 1961, nr. 8363, Van Damme, *Arr.RvS* 1961, 69; RvS 5 mei 1961, nr. 8576, Coppens, *Arr.RvS* 1961, 422; RvS 23 maart 1962, nr. 9263 tot 9265, Sonnaert, Markey en Poskin, *Arr.RvS* 1962, 270; RvS 4 juli 1962, nr. 9554, De Breffe, *Arr.RvS* 1962, 753; RvS 1 februari 1963, nr. 9850, Luttgens, *Arr.RvS* 1963, 103; RvS 10 januari 1964, nr. 10.365, Dauchot, *Arr.RvS* 1964, 26; RvS 17 februari 1967, nr. 12.230, Brohee, *Arr.RvS* 1967, 218; RvS 21 juni 1967, nr. 12.470, Vincke, *Arr.RvS* 1967, 685; RvS 21 juni 1968, nr. 13.033, Bertrand, *Arr.RvS* 1968, 573; RvS 30 september 1969, nr. 13.712, Gijssen, *Arr.RvS* 1969, 881; RvS 14 februari 1978, nr. 18.756, Himpe, *Arr.RvS* 1978, I, 196; RvS 17 maart 1981, nr. 21.036, Van Dijck; RvS 18 november 1981, nr. 21.558, Hercot, *Arr.RvS* 1981, II, 1623; RvS 6 juli 1992, nr. 39.996, Fryns; RvS 28 oktober 1994, nrs. 49.989 en 49.990, Fryns; RvS 15 februari 2000, nr. 85.323, Heylen; RvS 15 maart 2004, nr. 129.232, Ben Khayi; RvS 23 juni 2004, nr. 132.915, Hendrix; RvS 9 november 2004, nr. 137.134, Aerts; RvS 5 oktober 2006, nr. 163.263, Adamopoulos; RvS 8 mei 2007, nr. 170.916, Vandelacluze; RvS 7 december 2007, nr. 177.660, Kabongo; RvS 6 mei 2011, nr. 213.041, Paliouras. Zie ook O. DE LEYE, "De afbakening van de Raad van State en van de arbeidsgerechten", *RW* 1975-76, 1711-1715.

(199) RvS 5 mei 2010, nr. 203.712, Massamba.

(200) RvS 3 februari 2005, nr. 140.179, Galloy, bevestigd bij Cass. 28 oktober 2005, *Soc.Kron.* 2007, 569, noot J. JACQMAIN.

(201) Zie bijvoorbeeld ook RvS 23 april 2009, nr. 192.584, Vandoren.

(202) Cass. 28 oktober 2005, AR C.05.0109.F.

(203) Zie daarover: J. JACQMAIN, *Droit social de la fonction publique*, Brussel, Presses Universitaires de Bruxelles, 2011, II, 279 (eindnoot 21).

(204) RvS 25 september 2007, nr. 174.964, Rudelopt, *APT* 2009, 191, uitgebreide noot GOFFAUX (vergelijk ook eerder RvS 26 oktober 1949, nr. 142, nv Etablissements Smets-Usé). De beslissing om de concessie te beëindigen, blijft in principe contractueel van aard als het recht uitdrukkelijk gebaseerd is op een (uitdrukkelijke) contractuele clausule (RvS 4 september 2008, nr. 186.074, ASBL Tourisme Social de Chimay).



van het ontslag te beoordelen. De uitoefening van het bestuurlijk toezicht op een ontslagbesluit, maakt een gegeven ontslag dus in elk geval niet ongedaan<sup>(212)</sup>.

De Raad stelde dat de provinciegouverneur in het raam van zijn bestuurlijk toezicht rechtmatig kon besluiten dat een administratieve overheid bij het ontslag om dringende redenen van haar overheidscontractant in de gegeven omstandigheden de beginselen van behoorlijk bestuur, en in het bijzonder de hoorplicht, moest respecteren<sup>(213)</sup>. De Raad van State behoudt ook in deze gevallen zijn bevoegdheid om de rechtmatigheid van het bestuurlijk toezicht te beoordelen. Het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van het annulatieverzoek betreft immers de rechtmatige uitoefening van het bestuurlijk toezicht. Volgens de Raad van State raakt zijn controle dus niet aan de rechtshandelingen in uitvoering van het overheidscontract en brengt het dan ook geen subjectieve rechten in het geding.

De Raad van State trekt deze rechtspraak ook door als een toezichthoudende overheid een ontslagbesluit vernietigt omdat het niet uitdrukkelijk werd gemotiveerd conform de Formele Motiveringswet<sup>(214)</sup>.

De toezichthoudende overheden eisen dus dat de overheid tijdens de uitvoering van de (arbeids)overeenkomst de beginselen van behoorlijk bestuur eerbiedigt, waartoe zij volgens de Raad wettelijk bevoegd zijn. De (eenzijdige) rechtshandelingen die de overheid stelt in uitvoering van haar overeenkomst, moeten volgens de Raad van State dan blijkbaar ook voldoen aan de beginselen van behoorlijk bestuur.

**77.** In een andere zaak<sup>(215)</sup> toonde de Raad van State zich echter iets meer terughoudend. Een gemeente had besloten om een bepaling toe te voegen aan het arbeidsreglement. In deze bepaling werden de modaliteiten van de hoorplicht en het recht van verdediging in geval van een ontslag van een arbeidscontractant geregeld. Het Brussels Hoofdstedelijk Gewest besliste als toezichthoudende overheid om dit besluit van de lokale overheid te vernietigen, en dit om drie redenen:

1. de regeling voorzag niet in een hoorplicht in geval van een ontslag om een dringende reden,
2. de ontslagbevoegdheid die aan het voltallige college van burgemeester en schepenen toekomt, zou ten onrechte worden gedelegeerd aan de hoorcommissie of aan bepaalde leden ervan en
3. de gemeentesecretaris zou in deze regeling een discretionaire bevoegdheid verkrijgen die niet verenigbaar is met de wet.

De gemeente was het echter niet eens met deze gegeven motieven en verzocht de Raad van State om het annulatiebesluit van de toezichthoudende overheid te vernietigen wegens schending van het motiveringsbeginsel.

De Raad van State oordeelde dat de hoorplicht geen voorrang heeft op de wettekst die het ontslag om dringende reden regelt en dat de wettelijke regeling onverenigbaar zou zijn met het horen van de werknemer. De Raad van State aanvaardt dus impliciet dat een beginsel van behoorlijk bestuur van toepassing kan zijn op een contractuele

(212) Zie ook RvS 16 maart 1999, nr. 79.291, stad Leuven.

(213) RvS (8ste kamer) 10 februari 2004, nr. 127.986, OCMW Houyet.

(214) RvS (8ste kamer) 19 februari 2008, nrs. 179.869 en 179.870, Fosses-la-Ville.

(215) RvS (15de kamer) 13 oktober 2009, nr. 196.880, gemeente Elsene.

---

overheidsverhouding, maar niet als dit beginsel van behoorlijk bestuur in strijd zou zijn met een duidelijke wettekst.

Uiteindelijk vernietigt de Raad het besluit van de toezichthoudende overheid *niet* omdat de derde reden die de toezichthoudende overheid opgaf, wel pertinent is zodat haar vernietigingsbesluit toch behoorlijk gemotiveerd was.

**78.** De Raad van State neemt ook op een impliciete wijze aan dat de toezichthoudende overheden wettelijk bevoegd zijn om de verlenging van aanstellingsbesluiten van een arbeidscontractant te toetsen aan het recht, inclusief de beginselen van behoorlijk bestuur<sup>(216)</sup>. Daaruit zou men ook mogen afleiden dat een overheid-werkgever ook bij het verlengen van een arbeidsovereenkomst moet voldoen aan de vereisten van behoorlijk bestuur.

**79.** De rechtspraak van de Raad van State in verband met de afsplitsbare handeling toont aan dat de overheid in principe geen bestuurlijke macht uitoefent in de contractuele verhouding met haar overheidscontractant.

Voor zij die enkel een waarborgende of corrigerende functie van de beginselen van behoorlijk bestuur aanvaarden, kunnen in het licht van deze rechtspraak dus voorhouden dat een corrigerende functie niet nodig is in contractuele verhoudingen.

Uit de rechtspraak van de Raad van State lijkt echter voort te vloeien dat de administratieve overheden ook bij de uitvoering van hun (arbeids)overeenkomsten de beginselen van behoorlijk bestuur in acht moeten nemen, hoewel deze contractuele uitvoeringshandelingen niet kunnen worden beschouwd als afsplitsbare handelingen.

Deze rechtspraak impliceert blijkbaar ook dat het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur ruimer is dan de beoordelingsmacht van de Raad van State en dus niet beperkt hoeft te zijn tot (afsplitsbare) eenzijdige bestuurlijke rechtshandelingen, maar ook kunnen doordringen in de contractuele sfeer.

Dit betekent ook dat de Raad van State niet enkel een waarborgende/corrigerende functie, maar ook een instrumentele functie van de beginselen van behoorlijk bestuur erkent.

### 3.6. Conclusie

**80.** Uit de huidige stand van zaken mag men de volgende conclusies trekken over de doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur in overheidscontracten:

- het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof hebben nog geen duidelijke uitspraak gedaan in de ene of andere zin; de rechtspraak en rechtsleer blijven erg verdeeld over de beslechting van het antwoord op deze vraag;
- de toezichthoudende overheden zien het veelal als hun wettelijke plicht om na te gaan of de overheden tijdens de uitvoering van hun contracten de beginselen van behoorlijk bestuur naleven;

---

(216) RvS 21 juni 2007, nr. 172.522, Lefevre.

- de Raad van State acht zich wettelijk bevoegd om dit controletoezicht van de toezichthoudende overheden te beoordelen en lijkt daarmee ook de doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur in overheidscontracten te aanvaarden. Ook bepaalde rechtspraak over de 'afsplitsbare handeling' wijst in die richting.

**81.** Of de beginselen van behoorlijk bestuur doorwerken in de contractuele overheidsverhouding, hangt vooral samen met de vraag welke functies deze beginselen vervullen.

Bepaalde rechtspraak en rechtsleer lijken enkel een compenserende/waARBorgende functie te aanvaarden zodat zij op consequente wijze kunnen oordelen dat de beginselen enkel nuttig zijn ter correctie/compensatie van bestuurlijke machts-handelingen wanneer er geen precieze wettekst voorhanden is.

Andere rechtspraak en rechtsleer blijken naast de waarborgende functie, ook een instrumentele functie te erkennen. De beginselen zijn dan ook van belang voor de overheid om aan te geven hoe zij het algemeen belang op een evenwichtige wijze moet afwegen tegenover de individuele belangen om zo tot een zorgvuldige beslissing te komen.

Zij kunnen dan geldig beargumenteren dat de beginselen van behoorlijk bestuur ook een nuttige functie vervullen in de contractuele overheidsverhouding, waar dezelfde belangenafweging moet gebeuren als in bestuurlijke verhoudingen.

#### § 4. Oplossingen uit het Nederlandse recht

**82.** In Nederland heeft men gedurende meer dan 150 jaar systematisch nagedacht over de contractuele overheidsverhouding en over de grens tussen het publiek- en privaatrecht. De rechtsleer heeft een aantal theorieën ontwikkeld om het toepasselijke recht op deze contractuele overheidsverhouding te bepalen <sup>(217)</sup>. Men aanvaardt thans algemeen dat de overheid bij al haar handelingen in principe de beginselen van behoorlijk bestuur moet naleven.

**83.** Op het einde van de negentiende eeuw oordeelde bepaalde Nederlandse rechtsleer dat art. 1382 BW ook van toepassing moest zijn op het buitencontractuele handelen van de overheid. Om die visie te onderbouwen, formuleerde de Nederlandse rechtsleer de zgn. 'gemene rechtsleer'<sup>(218)</sup>. Het privaatrecht wordt hier beschouwd als het algemeen recht dat altijd geldt *voorzover* het publiekrecht er niet van afwijkt en er geen inbreuken op maakt <sup>(219)</sup>.

(217) Deze theorieën worden ook gebruikt om te bepalen of de overheid een contract mag aangaan, maar dit vraagstuk blijft hier verder buiten beschouwing.

(218) De geestelijke vader van deze gemene rechtsleer is H.J. HAMAKER, "De tegenstelling van publiek- en privaatrecht", Mededelingen Koninklijke Akademie voor wetenschappen, 1894 opgenomen in H.J. HAMAKER, *Verspreide geschriften* (verzameld door W.L.P.A. MOLENGRAAFF en C.W. STAR BUSMANN), Algemeene Rechtsgeleerdheid, VII, Haarlem, De Erven F. Bohn, 1913, 134-163.

(219) H.D. VAN WIJK, W. KONIJNENBELT en R. VAN MALE, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag, Elsevier Juridisch, 2005, 408.

Gedurende een groot deel van de twintigste eeuw bleef deze gemene rechtsleer erg populair.

Typerend voor de gemene rechtsleer is het uitgangspunt dat de overheid juridisch twee hoedanigheden heeft, zijnde een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke<sup>(220)</sup>. Enkel bij het uitoefenen van eenzijdig bestuurlijk gezag handelt de overheid in haar publiekrechtelijke hoedanigheid<sup>(221)</sup>.

**84.** De Nederlandse Hoge Raad zou zo in de Landsmeer-arresten oordelen dat het *niet* mogelijk was voor de burgerlijke rechter om de handelingen in uitvoering van een overheidscontract rechtstreeks te toetsen aan de beginselen van behoorlijk bestuur. De burgerlijke rechter kon deze handelingen enkel op een zeer voorzichtige, indirecte en marginale wijze toetsen aan het redelijkheidsbeginsel en kon enkel ingrijpen wanneer de overheid op een onredelijke wijze haar contract had uitgevoerd<sup>(222)</sup>.

De Hoge Raad heeft deze rechtspraak aangehouden tot in de jaren 1980<sup>(223)</sup>.

**85.** Vanaf het midden van de twintigste eeuw begon de Nederlandse doctrine de gemene rechtsleer te bekritisieren. De argumenten die zij daarvoor aandroegen, kwamen hiervoor al aan bod (nrs. 15-23). De doctrine ontwikkelde de gemengde rechtsleer waarbij de overheid in haar contractuele verhoudingen *zowel* het publiek- als het privaatrecht moet respecteren<sup>(224)</sup>. Ook wanneer de overheid contractueel optreedt, is zij volgens deze rechtsleer niet volledig te beschouwen als een gewone private persoon: al haar handelingen moeten nog steeds gedragen worden door het algemeen belang en de overheid voert steeds een publieke taak uit<sup>(225)</sup>. Niet enkel de privaatrechtelijke, maar daarnaast ook de publiekrechtelijke regels en beginselen moeten daarom de overheidscontracten beheersen<sup>(226)</sup>.

(220) R.J.N. SCHLÖSSELS en S.E. ZIJLSTRA, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer, Kluwer, 2010, 505.

(221) *Ibid.*, 505-506.

(222) HR 4 januari 1963, NJ 1964, nrs. 202-204, conclusie LANGEMEIJER, noot J.H.B.

(223) Zie J.E.M. POLAK, B.J. SCHUELER, B.P.M. VAN RAVELS, R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, A.A. VAN ROSSUM en C. WALING, "Overheidsaansprakelijkheid 2002: de stand van de rechtsontwikkeling", *Overheid en Aansprakelijkheid 2002*, 10.

(224) Zie A.R. BLOEMBERGEN en W.J. SLAGTER, *Contracten met de overheid in het bijzonder in de bouw. Projectontwikkelingscontracten*, Bouwrecht Monografieën, Deventer/ Alphen aan den Rijn, Kluwer/ Samsom, 1976, 63-64; zie ook P.DE HAAN, *Publiek- en privaatrecht: overheidsbeleid en recht. Vijfentwintig proefschriften en een preadvies*, Deventer, Kluwer, 2002, 41. De *invullende rechtsleer* (ontwikkeld door de School van Maastricht) is te beschouwen als een theoretische variant op de gemengde rechtsleer, maar blijft hier verder buiten beschouwing.

(225) R.J.N. SCHLÖSSELS en S.E. ZIJLSTRA, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer, Kluwer, 2010, 524.

(226) Het criterium van het 'algemeen belang' werd vooral (opnieuw) benadrukt door J. VAN DER HOEVEN, "De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht" in X, *Honderd jaar rechtsleven. De Nederlandse juristen-Vereniging 1870-1970*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1970, 201-219. Deze auteur kan als de geestelijke vader van de gemengde rechtsleer worden beschouwd.



**86.** De Hoge Raad besliste voor het eerst<sup>(227)</sup> in het baanbrekende Ikon-arrest van 1987<sup>(228)</sup> om het handelen van de overheid in uitvoering van haar contract rechtstreeks te toetsen aan de beginselen van behoorlijk bestuur.

Kort na het Ikon-arrest werd deze rechtspraak in de jaren 1990 geconsacreerd in twee wettelijke schakelbepalingen, zijnde artikel 3:14 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek<sup>(229)</sup> en artikel 3:1, tweede lid Algemene wet Bestuursrecht<sup>(230)</sup>.

De Nederlandse wetgever heeft dus uiteindelijk klaarheid gebracht en geoordeeld dat de overheid die contractueel handelt ook de beginselen van behoorlijk bestuur moet respecteren.

De rechtspraak aanvaardt dan ook uiteraard dat de overheid de beginselen van behoorlijk bestuur moet naleven in haar contractuele arbeidsverhoudingen<sup>(231)</sup>.

**87.** Beoordeeld vanuit een Nederlands perspectief, lijken de huidige discussies in het Belgische recht over de doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur wat achterhaald.

Gelet op de aanhoudende controverse in de Belgische rechtspraak en rechtsleer, rijst de vraag of de Belgische wetgever er ook niet goed aan zou doen om duidelijk aan te geven welke normen een overheid bij het uitvoeren van haar contracten moet naleven<sup>(232)</sup>.

(227) In het Tolkentarieven-arrest had de Hoge Raad al aanvaard dat de overheid die zonder een behoorlijk overleg (hoorplicht) en plotseling de tarieven in haar overeenkomsten voor politietolken verlaagt, onzorgvuldig handelt. HR 27 juni 1986, NJ 1987, nr. 726, conclusie LEIJTEN, noot MS.

(228) HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727, gelijkluidende conclusie FRANX en noot M. SCHELTEMA. Zie ook N. VERHEIJ, "Onrechtmatige overheidsdaad en beginselen van behoorlijk bestuur: de Hoge Raad toetst eindelijk rechtstreeks", NjB 1987, 1309-1314. In zijn conclusie wees Franx ter ondersteuning van dit standpunt op de verschuiving in de rechtspraak en op het voorontwerp van art. 3:14 NBW die een doorwerking voorschreef.

(229) Art. 3:14 NBW: "Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht." Voor een bespreking: M.W. SCHELTEMA, "Artikel 14 (3.1.1.15)", *Vermogensrecht*, Art. 14, aant. 1-24. Zie ook H.J. VETTER, "Artikel 3.1.1.15 NBW: nieuws onder de zon?", AA 1987, 297-303. De opname van art. 3:14 NBW werd ook gerechtvaardigd op basis van een oud arrest: HR 12 januari 1923, NJ 1923, 310 (307) (Schielands Hoge Zeedijk).

(230) Art. 3:1, tweede lid Awb: "Op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten zijn de afdelingen 3.2. tot en met 3.5 van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet." Voor een bespreking zie M.H. KOBUSSEN, "Commentaar art. 3:1" in J.B.J.M. TEN BERGE, M. SCHELTEMA, F.A.M. STROINK, R.M. VAN MALE en B.W.N. DE WAARD (eds.), *Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, 's-Gravenhage, Reed Business bv, E 3.1.1/1-32. Vergelijk ook F.J. VAN OMMEREN, "Verhouding met het privaatrecht" in J.B.J.M. TEN BERGE, M. SCHELTEMA, F.A.M. STROINK, R.M. VAN MALE en B.W.N. DE WAARD (eds.), *Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, 's-Gravenhage, Reed Business bv, C 4-3/1-30.

(231) Zie HR 14 april 2006, NJ 2007, 449, noot E. VERHULP.

(232) Men zou kunnen denken aan het toevoegen van een vierde lid in art. 1134 BW.

---

## § 5. Algemene conclusie

**88.** Dit artikel begon (§ 1) met de vraag of de beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks van toepassing kunnen zijn op (arbeids)contracten in de publieke sector. Dit vraagstuk heeft vanaf de 21ste eeuw kunnen genieten van een onophoudende jurisprudentiële en doctrinaire belangstelling, vooral omdat Belgische overheden steeds meer contractueel optreden en het niet langer duidelijk is welke normen nu precies de overheidscontracten beheersen.

**89.** Teneinde deze vraag in theorie te beantwoorden, werden de functies van deze beginselen eerst onderzocht (§ 2).

Algemeen kan men twee functies onderscheiden: een compenserende/waarborgende functie (2.1.) en een instrumentele functie (2.2.).

Op basis van de compenserende functie, is het mogelijk om voor te houden dat deze beginselen enkel van belang zijn in bestuurlijke machtsverhoudingen, wanneer er geen precieze, duidelijke wettekst voorhanden is. Deze visie heeft enkele praktische voordelen, maar ook een aantal theoretische bezwaren.

Het lijkt mij theoretisch genuanceerder om naast een waarborgende functie, ook een instrumentele functie van deze beginselen te erkennen. Deze beginselen beschermen dan niet enkel de individuele belangen, maar geven aan de overheid ook aan hoe zij op zorgvuldige wijze beslissingen in het algemeen belang moet nemen en hoe zij de individuele belangen moet afwegen tegenover het algemeen belang.

Op basis van deze (dubbele) functie is het wel mogelijk dat de beginselen van behoorlijk bestuur doordringen in overheidscontracten. De overheid moet immers ook in haar contractuele verhoudingen dezelfde individuele belangen tegenover het algemeen belang op een zorgvuldige wijze afwegen.

**90.** Vervolgens werd deze theoretische visie afgetoetst aan de rechtspraktijk (§ 3). Men moet vaststellen dat er geen eenduidige benadering bestaat.

De regelgever (3.1.) heeft het toepassingsgebied van de beginselen nooit nader bepaald en de rechtsregels geven dus geen antwoord op de vraag of de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn op overheidscontracten.

De signalen bij de burgerlijke rechter (3.2.) zijn verdeeld.

Het Hof van Cassatie heeft zich tot op heden nog niet uitdrukkelijk uitgesproken over het precieze toepassingsgebied en het blijft op dit ogenblik dus gissen wat het hof over deze materie denkt.

Een groot aantal arbeidsrechtbanken en -hoven (vooral deze van Brussel en Bergen) zijn duidelijk voorstander om de beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks toe te passen op arbeidscontracten in de publieke sector. Sommige (vooral Nederlandstalige) arbeidsrechtbanken en ook het arbeidshof te Luik weigeren echter de beginselen van

behoorlijk bestuur in de contractuele context toe te passen. De motivering voor het ene of het andere standpunt is meestal summier. Ook de rechtsleer reageert verdeeld.

De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (3.3.) biedt evenmin een duidelijk antwoord.

De toezichthoudende overheden (3.4.) zien het als hun wettelijke opdracht om ook de contractuele overheidshandelingen die aan hun toezicht onderworpen zijn te toetsen aan de beginselen van behoorlijk bestuur.

De rechtspraak van de Raad van State (3.5.) biedt slechts enkele aanwijzingen. Uit bepaalde rechtspraak over de afsplitsbare handeling (3.5.1.) kan men afleiden dat de Raad van State aanvaardt dat de beginselen van behoorlijk bestuur de overheidscontracten kunnen beïnvloeden.

Ook aanvaardt de Raad van State dat de toezichthoudende overheden wettelijk bevoegd zijn om contractuele overheidshandelingen te toetsen aan de beginselen van behoorlijk bestuur (3.5.2.).

De rechtspraak van de Raad van State lijkt dus wel de doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur in contractuele verhoudingen te ondersteunen.

**91.** Ten slotte (§ 4) werd onze aandacht gevestigd op de oplossing in het Nederlandse recht. Sinds eind jaren 1980 wordt daar algemeen aanvaard dat de contractueel optredende overheid ook steeds het algemeen belang moet behartigen en daarom niet zomaar beschouwd kan worden als een private persoon. Zij moet om die reden ook in haar contractuele verhoudingen de beginselen van behoorlijk bestuur naleven.

De Nederlandse wetgever heeft uiteindelijk in twee 'schakelbepalingen' bepaald dat de overheid ook bij de uitvoering van haar contracten de beginselen van behoorlijk bestuur moet respecteren.

Ook de Belgische wetgever zou waarschijnlijk best dit voorbeeld volgen. Op die wijze zou een einde komen aan een controverse die al jaren de rechtspraak en rechtsleer verdeelt en de rechtszekerheid aantast.