



UHASSELT

KU LEUVEN



Maastricht University

KNOWLEDGE IN ACTION

Faculteit Rechten

master in de rechten

Masterthesis

Het publiek- en privaatrecht: van een *summa divisio* naar een verving van beide noties

Paçik Majid

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting overheid en recht

PROMOTOR :

Prof. dr. Steven VAN GARSSE

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



UHASSELT

KNOWLEDGE IN ACTION

www.uhasselt.be
Universiteit Hasselt
Campus Hasselt:
Martelarenlaan 42 | 3500 Hasselt
Campus Diepenbeek:
Agoralaan Gebouw D | 3590 Diepenbeek

2020
2021



KU LEUVEN



Maastricht University

Faculteit Rechten

master in de rechten

Masterthesis

Het publiek- en privaatrecht: van een *summa divisio* naar een vervlechting van beide noties

Paçik Majid

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting overheid en recht

PROMOTOR :

Prof. dr. Steven VAN GARSSE

Samenvatting

Deze scriptie onderzoekt de verhouding tussen het publiek- en privaatrecht. Deze verhouding wordt onderzocht in de context van de overheid. In het bijzonder bij de rol van de overheid als subject (overheidsaansprakelijkheid, GBOL-beginsel) en als actor (overeenkomsten met de overheid en kostenverhaal door de overheid). Vooraleer in te gaan op de verhouding zelf, wordt eerst onderzocht hoe het publiek- en privaatrecht tot stand zijn gekomen en welke kenmerken vandaag de dag in beginsel eigen zijn aan beide rechtstakken. Uit het onderzoek leiden we af dat er doorgaans vier criteria zijn om beide rechtstakken te onderscheiden, zijnde het belang, de betrokken rechtssubjecten, de wijze van optreden en de vorm van rechtsbescherming. Vervolgens wordt ingegaan op de mogelijke verhoudingen tussen beide rechtstakken. Uit een studie van de rechtsleer blijkt dat de zuivere leer, gemene leer, gemengde leer en de gemeenschappelijke leer een duidelijke weergave vormen van de mogelijke verhoudingen.

Bij de overheid als subject binnen het privaatrecht, valt te constateren dat de Belgische jurisdictie aansluit bij de gemengde leer. Privaatrechtelijke regels zijn van toepassing, doch het publiekrecht zal doorwerken binnen de privaatrechtelijke regels. Zo merken we op dat het publiekrecht een rol speelt bij de beoordeling van de algemene zorgvuldigheidsnorm, maar ook bij de interpretatie van privaatrechtelijke regel *an sich*. We merken op dat het negeren van de publiekrechtelijke regels ook risico's met zich meebrengt, met name op vlak van de scheiding der machten. M.b.t. het GBOL-beginsel valt ook te constateren dat er doorheen de laatste decennia meer rekening wordt gehouden met de publiekrechtelijke regels, teneinde ongewenste effecten te voorkomen.

Bij de overheid als actor valt eveneens te constateren dat de gemengde leer het best aansluit bij de huidige stand van zaken. Zo legt het publiekrecht, d.m.v. de tweewegenleer, de voorwaarden vast voor het gebruik van het privaatrecht. Maar zelfs bij de toepassing van het privaatrecht zal het publiekrecht nog doorwerken. Dit zorgt ervoor dat we ons kunnen aansluiten bij de gemengde leer. Uit het onderzoek blijkt dat deze doorwerking ertoe kan leiden dat de overheid wordt teruggefloten omdat ze bijvoorbeeld geen rekening heeft gehouden met het onpartijdigheidsbeginsel, het verbod op machtsafwendings, de hoorplicht, enz.

Nu er sprake is van een vervlechting, is de vraag waarom we beide rechtstakken niet 'versmelten' tot een gemeenschappelijke rechtstak? Dit betreft de vraag naar het relevant onderscheidingscriteria tussen beide rechtstakken. In dit onderzoek stellen we vast dat beide rechtstakken een andere finaliteit hebben, dit zorgt ervoor dat de regels uit beide rechtstakken aanzienlijk verschillen. Langs de rechterlijke, maar ook wetgevende macht constateren we een terughoudendheid bij de vraag naar de versmelting van beide rechtstakken. Het onderzoek stelt vast dat het 'algemeen belang' een duidelijke houvast kan bieden om beide rechtstakken van elkaar te onderscheiden in het kader van een vervlechting. Hierdoor komen we tot een bundel van twee rechtstakken die in elkaar gevlochten zijn, doch waarvan we iedere rechtstak nog herkennen binnen de vlecht.

Dankwoord

Naar het einde van mijn academische loopbaan toe, ben ik erg tevreden met het onderwerp van mijn thesis. Dit onderzoek is als het ware een leerproces, het antwoord op de ene vraag brengt een nieuwe vraag met zich mee waardoor mijn kennis steeds verder kan worden uitgediept. Het is uiterst interessant om in te zien hoeveel nuances er bestaan in het recht. Bij het lezen van de titel van mijn thesis, zou men *prima facie* denken dat dit onderwerp te ruim is. Dit is echter niet zo en hiermee kom ik aan mijn eerste dankwoord.

Vooreerst zou ik Dr. Prof. Steven Van Garsse willen bedanken. Dankzij goede feedback-momenten en goede inhoudelijke gesprekken heb ik veel inspiratie opgedaan om tot de juiste invalshoek te komen voor mijn thesis. Voorts heb ik meerdere vakken gekregen bij professor VAN GARSSE, waardoor ik heb genoten van een uiterst hoge educatieve meerwaarde en verdere ontwikkeling van *soft skills*. Hiervoor mijn oprechte dank.

Ik zou ook mijn twee zussen willen bedanken. Aangezien we alle drie rechten studeren, brengen we onze punten weliswaar met grondige motivatie naar voren en wijken de meningen vaak af. Thuis is het dus nooit saai zonder jullie. Hierbij wil ik ook zeggen dat mijn ouders bij onze discussies vaak de rechter spelen en ons absoluut de middenweg aantonen.

Hiermee kom ik aan mijn laatste dankwoord. Ik wil mijn ouders bedanken voor de zorg, steun en opvoeding die ze ons hebben gegeven. Jullie hebben ons van jongs af aan het belang aangeven van respect voor medemensen, respect voor uiteenlopende meningen en gelijkheid. Ik wil jullie ook bedanken voor de nadruk die jullie legde op het belang van onderwijs en op het feit dat we in België genoeg kansen krijgen en het louter een kwestie is van deze kansen met beide handen te grijpen.

Paçik Majid,

Maaseik, 3 januari 2021.

Je suis parfois un renard et parfois un lion. Tout le secret du gouvernement réside dans le fait de savoir quand être l'un ou l'autre.

- Napoléon I^{er} Bonaparte

Inhoudstafel

Samenvatting.....	i
Dankwoord	iii
Inhoudstafel	vii
Lijst van afkortingen	ix
Inleiding.....	1
I. Onderzoekscontext	1
II. Onderzoeksvragen.....	3
III. Onderzoeksstrategie	5
Hoofdstuk 1: Begripsafbakening publiek- en privaatrecht.....	7
1.1. Evolutie van het publiek- en privaatrecht	7
1.1.1. Romeinse tijd.....	7
1.1.2. Feodaliteit.....	8
1.1.3. Ancien régime.....	8
1.1.4. De Franse revolutie	9
1.1.5. Het Belgisch recht.....	10
1.2. Kenmerkende karakteristieken van het publiek- en privaatrecht	12
1.2.1. Belang.....	12
1.2.2. Betrokken rechtssubjecten.....	14
1.2.3. Wijze van optreden	15
1.2.4. Rechtsbescherming	17
Hoofdstuk 2: Mogelijke verhoudingen tussen het publiek- en privaatrecht	21
2.1. Een <i>summa divisio</i>	21
2.2. Vervlechting.....	24
2.2.1. Gemene rechtsleer	24
2.2.2. Gemengde rechtsleer	25
2.2.3. Gemeenschappelijk rechtsleer	26
2.2.4. Zuivere rechtsleer.....	28
Hoofdstuk 3: De overheid als subject van het privaatrecht.....	29
3.1. Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad	29
3.2. Gelijkheid van de burgers voor openbare lasten	48
Hoofdstuk 4: De overheid als actor binnen het privaatrecht.....	61
4.1. Overeenkomstenrecht	61
4.1.1. Gebruik van privaatrecht door de overheid naar Nederlands recht.....	61

4.1.2. Doorwerking publiekrecht bij gebruik van privaatrecht	66
4.1.3. Gebruik van privaatrecht door de overheid naar Belgisch recht	68
4.2. Aansprakelijkheidsrecht	85
4.2.2. Kostenverhaal door de overheid	85
Conclusie	97
Bibliografie	101
1. Wetgeving.....	101
1.1. Europese Unie:	101
1.2. België:.....	101
1.3. Nederland	103
1.4. Frankrijk.....	103
2. Rechtspraak.....	103
2.1. België:.....	103
2.2. Nederland:.....	106
2.3. Frankrijk:.....	107
3. Rechtsleer:.....	107
3.1. Boeken:.....	107
3.2. Bijdragen:.....	111
4. Overige:	114

Lijst van afkortingen

A.d.h.v.	Aan de hand van
Abbb	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur
Adv.RvS	Advies (afdeling wetgeving) van de Raad van State
BW	Burgerlijk wetboek
CC	Code Civil
CSQN	Conditio sine qua non
EAP	Eerste aanvullend protocol
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van Mens
Gw.	Grondwet
GwH	Grondwettelijk Hof
HR	Hoge Raad (Nederland)
HvB	Hof van Beroep
HvC	Hof van Cassatie
I.g.v.	In geval van
I.t.t.	In tegenstelling tot
M.a.w.	Met andere woorden
M.i.	Mijns inziens
MvT	Memorie van toelichting
Nederlands BW	Nederlands Burgerlijke wetboek
Nieuw BW	Nieuw (Belgisch) Burgerlijke wetboek
NPM	<i>New Public Management</i>
Parl.St.	Parlementaire stukken
RvS-wet	Gecoördineerde wetten op de Raad van State
UDN	Uiterst dringende noodzakelijkheid

Inleiding

I. Onderzoekscontext

1. Nu het einde van de masteropleiding met de dag dichterbij komt, zullen mijn medestudenten en ik zonder twijfel vaker terugblikken op het verloop van onze universitaire rechtenopleiding. Doorheen deze opleiding hebben de studenten de kans gehad om hun voorkeursmaterie vast te leggen. Hoewel er een grote variatie aan vakken bestaat, is er een opvallend principe dat de verschillende vakken gemeen hebben, namelijk dat het recht niet zwart-wit is.

Gedurende mijn keuzevakken '*Privaatrecht van de overheid*' en '*Schadevergoedingsrecht*', maar ook bij de verplichte vakken '*Grondige studie bestuursrecht*' en '*Rechtsbescherming tegen de (administratieve) overheid*' heb ik de unieke wisselwerking tussen het publiek- en privaatrecht kunnen constateren. Hieruit is mijn interesse ontstaan voor deze grijze zone, waarvan de praktische relevantie met de dag verder toeneemt.

2. Deze toename van de praktische relevantie van het overheidsprivaatrecht hangt nauw samen met de evolutie in de rol van de staat. *Ab initio* was er in België sprake van een 'nachtwakersstaat', waarin de rol van de overheid beperkt was tot het voorzien van veiligheid voor de burgers.¹ In de loop der jaren, in het bijzondere na de tweede wereldoorlog, evolueerde België naar een 'welvaartsstaat'. Deze evolutie naar een 'welvaartsstaat' bracht een exponentiële toename in de taken van de Staat met zich mee (bijvoorbeeld op vlak van de sociale zekerheid).²

De welvaartsstaat verkeerde begin jaren tachtig echter in crisis, hetgeen een evolutie naar een 'actieve' welvaartsstaat met zich mee bracht. In dezelfde periode deed ook het *NPM* zijn intrede. Het basisprincipe bij het *NPM* is dat de overheid de managementtechnieken uit de private sector diende toe te passen op de publieke sector, teneinde efficiënter op te treden. Hoewel de introductie van het *NPM* ver achter ons ligt, speelt het nog steeds een rol bij organisatie van de overheid.³

3. Naast voornoemde crisis en introductie van het *NPM*, speelt ook het recht van de Europese Unie een belangrijke rol (men denke aan de privatisering van de telecommunicatiemarktonder impuls van het EU-recht).⁴ Voorts is er sprake van een 'emancipatie' van de burger en verenigingen (men denke aan de recente schorsing bij UDN van de eerste fase ter uitvoering van

¹ E. LANCKSWEERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure / la Charte, 2009, 101 – 102.

² J. VAN LANGENDONCK, "De 'actieve' welvaartsstaat", in RAYMAEKERS, B. en VAN RIEL, G. (red.), *Hoe dichtbij is de toekomst?*, reeks Lessen voor de eenentwintigste eeuw, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, (241) 248.

³ E. LANCKSWEERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure / la Charte, 2009, 102 – 103.

⁴ Zie bijvoorbeeld Richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten, *Pb. C. L 192/10 van 24/7/90*; Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, *Pb. C. 108 van 24/4/2002*; Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, *Pb. C. L 108 van 24/4/2002*.

het 'project one' te Antwerpen, waarbij private actoren een belangrijke rol speelden als eisende partij).⁵

4. Ten slotte is er de globale pandemie n.a.v. het COVID-19 virus. Deze dramatische pandemie heeft het leven van bijna 2 miljoen mensen geëist.⁶ Wereldwijd trekken overheden ook honderden miljarden aan steun uit, hetgeen in de toekomst ongetwijfeld vragen zal oproepen over welke taken/domeinen de overheid beter kan uitbesteden of privatiseren om kosten te besparen en op welke wijze de overheid efficiënter geld kan recupereren (bijvoorbeeld via het kostenverhaal).⁷ Ik ben er echter van overtuigd dat de gevolgen ook na het verdwijnen van deze pandemie nog steeds voelbaar zullen zijn, de discussie m.b.t. de taken van de overheid en de rol van private actoren hierbij zal m.i. alleen maar toenemen in de loop van de jaren.

5. Deze bondige voorbeelden tonen aan dat in de loop van de decennia de overheid net als de maatschappij het voorwerp van een grondige evolutie is. Deze evolutie brengt nieuwe vragen met zich mee. Zijn de (publiekrechtelijke) regels die bestemd waren voor de 'nachtwakersstaat' nog steeds relevant voor de huidige overheid? Zo niet, in welke mate is het privaatrecht dan van toepassing op de overheid en welke afwijkingen zijn er desnoods? Deze vragen betreffen dus de grijze zone tussen het publiek- en privaatrecht en zijn tot vandaag de dag nog steeds het voorwerp van discussie in de rechtsleer.⁸ Deze discussie is m.i. echter een positief punt, LIERMAN formuleert in dit verband treffend dat grijze zones geen blinde vlekken mogen worden.⁹

Gelet op deze evolutie in de rol van de overheid en de onduidelijkheden die het met zich mee brengt, is het onderwerp van mijn thesis:

"Het publiek- en privaatrecht:

van een summa divisio naar een vervlechting van beide noties"

⁵ Raad voor Vergunningsbetwistingen, 13 november 2020, RvVb-UDN-2021-0287, <https://dbrc.be/rechtspraak>.

⁶ X, *Coronavirus (COVID-19) Deaths*, <https://ourworldindata.org/covid-deaths> (raadpleging op 22/12/2020).

⁷ J. ANDERSON, E. BERGAMINI, S. BREKELMANS, A. CAMERON, Z. DARVAS, M. DOMÍNGUEZ JIMÉNEZ, K. LENAERTS, C. MIDÕES, *fiscal response to the economic fallout from the coronavirus* in BRUEGEL DATASETS, <https://www.bruegel.org/publications/datasets/covid-national-dataset/> (raadpleging op 22/12/2020).

⁸ I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie) - gebonden editie*, Mortsel, Intersentia, 2019, 140 – 141; S. LIERMAN, *Besturen zonder grenzen: over grijze zones en blinde vlekken*, Mortsel, Intersentia, 2015, 27.

⁹ S. LIERMAN, *Besturen zonder grenzen: over grijze zones en blinde vlekken*, Mortsel, Intersentia, 2015, 55.

II. Onderzoeksvragen

6. De **centrale onderzoeksvraag** van deze thesis luidt:

"Is er nog sprake van een summa divisio tussen het publiek- en privaatrecht, of is er sprake van vervlechting tussen beide noties?"

Deze centrale onderzoeksvraag zal, gelet op de omvang van de scriptie, betrekking hebben op de overheid. Het gaat dus om de verhouding tussen publiek- en privaatrecht in de context van de overheid.

Voor een adequaat antwoord op de centrale onderzoeksvraag, zijn er een aantal specifieke subvragen vereist:

Subvraag 1: *"Wat is het publiekrecht en wat is het privaatrecht?"*

M.a.w. welke criteria bakenen het publiekrecht af van het privaatrecht en *vice versa*? Dit betreft een bespreking en analyse van de kenmerken die beide rechtstakken normaliter karakteriseren. Dit brengt ook een bespreking van de historische evolutie tussen beide rechtstakken met zich mee. Voornoemde bespreking moet het mogelijk maken om een betere inzicht te verwerven in de *ratio legis* voor de karakteristieken die normaliter eigen zijn aan beide rechtstakken.

Subvraag 2: *"Welke verhoudingen zijn er mogelijk tussen het publiek- en privaatrecht?"*

Summa divisio en vervlechting zijn termen die doelen op een zekere verhouding tussen publiek- en privaatrecht. De eerstgenoemde term impliceert een scheiding tussen publiek- en privaatrecht, terwijl de laatstgenoemde term veronderstelt dat er een wisselwerking is tussen het publiek- en privaatrecht. M.i. is het van belang dat de lezer van meet af aan een goede inzicht krijgt op de mogelijke antwoorden op de vraag naar de verhouding tussen publiek- en privaatrecht.

Subvraag 3: *"Wat is de verhouding tussen publiek- en privaatrecht bij de overheid als subject?"*

Eens het duidelijk is welke verhoudingen mogelijk zijn, zal worden nagegaan wat de verhouding is bij de overheid als subject. Hierbij zal worden onderzocht of de overheid onderworpen is aan het privaatrecht. Daarnaast moet volledigheidshalve ook worden onderzocht, in hoeverre, de overheid als subject onderworpen is aan het privaatrecht. Speelt het publiekrecht bijvoorbeeld geen enkele rol? Of zal het publiekrecht de 'randvoorwaarden' formuleren bij de privaatrechtelijke regels en beginselen?

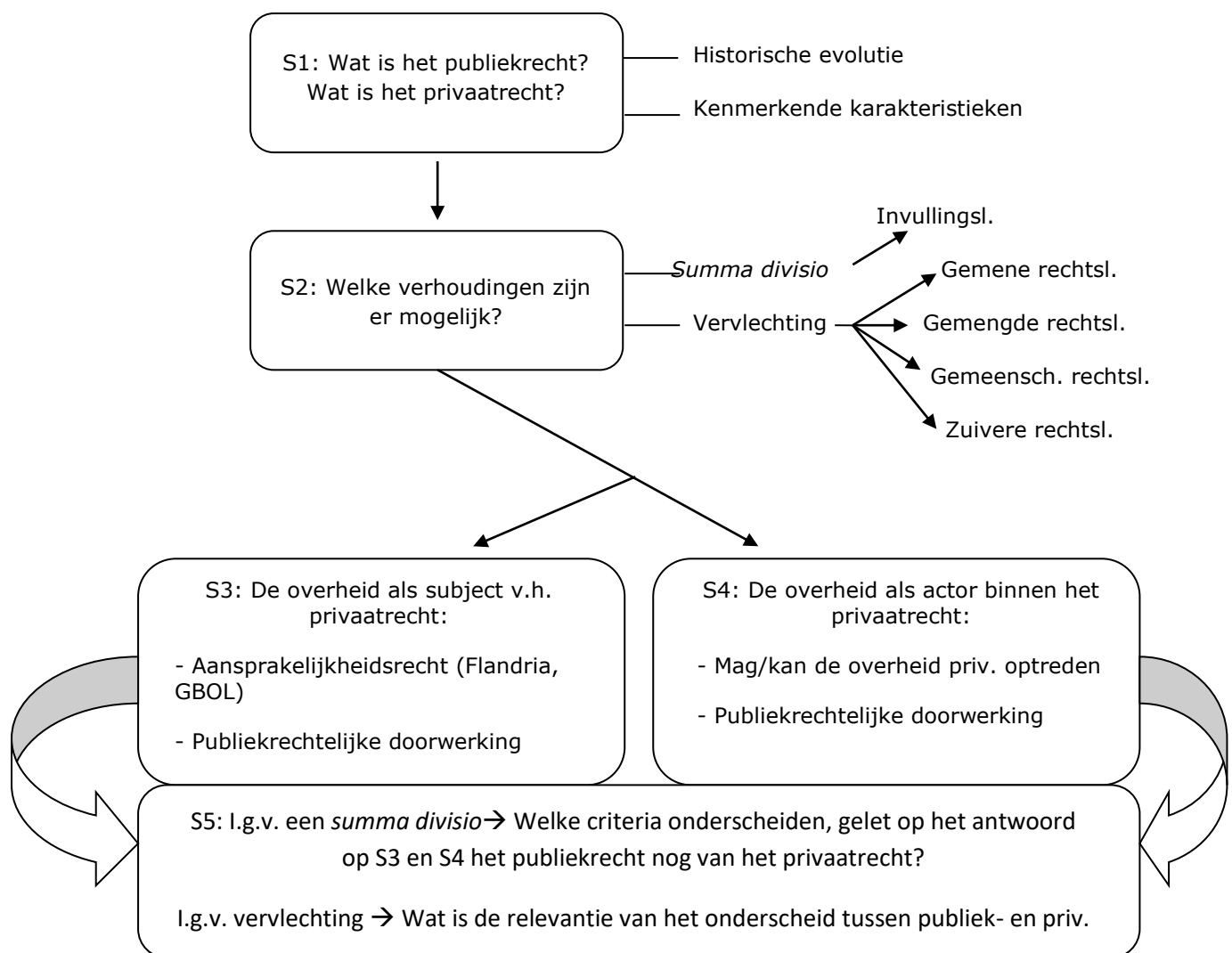
Subvraag 4: *"Kan de Staat gebruik maken van de privaatrechtelijke regels? Zo ja, op basis van welke grondslag en voorwaarden kan ze dit doen?"*

Hierbij zal worden nagegaan of de privaatrechtelijke regels exclusief voor de horizontale verhouding zijn, dan wel of de staat gebruik zou kunnen maken van deze privaatrechtelijke instrumenten. I.t.t. subvraag drie, heeft deze subvraag betrekking op de situatie van de overheid als actor binnen het privaatrecht. Het gaat dus niet om de vraag of de overheid onderworpen is aan het privaatrecht, maar of ze uit zichzelf gebruik mag/kan maken van het privaatrecht.

Indien blijkt dat de overheid gebruik mag maken van het privaatrecht, zal worden onderzocht in hoeverre ze gebruik kan maken van het privaatrecht. Zijn de privaatrechtelijke regels en beginselen bijvoorbeeld volledig van toepassing, of zullen publiekrechtelijke regels en beginselen het privaatrecht moduleren?

Subvraag 5: "Is er gelet op subvragen drie en vier nog een criterium om het publiekrecht van het privaatrecht te onderscheiden?"

Deze subvraag ligt in het verlengde van de subvragen drie en vier. Indien bij voornoemde subvragen blijkt dat er een *summa divisio* is, dan zal subvraag vijf concretiseren welke criteria de grondslag vormen voor deze *summa divisio*. Indien er sprake is van een vervlechting zal worden onderzocht wat de relevantie is van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht bij gebrek aan onderscheidingscriterium? Is er nog wel een onderscheid tussen beide rechtstakken i.g.v. vervlechting?



III. Onderzoeksstrategie

7. In functie van voornoemde onderzoeksvragen zal ik volgende onderzoeksstrategie hanteren.

Het eerste hoofdstuk van deze thesis zal aanvangen met een bespreking van de evolutie van de breuklijn tussen publiek- en privaatrecht. Hiertoe zal eerst de geschiedenis van beide rechtstakken worden besproken, waarbij de bespreking begint bij de Romeinse tijd en eindigt bij het onafhankelijk België. Hiervoor zal gebruik worden gemaakt van rechtsleer m.b.t. de Europese rechtsgeschiedenis, men denke aan '*Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis*', '*Roman Law in European History*' en '*Vergelding en vergoeding: Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*'. Om een goed antwoord te bieden op de centrale onderzoeksvraag is het van belang om een grondige kennis te hebben van beide rechtstakken, waardoor een inleidend hoofdstuk m.b.t. de ontstaansgeschiedenis en evolutie van wezenlijk belang is. Dit hoofdstuk zal een overzicht geven van de kenmerken die in beginsel eigen zijn aan het publiekrecht en aan het privaatrecht.

8. Hoofdstuk 2 zal een overzicht geven van de mogelijke verhoudingen tussen publiek- en privaatrecht. In de eerste plaats zal de *summa divisio* worden besproken. Hiertoe zal gebruik worden gemaakt van de rechtsleer van gezaghebbende auteurs op vlak van het staatsrecht. Bij de bespreking van de rechtsbescherming als criteria voor de breuklijn zal, naast de Belgische rechtsleer en rechtspraak, ook de Franse rechtsleer en rechtspraak worden besproken gelet op het sterke *summa divisio* die kenmerkend is voor het Franse rechtstelsel.

9. Hoofdstuk 2 zal ook ingaan op de vervlechting als mogelijk antwoord. Hierbij zal worden besproken wat een vervlechting impliceert. Er zal ook worden besproken in welke mate er sprake kan zijn van een vervlechting. Hierbij komen in het bijzonder de gemene leer, de gemengde leer en de gemeenschappelijke leer aan bod. Voor dit onderdeel zal gebruik worden gemaakt van de Belgische rechtspraak en rechtsleer, maar ook van de Nederlandse rechtsleer. De gemeenschappelijke leer is bijvoorbeeld afkomstig uit Nederland.

10. Hierna volgt in hoofdstuk 3 een onderzoek naar de actuele verhouding tussen publiek- en privaatrecht bij de overheid als subject. Het hoofdstuk zal nagaan welke gevolgen het Flandria-arrest met zich mee heeft gebracht voor de toepassing van het privaatrecht op de overheid. Dit hoofdstuk zal nagaan wat de leer van de overheidsaansprakelijkheid impliceert en in hoeverre het publiekrecht een invloed kan uitoefenen op dit privaatrechtelijke leerstuk. Het hoofdstuk zal ook nagaan welke problemen de toepassing van het privaatrecht op de overheid met zich meebrengt. Gelet op het feit dat het BW het voorwerp uitmaakt van grote hervormingen, zal ook worden nagegaan welke gevolgen het BW meebrengt inzake de overheidsaansprakelijkheid. Hoofdstuk 3 zal ook nagaan wat het GBOL-beginsel impliceert en welke gevolgen dit beginsel met zich meebrengt voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. Ten slotte zal ook bij het GBOL-beginsel worden onderzocht welke gevolgen de hervorming van het BW met zich meebrengt. Bij de bespreking van voornoemde gevolgen zal ook de adviespraktijk van de RvS en de houding van de wetgever (o.a. via de MvT) worden onderzocht. Dit hoofdstuk zal ook rekening houden met het algemeen belang als criterium om het publiekrecht van het privaatrecht te onderscheiden.

11. Hoofdstuk 4 heeft betrekking op de verhouding tussen publiek-en privaatrecht bij de overheid als actor binnen het privaatrecht. In dit hoofdstuk komen de leerstukken inzake het overeenkomstenrecht en hetaansprakelijkheidsrecht aan bod. Dit hoofdstuk zal aanvangen met de vraag of het in de publiekrechtelijke context wel mogelijk is om gebruik te maken van het privaatrecht. Volgens een meerderheid van de rechtsleer zou dit mogelijk op grond van artikel 1123 BW en de voorwaarden van de tweewegenleer. Een minderheid van de rechtsleer benadrukt echter dat artikel 1123 BW een onvoldoende grondslag is voor het optreden door de uitvoerende macht gelet op het wettigheidsbeginsel. Voor dergelijke gebruik van het privaatrecht zal ook de Nederlandse regeling worden besproken waarbij de Nederlandse rechtspraak van de Hoge Raad van aanzienlijk belang is. Te denken valt aan de rechtspraak van de Hoge in de zaken *Windmill*, *De Pina*, *Lelystad*, *Brandweerkosten*, *Bloemenmarkt Amsterdam*, enz.

Er is ook een luik voor het onderzoek naar de rol van publiekrechtelijke regels en beginselen binnen het privaatrecht (in de hypothese dat er sprake is van een vervlechting). Voor dit luik zal worden gekeken naar de beleidsovereenkomsten en de arbeidsovereenkomsten. De bespreking van deze twee overeenkomsten moeten het mogelijk maken om na te gaan in welke mate de publiekrechtelijke regels en beginselen doorwerken bij het privaatrechtelijk optreden van de overheid. Dit hoofdstuk zal eveneens rekening houden met de rol van het algemeen belang, als onderscheidingscriterium tussen het publiek- en privaatrecht. De thesis sluit hierop af met een conclusie, die in algemene bewoording zal weergeven wat de verhouding is in de besproken gevallen en een criterium zal aanreiken om beide rechtstakken alsnog van elkaar te kunnen onderscheiden.

Hoofdstuk 1: Begripsafbakening publiek- en privaatrecht

1.1. Evolutie van het publiek- en privaatrecht

1.1.1. Romeinse tijd

12. Om de kenmerkende karakteristieken van het publiek- en privaatrecht te vinden, moet men terugkijken naar de rechtstraditie bij het Romeinse koninkrijk en de vroege Romeinse republiek. Het Romeins recht was van meet af aan zeer nauw gehecht aan religie, hetgeen leidde tot het onderscheid tussen de *fas* en het *ius*. Het *fas* was een aparte rechtstak die de verhouding tussen goden en mensen beheerste, terwijl het *ius* gericht was op de verhouding tussen de burgers van het Romeinse Koninkrijk en later de Romeinse Republiek zelf.¹⁰

Het onderscheid tussen het *fas* en *ius* had gevolgen op vlak van de sancties verbonden aan een inbreuk op de regels. Gedragingen of onthoudingen die tegen de regels van het *fas* ingingen, waren *nefas*. Hoewel deze inbreuken werden begaan door een burger zelf, heeft dit wel gevolgen voor de hele Romeinse samenleving, aangezien de Romeinen ervan uitgingen dat de woede van de goden het hele volk zouden treffen. De sanctionering van *nefas* is dus een aangelegenheid die het hele volk aangaat en hier is dan een verhouding tussen de private actor en de Romeinse maatschappij als geheel.¹¹

De situatie is omgekeerd m.b.t. een inbreuk op het *ius*. Een inbreuk op de regels van het *ius* leidde tot *iniuria*. Hierbij gaat de inbreuk op een regel van het *ius* een particulier belang aan, hetgeen kan leiden tot een boete (*poena*) of weerwraak. Het betreft in deze context een private verhouding tussen private actoren.¹² We merken dus dat het *ius* en het *fas* zich van elkaar onderscheiden op grond van de betrokken actoren (particulier en de staat enerzijds, en particulieren onderling anderzijds) en op grond van de aard van de verbroken regel (dit kan een regel zijn die de staat als geheel aanbelangt, dan wel een particulier belang).

13. Hoewel er duidelijk een verschil valt te constateren tussen het *fas* en het *ius*, formaliseerde de Romeinen dit onderscheid (die neerkwam op een onderscheid tussen het publiek- en privaatrecht) niet. Deze formalisering en definiëring van het onderscheid tussen het *ius publicum* (publiekrecht) en het *ius privatum* (privaatrecht) gebeurde pas omstreeks 200 n.Chr. door de rechtsgeleerde Ulpianus.¹³

Ulpianus omschreef het publiekrecht als het recht dat betrekking heeft op de inrichting van de Romeinse Staat. Het heeft te maken met de eredienst, priesters en de overheid. Het privaatrecht is hetgeen dat belangrijk is voor het individu.¹⁴

¹⁰ P. STEIN, *Roman law in European history*, Cambridge university press, Cambridge, 2018, 4 – 6.

¹¹ *Ibid.*

¹² R. FEENSTRA, *Vergelding en vergoeding: Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, 7; R. LESAFFER, *Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis*, Leuven, Universitaire pers Leuven, 2018, 58 – 59.

¹³ R. LESAFFER, *Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis*, Leuven, Universitaire pers Leuven, 2018, 68.

¹⁴ G. MARTYN, *Geschiedenis van de politiek en van het publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Chartre, 2011, 53.

Deze regels die het individu aanbelangen kunnen worden onderverdeeld in drie onderdelen: Regels afkomstig uit 1. de natuur, 2. de volkeren of 3. de burgergemeenschap.¹⁵

Hieruit kunnen we dus reeds constateren dat de Romeinse rechtstraditie het onderscheid kende tussen regels die het gehele volk aanbelangen en de regels die de particuliere belangen betreffen. Voorts speelt de verhouding een rol bij de kwalificatie van een rechtstak.

1.1.2. Feodaliteit

14. Het stelsel van feodaliteit is tot stand gekomen doordat het voor Karel de Grote niet meer mogelijk was om zijn rijk alleen te besturen. Hij wou het bestuur voor zekere materie delegeren. De feodaliteit kwam neer op een privaatrechtelijke contractuele relatie tussen de leenheer en de leenman(nen). In ruil voor bijstand en onderhorigheid aan de leenheer, kreeg de leenman bescherming en veiligheid.¹⁶ De leenman kon in bepaalde gevallen ook rechten uitoefenen op de grond van de leenheer, zo kon een leenman zelf een deel van het gebied in leen geven en dus ook leenheer worden. Via een (privaatrechtelijk) contract was het dus mogelijk om overeenkomsten te sluiten tussen leenheer en leenman omtrent de uitoefening van het gezag (hetgeen een publiekrechtelijke aangelegenheid is).¹⁷

15. Het is van belang om in te zien dat gedurende dit tijdperk het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht zeer gering was. De leenheer heeft immers het gezag over zijn grondgebied (*imperium*-bevoegdheid), maar tegelijkertijd beschouwt men dit recht op gezag als een eigendomsrecht.¹⁸ In dit verband wordt gesproken van een *dominium* over het eigendomsrecht in de vorm van heerlijke rechten.¹⁹ Omdat het gezag een eigendomsrecht was, bestond ook de mogelijkheid om dit gezag te verhandelen. Het gezag was dus een goed dat vrij in de handel was. In die zin is er sprake van een verregaande vervlechting tussen publiek- en privaatrecht.²⁰

1.1.3. Ancien régime

16. De Franse revolutie en zijn gevolgen voor continentaal Europa hebben belangrijke gevolgen met zich meegebracht met betrekking tot de organisatie van het recht. Om deze organisatie van het recht en de relevantie ervan beter te begrijpen is het van belang om situatieschets te geven van de toestand voorafgaand aan de Franse revolutie.

17. Het *ancien régime* kan eveneens worden gekenmerkt door een vervlechting tussen publiek- en privaatrecht, doch deze vervlechting verzwakt doorheen de loop van de tijd. Het *ancien régime* wordt gekenmerkt door een sterke mate van centralisatie van het gezag van de vorst,

¹⁵ ULPIANUS, *Digesten*, 1.1.2.

¹⁶ G. MARTYN, *Geschiedenis van de politiek en van het publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2011, 77 – 80.

¹⁷ G. MARTYN, *Geschiedenis van de politiek en van het publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2011, 74 – 76.

¹⁸ M. STORME, *Rechtsvergelijking – rechtsrelativiteit*, 2006, 24.

¹⁹ A. WOLF, "Die Kurfürsten des Reiches", in Mario Kramp, *Könige in Aachen Geschichte und Mythos*, Bd. 1, Mainz 2000, (87) 90.

²⁰ R. LESAFFER, *Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis*, Leuven, Universitaire pers Leuven, 2018, 137 – 139; J.M.H.F. TEUNISSEN, *Het burgerlijk kleet van de staat : beschouwingen over de tweewegenleer*, Zwolle, W.E.J. Tjeen Willing, 1996, 33 – 35.

dit ging echter gepaard met meer taken en verantwoordelijkheden voor diezelfde vorst (belastingen innen, veiligheid voorzien, beleid voorbereiden en uitvoeren, beleid opvolgen, ...). Om zijn takenpakket tot een goed eind te brengen, werd de vorst bijgestaan door vorstelijke raden. De leden van deze raden specialiseerde zich met de tijd steeds verder in hun materie en ook de omvang van het aantal leden nam gestaag toe. Er ontstonden dus steeds meer ministers die bevoegd waren in bepaalde materies.²¹

Deze specialisatie van het staatsapparaat bracht met zich mee dat het zonder rechtstreekse deelname van de vorst kon functioneren, m.a.w. het aandeel van de vorst binnen het bestuur verminderde. Dit had *de facto* tot gevolg dat de vorst niet meer de veruitwendiging oftewel het synoniem van de staat was. De bekende spreuk van Lodewijk XIV van Frankrijk²² is dan ook niet inpasbaar binnen deze evolutie. *De jure* had de vorst nog steeds een invloed, aangezien zij instond voor de benoeming van belangrijke functionarissen, men denke aan ministers, generaals en andere ambtenaren.²³

De kandidaten waren grotendeels afkomstig uit de adel en in ruil voor hun benoeming kreeg de vorst de steun vanuit de adel. Deze machtsstructuur kwam echter onder druk te staan door de socio-economische evolutie van de elite binnen de derde stand. De derde stand kende een sterke economische groei, waardoor ze meer en meer streefde naar macht. O.w.v. hun sociale afkomst was het echter moeilijk om aan macht te komen, nu de benoeming van de leden van het staatsapparaat behoort tot de exclusieve bevoegdheid van de vorst.²⁴

18. Van belang bij het ancien régime is dat deze *de factode* autonomie en de depersonificatie van de staat teweegbracht, doch dat er *de jure* nog steeds een sterke invloed van de vorst was binnen het benoemingsproces van de leden van de overheid. Er is m.a.w. sprake van een feitelijke vervlechting tussen publiek- en privaatrecht, terwijl een steeds groter wordende groep begint te streven naar een juridische breuklijn tussen publiek- en privaatrecht.²⁵ Bij deze fase is het dus van belang om een onderscheid te maken tussen de situatie *de jure*, en de situatie *de facto*.

1.1.4. De Franse revolutie

19. De Franse revolutie maakte een einde aan de absolute monarchie en introduceerde de (eerste) Franse Republiek. Deze afschaffing van de absolute monarchie bracht met zich mee dat het publiek- en privaatrecht niet meer volledig vervlecht was, aangezien het niet meer de monarch was die zowel het absoluut gezag als het volledig eigendomsrecht had. De *imperium*-bevoegdheid was niet langer vervlecht met het *dominium* hierover. Niet was niet enkel feite het geval, maar ook in rechte.²⁶

²¹ G. MARTYN, *Geschiedenis van de politiek en van het publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Chartre, 2011, 104 - 106.

²² "L'État c'est moi".

²³ G. MARTYN, *Geschiedenis van de politiek en van het publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Chartre, 2011, 104 - 106.

²⁴ R. LESAFFER, *Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis*, Leuven, Universitaire pers Leuven, 2018, 348 - 349.

²⁵ M. STORME, *Rechtsvergelijking - rechtsrelativiteit*, 2006, 61 - 62.

²⁶ H. VAN GOETHEM, "Het recht van de Franse revolutie. Een bourgeois-recht?", *RW*, 1989-90, 210 - 211.

Op privaatrechtelijk vlak bracht de Franse revolutie de uitdrukkelijke erkenning van het eigendomsrecht van de burger met zich mee. De burger heeft een volledige beschikkings- en genotsrecht t.a.v. het goed in kwestie, de overheid wordt hiervan uitgesloten indien er geen uitdrukkelijke wettelijke beperkingen zijn voorzien (legaliteitsbeginsel). Dit absoluut eigendomsrecht van de burgers was dan ook uitdrukkelijk opgenomen in artikel 17 van de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* en was zelfs een reactie op het absolute *dominium* van de monarchie.²⁷

Deze *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* hield meerdere burgerlijke en politieke rechten in voor de burgers en was grotendeels geïnspireerd op de Amerikaanse '*Declaration of Independance*' van 1776, maar ook op de Engels '*Bill of rights*' van 1689.²⁸ Deze verklaringen hielden een liberale consensus in, waarbij de overheid moest optreden om de rechten (hoofdzakelijk burgerlijke en politieke rechten) van de burgers te waarborgen. Men spreekt in verband van de rol van de overheid als 'nachtwakersstaat'.²⁹ Langs de zijde van het publiekrecht waren ook een aantal relevante wijzigingen voorhanden. Vooreerst bracht werd de imperium-bevoegdheid niet meer gezien als een in de handel zijnde eigendom, opnieuw werd hiertoe uitdrukkelijk voorzien in de Franse grondwet van 1795, in het bijzonder artikel 25.³⁰

20. Voorts kwam een sterke scheiding van machten. Ten tijde van het ancien régime was het voor de justitieraden bijvoorbeeld mogelijk om de registratie van een wet te weigeren (geringe scheiding der machten), de Franse Republiek schroefde de bevoegdheid van de rechter terug tot het louter toepassen van de wet. De rechter werd m.a.w. '*la bouche de la loi*'.³¹ Voorts is het van belang om aan te geven dat deze scheiding der machten ook gepaard ging met de opkomst van de '*gouvernement de l'administration*'. Deze was centraal gelegen in Parijs en zorgde dus voor het ontstaan van een nieuwe rechtstak, zijnde het administratief recht.³² Voorts was er de introductie van de *Conseil d'Etat* die bevoegd was voor geschillen met de overheid.³³

De visie van het *ancien régime* wordt dus verlaten en in de plaats daarvan komt een strikte scheiding tussen het publiek- en privaatrecht, waarbij de overheid de rol van een nachtwakersstaat krijgt.

1.1.5. Het Belgisch recht

21. Tussen 1815 en 1830 was het huidige België onderdeel van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden. Het Belgische volk was echter niet tevreden over beleid van Koning Willem I, deze ontevredenheid had zijn grondslag op verschillende vlakken.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ G. MARTYN, *Geschiedenis van de politiek en van het publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2011, 161 – 165; R. LESAFFER, *Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis*, Leuven, Universitaire pers Leuven, 2018, 414 – 417.

²⁹ M. STORME, *Rechtsvergelijking – rechtsrelativiteit*, 2006, 46 – 48.

³⁰ J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleed van de Staat*, Wolters Kluwer, 1996, 45 – 47.

³¹ A. ALEN en K. MUYLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht (Deel I)*, Brugge, Die Keure, 2014, 6 – 8.

³² H. VAN GOETHEM, "Het recht van de Franse revolutie. Een bourgeois-recht?", *RW*, 1989-90, 210 – 211.

³³ R. LESAFFER, *Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis*, Leuven, Universitaire pers Leuven, 2018, 375 – 376.

De Noordelijke Nederlanden waren grotendeels aanhangers van het Protestantisme, terwijl er bij de zuidelijke Nederlanden sprake was voor aanhang voor het Katholicisme. Maar het verschil lag niet enkel op religieus vlak, samen met de katholieken was er ook binnen de liberale en edelen kringen ontevredenheid omtrent het regime van Koning Willem I. Liberale kringen stoorden zich aan de macht en hoge mate van inmenging van de Koning, terwijl de Franstalige edelen zich stoorden aan de vernederlandsing binnen het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden.³⁴

22. Voornoemde kringen beoogden in beginsel geen afscheiding, maar eerder politieke hervorming die hun belangen behartigden. Externe factoren, met name de Julirevolutie in Frankrijk in samenhang met de afzetting van Koning Karel X, waren echter van doorslaggevend belang voor de Belgische revolutie in het bijzonder voor de rellen van augustus en de Septemberrevolutie. Het gevolg hiervan was dat het Voorlopig Bewind dat op 4 oktober 1930 de onafhankelijkheid van België uitriep. Kort na de onafhankelijkheid van België valt een duidelijke scheiding tussen publiek- en privaatrecht te constateren. Met betrekking tot het privaatrechtelijk aspect kan er vooreerst op worden gewezen dat hoewel voorafgaand aan de Belgische onafhankelijkheid er sprake was van Nederlandse overheersing, niet hetzelfde worden gezegd over het privaatrecht. Het Belgische volk verzette zich immers tegen de aanneming van Nederlandse wetgeving, met uitzondering van de wetgeving omtrent erfpacht en opstal aangezien de *Code Civil* hieromtrent geen regeling had.³⁵

Door dit verzet vanuit was voor het grotendeel het recht van de vorige bezetter van toepassing was, zijnde het recht van Frankrijk, in het bijzonder de *Code Civil*.³⁶

Met betrekking tot de Grondwet doet zich een bijzondere situatie voor. Enerzijds was het de bedoeling om met de Belgische Grondwet te reageren op de voorgaande preponderantie van de uitvoerende macht. Gedurende de Nederlandse bezetting waren er immers de zgn. "besluitenregering" van Willem I en de Franse Republiek emancipeerde het administratief recht.³⁷ Anderzijds blijkt uit onderzoek dat de artikels van de Belgische Grondwet voor 45% uit Franse Grondwetten kwam en voor 40% uit de Grondwet van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden, 10% zou echt origineel zijn.³⁸

23. Met betrekking tot de Grondwet is het van belang om aan te geven dat België eveneens opteerde voor de scheiding der machten. Doch i.t.t. Frankrijk gaat het hier om een relatieve scheiding der machten, waarbij de bevoegdheid van de staatsorganen niet beperkt is tot de hoofdfunctie.

³⁴ *Ibid*, 385.

³⁵ Deze wetten werden echter voorbereid in een franstalige commissie, waarbij het merendeel Belg was waardoor het *de facto* niet om Nederlands recht gaat.

³⁶ D. HEIRBOUT en M. STORME, *De Belgische rechtstraditie: van een lang zoeken naar onafhankelijkheid naar een verlangen naar afhankelijkheid* ?, 7.

³⁷ J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid : onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge, Die Keure, 2011, 93; M. STORME, *Rechtsvergelijking – rechtsrelativiteit*, 2006, 60 – 62.

³⁸ D. HEIRBOUT en M. STORME, *De Belgische rechtstraditie: van een lang zoeken naar onafhankelijkheid naar een verlangen naar afhankelijkheid* ?, 8; H. VAN GOETHEM, "Het recht van de Franse revolutie. Een bourgeois-recht?", *RW*, 1989-90, 210 – 211.

Zo kan de rechter in België administratieve besluiten en verordeningen buiten toepassing laten.³⁹De Koning die weliswaar het hoofd is van de uitvoerende macht kan ook deelnemen aan wetgevende functies.⁴⁰

België kende bij aanvang van zijn ontstaan een zekere wantrouwen t.o.v. de uitvoerende macht en hierdoor was er kort na de onafhankelijkheid geen sprake van een Raad van State, de installatie van de Raad van State vond pas plaats op 9 oktober 1948.⁴¹ Daarentegen was er een groot vertrouwen naar de rechterlijk macht toe, de Grondwet voorzag dan ook impliciet in de onafhankelijkheid van de rechter.⁴²

België volgde dus ook de liberale gedachte waarbij de Staat moest functioneren in functie van de burgers. De burgers kregen in de Belgische Grondwet meerdere grondrechten, met name de gelijkheid voor de wet, het recht op vrijheid, het eigendomsrecht, het briefgeheim, de vrijheid van onderwijs, enz. De Staat was oorspronkelijk een nachtwakersstaat die de uitoefeningen van deze grondrechten moest garanderen voor de burger. Hiertoe kreeg de Staat voornoemde doelgebonden bevoegdheden. De burgers onderling konden nog beroep doen op de overige wetboeken om hun onderlinge verhouding te regelen (bijv. de Code Civil).⁴³ België kende bij aanvang van zijn onafhankelijkheid dus ook een duidelijke scheiding tussen het publiek- en privaatrecht.

1.2.Kenmerkende karakteristieken van het publiek- en privaatrecht

24. Om een antwoord te geven op de vraag of, en in welke mate, publiek- en privaatrecht zich in een toestand van vervlechting, dan wel *summa divisio*, bevinden moet vooreerst worden nagegaan welke de kenmerkende karakteristieken van beide rechtstakken zijn. Deze criteria kunnen aan het einde van de scriptie een toetsingskader vormen bij de beoordeling van de vervlechting.

1.2.1. Belang

25. Het eerste criterium dat men aantreft, betreft het belang dat op het spel staat. Dit is een zeer oud onderscheidingscriterium die zoals reeds besproken al terug te vinden is ten tijde van de werken van Ulpianus. Volgens Ulpianus heeft het publiekrecht betrekking op de inrichting van de Staat, terwijl het privaatrecht betrekking heeft op hetgeen particulieren aanbelangt.⁴⁴

1.2.1.1. Algemeen belang

26. Toegepast op de huidige Belgische rechtsstaat kan men stellen dat het publiekrecht betrekking heeft op het algemeen belang. Binnen de wetgeving kan men een eerste vorm van algemeen belang bijvoorbeeld terugvinden in artikel 16 Gw. Dit artikel geeft aan dat de onteigening "*ten algemene nutte*" dient te gebeuren.

³⁹ Art. 159 Gw; A. ALEN en K. MUYLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht (Deel I)*, Brugge, Die Keure, 2014, 9 - 12.

⁴⁰ Art. 37 Gw.

⁴¹ Wet van 23 december 1946.

⁴² J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid : onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge, Die Keure, 2011, 93.

⁴³ D. HEIRBOUT en M. STORME, *De Belgische rechtstraditie: van een lang zoeken naar onafhankelijkheid naar een verlangen naar afhankelijkheid ?*, 8 - 9.

⁴⁴ ULPIANUS, D. 1.1.2.

Naast de opsomming van de voorwaarden voor de onteigening omvat artikel 16 Gw. echter geen definitie van het begrip "ten algemene nutte" *as such*, ook van het overkoepelend begrip "*algemeen belang*" is geen wettelijke definitie terug te vinden.⁴⁵

27. Het is niet enkel de Grondwet die geen definitie geeft van 'algemeen belang', ook de onteigeningsprocedurewetten en de bevoegdheidsverdelende regels m.b.t. de onteigening maken geen melding van het begrip 'algemeen belang'.⁴⁶ De Raad van State vereist in de context van de onteigening weliswaar dat het 'algemeen belang' met zekerheid dient vast te staan, toch valt te constateren dat het een elastisch begrip betreft die het voorwerp is van variërende interpretaties.⁴⁷

28. Voornoemde elasticiteit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking door de Belgische decentralisatie van besturen. Iedere administratieve instantie zal immers bij de uitoefening van haar bevoegdheden, waarbij ze geniet van een discretionaire bevoegdheid, een eigen invulling geven aan het begrip 'algemeen belang', waarbij de eigen visie van de overheid in kwestie een belangrijke rol speelt. DECLERQ geeft als voorbeeld aan dat de gemeenteraad het algemeen nut '*door een andere administratieve bril*' ziet dan een gouverneur of een minister.⁴⁸ De *ratio legis* achter deze verschillende invullingen van het algemeen belang is dat ieder bevoegd bestuursniveau ook het meest geschikt is om de specifieke invulling van het algemeen belang te bewerkstelligen.⁴⁹

29. Op algemeen vlak stelt DECLERQ dat het algemeen belang als de "*verwachting tot bevrediging van een publieke behoefte, passend volgens de eisen van de algemene nuttigheid*".⁵⁰

LUYPAERS en BROUWERS geven aan dat het algemeen belang een "*blanco en evolutieve norm*" betreft, waarbij de invulling van deze norm "*onlosmakelijk verbonden is met de samenleving waarvan zij de veruitwendiging is*".⁵¹ Deze verbondenheid met de samenleving waarvan zij de veruitwendiging is kan verklaard worden doordat het algemeen belang dient om het welzijn van de samenleving in haar geheel te dienen.⁵² De behartiging van het algemeen belang is van essentieel belang voor de rechtvaardiging van de bijzondere rechtspositie van de overheid en de hieruit volgende tweedeling tussen het publiek- en privaatrecht.⁵³ MAST stelt in dit verband dat "*De behartiging van het algemeen belang, waarvoor desnoods ieder particulier belang moet wijken, beheerst het ganse administratief recht en verklaart, zoals reeds gezegd, de bijzondere rechtspositie van de overheid*".⁵⁴

⁴⁵ Raad van State 20 maart 1996, nr. 58.727. "Ten algemene nutte" is volgens dit arrest van de Raad van State enger dan "algemeen belang", waardoor deze scriptie spreekt van een vorm van algemeen belang.

⁴⁶ S. VERBIST, *De onteigening ten algemene nutte als instrument van de ruimtelijke ordening*, Mortsel, Intersentia, 2011, 20.

⁴⁷ M. Kiekens, *HET ALGEMEEN BELANG BIJ DE ONTEIGENING TEN ALGEMENEN NUTTE EN DE RECHTERLIJKE CONTROLE*, 72.

⁴⁸ D. DECLERQ, "Een peiling naar het begrip algemeen belang in het bestuursrecht", *RW* 1967, 524.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, 517.

⁵¹ P. LUYPAERS en S. BROUWERS, *Tussen algemeen belang en toegewijde zorg*, Mortsel, Intersentia, 2014, 238.

⁵² P. LUYPAERS en S. BROUWERS, *Tussen algemeen belang en toegewijde zorg*, Mortsel, Intersentia, 2014, 238.

⁵³ P. LUYPAERS en S. BROUWERS, *Tussen algemeen belang en toegewijde zorg*, Mortsel, Intersentia, 2014, 238 – 140.

⁵⁴ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMMEN, J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 4-5.

Ten slotte omschrijft de Valks juridische woordenboek het algemeen belang (in de context van het administratief recht) als "*het belang van de samenleving in haar globaliteit; het komt aan de overheid toe te duiden wat dat algemeen belang is; dit is het domein van de politiek (beleid)*".⁵⁵

1.2.1.2. Particulier belang

30. Het privaatrecht heeft daarentegen betrekking op het particulier belang. Het particulier belang kan zowel betrekking hebben op de belangen van individuen als dat van een groep (bv. een vennootschap, een vereniging of een vzw). De som van particuliere belangen leiden niet van rechtswege tot het ontstaan van een algemeen belang. Niettemin kan de behartiging van bepaalde particuliere belangen, een meerwaarde opleveren voor de behartiging van het algemeen belang. Deze redenering is wederzijds, aangezien de behartiging van het algemeen belang ook een meerwaarde kan opleveren voor het particulier belang.⁵⁶

Volledigheidshalve kan reeds worden aangegeven dat ook binnen de rechtsleer het algemeen belang "*als onderscheiden, maar niet noodzakelijk tegengesteld aan, het belang van de individuen of groepen in die samenleving*" wordt gedefinieerd.⁵⁷

1.2.2. Betrokken rechtssubjecten

31. Een tweede criterium betreft de hoedanigheid van de betrokken rechtssubjecten in een rechtsverhouding. Dit criterium komt sterk naar voren binnen de gezaghebbende rechtsleer bij de aanvang van een bespreking van het onderscheid tussen het publiek- en privaatrecht.⁵⁸ Bij een eerste opzoeking van het begrip publiekrecht, valt bijvoorbeeld te constateren dat dit wordt omschreven als het "*geheel van rechtsregels dat betrekking heeft op de onderlinge verhoudingen tussen de overheidsorganen en de verhoudingen tussen de overheidsorganen en burgers, d.i. natuurlijke personen en privaatrechtelijke groeperingen*".⁵⁹ Omgekeerd valt bij een eerste opzoeking van het begrip privaatrecht te constateren dat dit wordt omschreven als het "*geheel van rechtsregels dat betrekking heeft op de onderlinge verhoudingen tussen burgers*".⁶⁰

1.2.2.1. De overheid

32. Bij verdere uitdieping naar de relevante verhoudingen komt men op een gelijkaardig resultaat als voornoemde omschrijving. DE MALBERG stelde dat we te maken hebben met het publiekrecht indien er binnen de menselijke of maatschappelijke rechtsverhouding sprake is van een rechtstreekse betrokkenheid van de overheid.⁶¹

⁵⁵ E. DIRIX, B. TILLEMEN en P. VAN ORSHOVEN, *De valks juridische woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 41.

⁵⁶ P. LUYPAERS en S. BROUWERS, *Tussen algemeen belang en toegewijde zorg*, Mortsel, Intersentia, 2014, 240 – 241.

⁵⁷ E. DIRIX, B. TILLEMEN en P. VAN ORSHOVEN, *De valks juridische woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 41.

⁵⁸ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMMEN, J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 4-5.

⁵⁹ E. DIRIX, B. TILLEMEN en P. VAN ORSHOVEN, *De valks juridische woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 330.

⁶⁰ E. DIRIX, B. TILLEMEN en P. VAN ORSHOVEN, *De valks juridische woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 324.

⁶¹R. CARRE DE MALBERG, *Contribution a la théorie générale de l'état*, Paris, Dalloz, 1920, 50 – 51.

ROUBIER hechtte dan weer meer belang aan de hoedanigheid van de betrokken actoren, volgens hem betreft het publiekrecht het recht van de natuurlijke personen die handelen in de hoedanigheid van een titularis van het openbaar gezag.⁶²

1.2.2.2. De burgers

33. Het privaatrecht daarentegen betreft volgens DE MALBERG de set van juridische regels met betrekking tot het bestaan, de organisatie, de werking en de *verhouding* tussen natuurlijke personen, de zogenaamde particulieren.⁶³ Het privaatrecht heeft betrekking op de rechtsverhouding tussen de particulieren die handelen buiten elk recht op de uitoefening van het openbaar gezag. Hier kan men een *a contrario* redenering vaststellen met betrekking tot het al dan niet titularis zijn van het openbaar gezag. Het privaatrecht heeft dus betrekking op de rechtsverhouding tussen de individuen onderling.⁶⁴

1.2.3. Wijze van optreden

34. Het derde criterium voor de tweedeling bevindt zich in het verlengde van het eerste criterium (aard van het belang). De vaststelling van het belang dat op het spel staat (algemeen dan wel particulier), brengt o.a. gevolgen met zich mee op vlak van de wijze waarop de betrokken rechtssubjecten mogen handelen in het rechtsverkeer.

1.2.3.1. Eenzijdigheid en hieraan verbonden prerogatieven

35. Zoals besproken dient de overheid het algemeen belang te behartigen. Doordat de overheid belast is met deze opdracht krijgt ze de mogelijkheid om gebruik te maken van een bijzonder juridisch instrument, zijnde de eenzijdige bestuurshandeling.⁶⁵ Hierdoor kan de overheid t.a.v. burgers of ondernemingen bepaalde verplichtingen opleggen (bv. opleggen administratieve sanctie of de betaling van een parkeerheffing).⁶⁶

Deze eenzijdige bestuurshandeling door de overheid vereist geen instemming van de bestuurdde en wijzigt (of belet de wijziging van) de rechtstoestand van de bestuurdde.⁶⁷ Deze bijzondere mogelijkheid die ter beschikking staat van de overheid is ingegeven vanuit de veronderstelling dat de overheid en de burger niet op voet van gelijkheid staan.⁶⁸

Dit juridisch instrument voor de overheid is ook nog uitgerust met drie belangrijke privileges, nl. het "*exécution d'office*" en het "*privilège du préalable*".⁶⁹

⁶² P. ROUBIER, *Theorie generale du droit*, 298.

⁶³ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution a la théorie générale de l'état*, Paris, Dalloz, 1920, 50 – 51.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie) - gebonden editie*, Mortsel, Intersentia, 2019, 21.

⁶⁶ S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek bestuursrecht*, ASP, Brussel, 2016, 22.

⁶⁷ I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie) - gebonden editie*, Mortsel, Intersentia, 2019, 21.

⁶⁸ S. LIERMAN en S. VERBEYST, "Het contractueel beleidsinstrument in het omgevingsrecht: een casusbespreking van de activiteitencontracten en -convenanten.", *TROS* 2019, nr. 95, 190.

⁶⁹ W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, "Overeenkomsten met de overheid", *TPR* 1987, (1709) 1735.

"*L'exécution d'office*" impliceert dat de eenzijdige bestuurlijke rechtshandeling onmiddellijk en uit zichzelf uitvoerbaar is. Er is geen tussenkomst van de rechter vereist.⁷⁰ Het is enkel in het geval dat de bestuurde weigert om de overheid te gehoorzamen dat de naar de rechter zal moeten gaan, tenzij er een wettelijke regeling is voor de gedwongen tenuitvoerlegging. Los van de gevallen waarin voorzien is in een wettelijke regeling voor de gedwongen tenuitvoerlegging en de gevallen waarin de overheid zich tot de rechter richt, wordt aangenomen dat de overheid bij noodgevallen gezagshalve maatregelen mag nemen om de uitvoering van haar beslissing te bewerkstelligen.⁷¹

"*Le privilège du préalable*" omvat de twee andere voorrechten van de eenzijdige bestuurlijke rechtshandeling. Enerzijds is er de verbindende kracht van de eenzijdige bestuurlijke rechtshandeling. De verbindende kracht impliceert dat de eenzijdige bestuurlijke rechtshandeling zonder instemming van de bestuurde rechten kan toekennen of verplichtingen kan opleggen.⁷² Anderzijds is er de dwingende kracht van de eenzijdige bestuurlijke rechtshandeling. Dit impliceert een vermoeden dat de eenzijdige beslissing wettig is (i.e. i.o.m. de wet).

36. Het is mogelijk dat de handeling van de overheid niet wettig is, waarbij de bestuurde zich dan tot de rechter kan wenden. De procedure bij de rechter zal de eenzijdige bestuurlijke beslissing echter niet opschorten, waardoor het bestuurde het moet naleven.⁷³

Op deze verplichte naleving bestaan twee uitzonderingen: 1. de wet kan voorzien in een opschorting, waardoor de bestuurde een procedure kan opstarten en in de tussentijd de beslissing niet moet naleven en 2. Eenzijdige beslissingen die dermate manifeste onwettigheden omvat dat ze voor ongeschreven moeten worden gehouden geven bestuurden (maar ook door een ambtenaar of een bestuur zelf) de mogelijkheid om de beslissing niet na te leven.⁷⁴

1.2.3.2. Wilsovereenstemming

37. Zoals besproken vertrekt het privaatrecht vanuit de gedachte dat individuen of groepen een particulier belang nastreven *a fortiori* is er geen rechtvaardiging noch nood voor het toekennen van bijzondere prerogatieven. Om uitvoerbare kracht te bekomen zal i.t.t. het publiekrecht wel een tussenkomst van de rechter nodig zijn. Het privaatrecht stelt de wil van de partijen voorop, voor het sluiten van een overeenkomst is dan ook een wilsovereenstemming tussen partijen vereist m.b.t. alle onderdelen van de overeenkomst.⁷⁵Tussen de partijen onderling zal hun vrij gesloten contract wel gelden als wet en zullen ze gelijkgerechtigd zijn.⁷⁶ De partijen treden dus op voet van gelijkheid op, deze gelijkheid vormt een van de basisbeginselen van het burgerlijk recht.⁷⁷

⁷⁰ I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie) - gebonden editie*, Morsel, Intersentia, 2019, 85.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

⁷³ W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, 'Overeenkomsten met de overheid', *TPR1987*, (1709) 1735.

⁷⁴ J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE en A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 4 – 5; D. BATSELÉ, T. MORTIER en M. SCARCEZ, *Algemeen administratief recht*, Brussel, Bruylant, 2012, 490.

⁷⁵ Art. 1108 BW.

⁷⁶ Art. 1134 BW.

⁷⁷ J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE en A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 5.

1.2.4. Rechtsbescherming

38. Het laatste criterium ter onderscheiding oogt *prima facie* minder evident voor het Belgisch rechtsstelselo.a. gelet op het jurisdictioneel pluralisme,⁷⁸ doch heeft het m.i. een didactische relevantiedie het mogelijk maakt om een beter inzicht te krijgen van wat de veronderstelling van een strikte *summa divisio* zou impliceren op vlak van de rechtsbescherming.

Gelet op de omvang van de scriptie zal de rechtsbescherming enkel worden besproken in de context van overheidsaansprakelijkheid. Ter illustratie van een strikte *summa divisio*, zal het Frans stelsel betrokken worden.

1.2.4.1. Rechtsbescherming naar Frans recht

39. Een sterke *summa divisio* veronderstelt dat geschillen m.b.t. de aansprakelijkheid van de overheid onder de bevoegdheid van een afzonderlijk en onafhankelijk administratieve rechtscollege ressorteren en dus niet de burgerlijke rechter.⁷⁹In Frankrijk kreeg de *Conseil d'État* d.m.v. artikel 9 van de wet van 24 mei 1872 dan ook de rol van zelfstandige administratieve rechter toegewezen m.b.t.:

"Les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives".

40. De onafhankelijkheid van de *Conseil d'État* komt sterk naar voren in het arrest-Cadot van 13 december 1889.⁸⁰ Bij het arrest-Cadot besloot de *Conseil d'État* dat bestuursgeschillen voorafgaand aan de aanhangigmaking bij de *Conseil d'État* niet meer aan de minister moeten worden onderworpen. Bestuursgeschillen mogen met andere woorden rechtstreeks bij de *Conseil d'État* aanhangig worden gemaakt. Hierdoor wordt de *Conseil d'État* nog meer als een onderdeel van overheid beschouwd, dan onderdeel van de rechterlijke macht, zij het met de vereiste onafhankelijkheid.⁸¹ Dit arrest geeft aan dat er een sterke scheiding bestaat tussen het publiek- en privaatrecht m.b.t. de bevoegde rechtbank, betwistingen m.b.t. bestuurshandeling kunnen voor een eigen, onafhankelijk en volwaardig administratieve rechtscollege terecht.⁸²

41. Een sterke tweedeling op vlak van de rechtsbescherming veronderstelt niet enkel een scheiding op organisatorisch vlak, maar ook op inhoudelijk vlak m.b.t. het recht dat toepasselijk is voor de (administratieve) rechtscollege bij wie de zaak aanhangig is gemaakt. De situatie in Frankrijk gaat besproken worden a.d.h.v. de veronderstelling dat een geschil m.b.t. een onrechtmatige overheidshandelingen voorligt. Vervolgens zal worden ingegaan op de situatie m.b.t. een rechtmatig overheidsoptreden.

⁷⁸ S. LUST, *Rechtsbescherming tegen de administratieve overheid*, Brugge, Die Keure, 2014, 56 – 57.

⁷⁹ F. VAN OMMEREN, "Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'", *Ars Aequi* 2012, (562)563.

⁸⁰ Conseil d'État 13 décembre 1889, *arrêt Cadot*, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-13-decembre-1889-cadot>.

⁸¹ J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid : onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge, Die Keure, 2011, 92.

⁸² J. VAN MEERBEECK, *La distinction entre droit public et droit privé*, Limal, Anthemis, 2019, 21 – 22.

1.2.4.1.1. Rechtsbescherming bij onrechtmatige overheidshandeling

42. Zoals besproken bracht artikel 9 van de wet van 24 mei 1872 een duidelijke omschrijving van de bevoegdheid van de *Conseil d'État*, deze omvat o.a. de bevoegdheid voor *matière contentieuse administrative*. Door deze wettelijke grondslag kan in Frankrijk ook de bestuursrechter bevoegd zijn voor geschillen m.b.t. onrechtmatige overheidshandelingen.

De aansprakelijkheid van de overheid staat reeds ten tijde van het arrest-*Blanco* in 8 februari 1873 vast.⁸³ Bij de aansprakelijkheid van de overheid is het echter van belang om vast te stellen of de overheid bij de onrechtmatige daad handelde in de context van de uitvoering van een *service public*, dan wel in de context van de uitvoering van een *gestions privées*.⁸⁴ Het arrest-*Blanco* had bijvoorbeeld betrekking op een *service public*. Het ging namelijk om de uitvoering van een publieke dienst door het Franse staatstabaksbedrijf, tijdens de uitvoering van deze diensten veroorzaakte het voertuig van dit staatsbedrijf een ongeval door Blanco aan te rijden. In deze casus oordeelde de bestuursrechters dan ook dat "*l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître*".⁸⁵

43. Opdat een overheidshandeling een onrechtmatig karakter verkrijgt is een '*faute*' in de zin van art. 1382 t.e.m. 1384 van het *Code Civil* vereist. Dit is echter een privaatrechtelijk begrip, waardoor de *Conseil d'État* niet toepasselijk acht op geschillen die voor hem worden gebracht (de geschillen in de context van de *service public*). De *Conseil d'État* heeft namelijk een eigen (publiekrechtelijk) foutbegrip ontwikkeld die gestoeld is op het ongeschreven recht, in het bijzonder het beginsel van de *égalité devant les charges publics*. De motivering van de *Conseil d'État* voor het niet toepassen van het burgerlijk recht is te vinden in de *ratio legis* van de *Code Civil*:

"Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier

Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés".⁸⁶

44. De *Code Civil* is volgens de bestuursrechters immers bestemd voor de verhouding van particulieren tussen particulieren en het is enkel in de hypothese dat de overheid gaat optreden als een particulier, nl. in de context van de *gestions privées* dat de burgerlijke rechter de *Code Civil* kan toepassen.⁸⁷

⁸³ Tribunal des conflits 8 février 1873, *Arrêt Blanco*, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/tribunal-des-conflits-8-fevrier-1873-blanco>.

⁸⁴ R.P.J.L. TJITTES, "Relativering van rechtsverwerking", *NTBR* 1999/7, (193) 214.

⁸⁵ Tribunal des conflits 8 février 1873, *Arrêt Blanco*, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/tribunal-des-conflits-8-fevrier-1873-blanco>.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ J.M.H.F. TEUNISSEN, *Het burgerlijk kleeft van de staat : beschouwingen over de tweewegenleer*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willing, 1996, 160.

1.2.4.1.2. Rechtsbescherming bij rechtmatige overheidshandeling

45. Frankrijk kent ook de overheidsaansprakelijkheid voor *responsabilité sans faute*. Hierbij is naar Frans recht de *Conseil d'État* bevoegd om geschillen te beslechten. De *Conseil d'État* heeft bij de ontwikkeling van de aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidshandelingen geopteerd om geval per geval een regeling uit te werken in de plaats van een algemene regel die van toepassing zou zijn op alle rechtmatige overheidshandelingen. Het resultaat hiervan is dat er vier regels zijn binnen dit leerstuk. Vooreerst is er de *responsabilité pour risque*, vervolgens de *égalité devant les charges publiques*, daarna de *responsabilité pour travaux publics*, ten slotte is er de *responsabilité pour collaborateurs occasionnels*.⁸⁸

Volgens de *responsabilité pour risque* is het voor de overheid noodzakelijk om bepaalde gevaarlijke handelingen te stellen, die nadelige effecten kunnen op de maatschappij. Terwijl de overheid deze gevaren teweegbrengt, creëert ze echter winst door haar activiteiten, waardoor de veronderstelling is dat zij de schade ten gevolge van de gevaarlijke activiteit moet vergoeden. Bij deze risico-aansprakelijkheid dient de schadelijder enkel te bewijzen dat de geleden schade veroorzaakt is door de handeling van de overheid, het aantonen van een fout is niet nodig.⁸⁹

Voorbeelden waar deze leer werd gebruikt was bijvoorbeeld in de context van de opslag van explosieven, dit is een noodzakelijke activiteit voor de overheid maar brengt uiteraard risico's met zich mee voor de burgers. Het toepassingsgebied van deze *responsabilité pour risque* is doorheen de tijd verder toegenomen.⁹⁰

46. De *égalité devant les charges publiques* is in 1944 erkent door de *Conseil d'État* en impliceert dat publieke lasten evenredig moet worden verdeeld bij de burgers. Om een veroordeling van een overheid te bekomen i.g.v. een onevenredige lastenverdeling moet worden bewezen dat de overheid schade heeft berokkend aan een specifieke groep burgers, dit is het specialiteitsvereiste. In de tweede plaats moet worden bewezen dat de schade uiterst hoog is, dit is het abnormaliteitsvereiste.⁹¹

47. De *responsabilité pour collaborateurs occasionnels* doelt op de aansprakelijkheid van de overheid voor de burgers die handelen in het kader van een openbare dienst, zonder evenwel verbonden te zijn door een arbeidsovereenkomst werkten. Men spreekt in dit verband van assisterende burgers. Voor deze assisterende burger oordeelde de *Conseil d'Etat* dat de overheid de aansprakelijkheid moest dragen in het kader van een arbeidsongeval, bij burgers met een arbeidsovereenkomst is geen gelijksoortige uitspraak aangezien deze burgers konden genieten van een wettelijk voorziene compensatie bij een arbeidsongeval.⁹²

⁸⁸ R.P.J.L. TJITTES, "Relativering van rechtsverwerking", *NTBR* 1999, nr. 7, (193) 215; E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor verkeersongevallen*, Nijmegen, Ars Aequi Libr, 1998, 17 – 18.

⁸⁹ R.P.J.L. TJITTES, "Relativering van rechtsverwerking", *NTBR* 1999, nr. 7, (193) 215.

⁹⁰ Zie bijvoorbeeld het arrest Lecompte.

⁹¹ R.P.J.L. TJITTES, "Relativering van rechtsverwerking", *NTBR* 1999, nr. 7, (193) 215; E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor verkeersongevallen*, Nijmegen, Ars Aequi Libr, 1998, 17 – 18.

⁹² R.P.J.L. TJITTES, "Relativering van rechtsverwerking", *NTBR* 1999, nr. 7, (193) 216 – 218.

48. Bij de *responsabilité pour travaux publics* moet het onderscheid worden gemaakt naargelang de burger participeert bij de openbare werken, dan wel een pure gebruiker is van de openbare werken. Indien de burger participeert bij de openbare werken, dan volstaat een foutloze aansprakelijkheid. In geval van een burger die gebruiker is van de openbare werken, dan dient een fout in hoofde van de overheid te worden bewezen. Daarnaast is in beide hypothese vereist dan de specialiteits- en abnormaliteitsvereiste is voldaan.⁹³

49. Deze categorie kan worden aangemerkt als een bijzondere toepassing van het evenredigheidsbeginsel, indien de schadelijgende burger in relatie tot de schadeveroorzaker als een derde of als een participant gekwalificeerd wordt. Maar, wanneer het een gebruiker van publieke werken betreft, wordt deze rechtsvorm als een zelfstandige aansprakelijkheidsgrond beschouwd. In het eerste geval geldt de *responsabilité sans faute*. Is de schadelijgende burger een gebruiker, dan wordt de aansprakelijkheid gebaseerd op een foutpresumptie. Opmerkelijk is dat voor de vestiging van de aansprakelijkheid in beide gevallen voldaan dient te zijn aan de voor de *égalité* gebruikelijke eisen (*spécialité* en *anormalité*).⁹⁴

⁹³ R.P.J.L. TJITTES, "Relativering van rechtsverwerking", *NTBR* 1999, nr. 7, (193) 215- 216.

⁹⁴*Ibid.*

Hoofdstuk 2: Mogelijke verhoudingen tussen het publiek- en privaatrecht

50. Alvorens de scriptie het onderzoek van de Belgische verhouding tussen publiek- en privaatrecht aanvat (m.b.t. de overheid), is het van belang om na te gaan welke de mogelijke uitkomsten zouden zijn op de derde en vierde subvraag.

Voor de derde subvraag zal worden besproken wat de mogelijke verhoudingen tussen publiek- en privaatrecht zijn, bij de overheid als *subject*. Indien blijkt dat de overheid het subject kan zijn van het privaatrecht, zal worden aangegeven in welke mogelijke mate het publiekrecht zou kunnen doorwerken bij deze privaatrechtelijke onderwerping.

Voor de derde subvraag zal worden besproken wat de mogelijke verhoudingen tussen publiek- en privaatrecht zijn, bij de overheid als *actor*. Indien blijkt dat de overheid gebruik kan maken van het privaatrecht, dan zal worden aangegeven in welke mogelijke mate het publiekrecht alsnog zou kunnen doorwerken bij dergelijk privaatrechtelijk handelen.

2.1. Een *summa divisio*

51. M.b.t. de overheid als subject, vormt het *Blanco*-arrest het voorbeeld bij uitsteking van een sterke *summa divisio* tussen publiek- en privaatrecht.⁹⁵ Zoals besproken in randnummer 42 had het arrest betrekking op een ongeval veroorzaakt door een Frans staatstabaksbedrijf. Doordat het ongeval was veroorzaakt door foutief handelen van de overheid, was enkel het publiekrecht van toepassing.

52. De privaatrechtelijke aansprakelijkheidsregeling in de CC staat in deze hypothese buitenspel. Als alternatief op deze privaatrechtelijke regeling, maakt de *Conseil d'État* gebruik van haar eigen, ongeschreven, aansprakelijkheidsregeling.⁹⁶ De *ratio* achter deze afzonderlijke publiekrechtelijke regeling, is volgens de *Conseil d'État* terug te vinden in de bijzondere hoedanigheid van de overheid. De overheid heeft, i.t.t. particulieren haar eigen variërende noden, hetgeen een afzonderlijke publiekrechtelijke aansprakelijkheidsregeling kan rechtvaardigen.⁹⁷

53. Dezelfde visie kan worden doorgetrokken naar het tweede aspect dat zal worden onderzocht, zijnde de verhouding tussen publiek- en privaatrecht bij de overheid die zal optreden als *actor*. Het uitgangspunt bij een sterke *summa divisio*, is dat de overheid enkel kan handelen aan de hand van publiekrechtelijke regels.

⁹⁵Tribunal des conflits 8 février 1873, *Arrêt Blanco*, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/tribunal-des-conflits-8-fevrier-1873-blanco>.

⁹⁶F. VAN OMMEREN, "Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'", *Ars Aequi* 2012, (562) 563.

⁹⁷Tribunal des conflits 8 février 1873, *Arrêt Blanco*, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/tribunal-des-conflits-8-fevrier-1873-blanco>.

54. De invullingsleer van de Maastrichtse school, die zijn intrede deed onder impuls van TAK en TEUNISSEN, is in dit verband bijzonder illustratief.⁹⁸ Volgens de Maastrichtse school dient er bij de overheid als actor, steeds een sterke scheiding te bestaan tussen publiek- en privaatrecht.

De overheid kan voor haar handelingen geen gebruik maken van het privaatrecht. Er kan enkel gebruik worden gemaakt van het publiekrecht. Dit publiekrechtelijk kader die ter beschikking van de overheid staat, kan echter de vorm aannemen van geschreven dan wel ongeschreven publiekrecht.⁹⁹

De Maastrichtse school geeft wel aan dat het privaatrecht een zekere invloed kan uitoefenen d.m.v. de zogenaamde '*invulling*'. De invullingsleer impliceert namelijk dat bij privaatrechtelijk handelen van de overheid er eigenlijk geen sprake is van toepassing van het privaatrecht door de overheid, maar sprake is van een toepassing van het ongeschreven publiekrecht.¹⁰⁰ Indien de publiekrechtelijke instrumenten niet volstaan voor de overheid, kan deze inspiratie opdoen uit het privaatrecht (bijvoorbeeld de aansprakelijkheidsvordering), om deze privaatrechtelijke regels en beginselen als het ware te 'transformeren' naar ongeschreven publiekrecht.¹⁰¹ In die zin vult het privaatrecht de publiekrechtelijke lacunes verder in, hetgeen de benaming 'invullingsleer' verklaart.¹⁰²

55. Volgens TAK is deze sterke *summa divisio* tussen publiek- en privaatrecht noodzakelijk vanuit de doelstellingen van het publiek- en privaatrecht. Het publiekrecht heeft als exclusieve doelstelling de behartiging van het algemeen belang. Zoals besproken in randnummer 26 is het 'algemeen begrip' een dynamisch begrip, volgens TAK kan het algemeen belang echter worden begrepen als "*verzameling van alle individuele en groepsbelangen*".¹⁰³ Het privaatrecht daarentegen heeft exclusief de behartiging van particuliere belangen tot doel. Doordat particulieren op voet van gelijkheid optreden, speelt de behartiging van de autonomie een belangrijke rol.¹⁰⁴

Bij de visie van TAK en TEUNISSEN valt het op dat het belang die het publiek- en privaatrecht behartigen, en de hoedanigheid van de overheid dan wel particulieren van bijzonder belang is.

⁹⁸ A.Q.C. TAK, *De overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag, VUGA, 1997, 105; A.Q.C. TAK, "Overheid en Burgerlijk Wetboek, Naar een invullende rechtsleer", *Recht en Kritiek* 1993, nr. 2, (174) 174 – 180.

⁹⁹L. VAN DEN BERGE, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2016, 152.

¹⁰⁰F. VAN OMMEREN, "Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'", *Ars Aequi* 2012, (562) 569 – 570.

¹⁰¹ A.Q.C. TAK, "Overheid en Burgerlijk Wetboek, Naar een invullende rechtsleer", *Recht en Kritiek* 1993, nr. 2, (174) 189.

¹⁰²L. VAN DEN BERGE, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 152; A.Q.C. TAK, "Overheid en Burgerlijk Wetboek, Naar een invullende rechtsleer", *Recht en Kritiek* 1993, nr. 2, (174) 189.

¹⁰³A.Q.C. TAK, 'Overheid en burgerlijk wetboek. Naar een invullende rechtsleer', *Recht en Kritiek* 1993, nr. 2, (174) 180; A.Q.C. TAK, "Overheid en Burgerlijk Wetboek, Naar een invullende rechtsleer", *Recht en Kritiek* 1993, nr. 2, (174) 186.

¹⁰⁴L. VAN DEN BERGE, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2016, 153 – 154; A.Q.C. TAK, *De overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag, VUGA, 1997, 20.

De kenmerkende eigenschappen van beide rechtstakken, zoals besproken in randnummer 24 e.v., vormen volgens voornoemde auteurs een fundamentele rechtvaardigingsgrond voor de *summa divisio* tussen publiek- en privaatrecht. Deze *summa divisio*s volgens deze auteurs van wezenlijk belang voor het bestaan van een daadwerkelijke rechtsstaat.¹⁰⁵

Een daadwerkelijke rechtsstaat veronderstelt dat particulieren en de overheid zich op duale wijze verhouden. Bij afbreuk aan deze duale verhouding, staat de individuele vrijheid van particulieren in het gedrang.¹⁰⁶

56. TEUNISSEN geeft verder aan dat de afbreuk aan de individuele vrijheid van particulieren, door de ontkenning van een *summa divisio*, kan leiden tot een totalitaire staat. In dergelijke staat beheerst de overheid het gehele leven van particulieren. Particulieren zijn in deze hypothese niet 'opgewassen' om zich tegen de staat te beschermen.¹⁰⁷

Volledigheidshalve kan nog worden aangegeven dat TAK en TEUNISSEN de evolutie in de rol van staat niet ontkennen. Zoals besproken in randnummer 5, is er namelijk een evolutie geweest van 'nachtwakersstaat', naar een zogenaamde 'verzorgingsstaat'.¹⁰⁸ TAK en TEUNISSEN ontkennen ook niet dat de staat dichter bij de maatschappij is gekomen door de behartiging van bijkomende taken in het licht van de evolutie in haar rol. Voornoemde auteurs geven echter aan dat zelfs deze evolutie in de rol van de staat geen rechtvaardiging mag uitmaken voor het verlaten van de *summa divisio* tussen publiek- en privaatrecht. Ook in tijden waar overheid en maatschappij dichter bij elkaar komen, mag men het onderscheid niet uit het oog houden. De auteurs geven daarna wederom aan dat bij vervaging van de *summa divisio*, de staat afbreuk zal doen aan de individuele vrijheid van particulieren en er een totalitaire staat kan ontstaan.¹⁰⁹

Indien er sprake is van een *summa divisio*, is de vraag naar de mate waarin de overheid onderworpen is aan het privaatrecht zonder voorwerp. Indien er geen onderwerping is aan het privaatrecht, is het niet mogelijk om te onderzoeken 'in hoeverre' er geen onderwerping is aan het privaatrecht. Deze vraag is enkel relevant in de hypothese dat er een vervlechting is tussen beide rechtstakken. Voor het geval van een *summa divisio*, kan het privaatrecht hoogstens een invulling opleveren voor het ongeschreven publiekrecht.¹¹⁰

¹⁰⁵J.M.H.F. TEUNISSEN, "De 'wederkerige rechtsbetrekking' als strategisch concept voor nivellerende rechtswetenschap?", in E.C.H.J. VAN DER LINDEN & A.Q.C. TAK (red.), *Eenzijdig en wederkerig?*, Deventer, Kluwer, 1995, (277) 296.

¹⁰⁶J.M.H.F. TEUNISSEN, *Het burgerlijk kleed van de staat. Beschouwingen over de Tweewegenleer*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1996, 147.

¹⁰⁷J.M.H.F. TEUNISSEN, "De 'wederkerige rechtsbetrekking' als strategisch concept voor nivellerende rechtswetenschap?", in E.C.H.J. VAN DER LINDEN & A.Q.C. TAK (red.), *Eenzijdig en wederkerig?*, Deventer, Kluwer, 1995, (277) 297.

¹⁰⁸J. VAN LANGENDONCK, "De 'actieve' welvaartsstaat", in RAYMAEKERS, B. en VAN RIEL, G. (red.), *Hoe dichtbij is de toekomst?*, reeks Lessen voor de eenentwintigste eeuw, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, (241) 248.

¹⁰⁹J.M.H.F. TEUNISSEN, "De 'wederkerige rechtsbetrekking' als strategisch concept voor nivellerende rechtswetenschap?", in E.C.H.J. VAN DER LINDEN & A.Q.C. TAK (red.), *Eenzijdig en wederkerig?*, Deventer, Kluwer, 1995, (277) 296 – 297.

¹¹⁰A.Q.C. TAK, 'Overheid en burgerlijk wetboek. Naar een invullende rechtsleer', *Recht en Kritiek* 1993, (174) 189; F. VAN OMMEREN, "Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'", *Ars Aequi* 2012, (562) 569 – 570; J.M.H.F. TEUNISSEN, "De 'wederkerige rechtsbetrekking' als strategisch concept voor nivellerende rechtswetenschap?", in E.C.H.J. VAN DER LINDEN & A.Q.C. TAK (red.), *Eenzijdig en wederkerig?*, Deventer, Kluwer, 1995, (277) 296 – 297; L.

2.2. Vervlechting

57. De andere mogelijkheid is dat er wel een wisselwerking is tussen het publiek- en privaatrecht. Deze mogelijke wisselwerking brengt echter meteen een nieuwe vraag met zich mee: In welke mate is het privaatrecht van toepassing? Zo is het bijvoorbeeld mogelijk dat het publiekrecht nog steeds relevant is bij de toepassing van privaatrechtelijke regels en beginselen.

58. Het is van belang om ook bij de vervlechting duidelijk het onderscheid te maken tussen de situatie waarbij de overheid betrokken is als subject en de situatie waarbij de overheid betrokken is als actor. Voor beide situaties zal nu een overzicht worden gegeven van de mogelijke mate van vervlechting tussen publiek- en privaatrecht. Het betreft een generalistische bespreking van de vervlechtingsintensiteit. De hoofdstukken drie en vier zullen in detail ingaan op de mogelijke mate van vervlechting.

2.2.1. Gemene rechtsleer

59. De gemene rechtsleer impliceert in weze dat het privaatrecht, het gemeen recht uitmaakt. Het gemeen recht is steeds van toepassing bij gebrek aan bijzondere regeling. Het publiekrecht (in het bijzonder het bestuursrecht) kan dergelijke bijzondere regeling uitmaken.¹¹¹ Dit brengt met zich mee dat bij gebrek aan publiekrechtelijke regeling, de overheid als subject onderworpen kan zijn aan het gemeen privaatrecht. Dit is een toepassing van het beginsel dat de '*lex specialis derogat legi generali*'. Naar Nederlands recht is er bijvoorbeeld geen bijzondere publiekrechtelijke regeling voor de overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige daad, in navolging van de gemene rechtsleer is het gemeen privaatrecht van toepassing. VAN OMMEREN geeft in dit verband aan dat artikel 6:612 Nederlands BW als gemeen recht tot op heden nog steeds van toepassing is voor de overheidsaansprakelijkheid.

60. Hetzelfde mechanisme kan worden doorgetrokken bij de betrokkenheid van de overheid in de hoedanigheid van actor binnen het privaatrecht. Dit impliceert *in concreto* dat indien de overheid gebruik maakt van het privaatrecht, de privaatrechtelijke regels van toepassing zijn, in zoverre het publiekrecht er niet van afwijkt. LIERMAN, VAN DE WEYER en VANDORMAEL geven in dit verband aan dat de gemene leer erkent dat het privaatrecht algemene gelding heeft "*ook in verhoudingen van en met de overheid, zij het dat wordt aanvaard dat het publiekrecht hier in bepaalde gevallen van afwijkt. Het publiekrecht verhoudt zich dan als een bijzonder recht tot het gemeen privaatrecht*".¹¹²

VAN DEN BERGE, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2016, 152.

¹¹¹K. LEUS, 'Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene', de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?' in X. (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, XXXIVe Postuniversitaire cyclus W. Delva, 2007-2008, Mechelen, Kluwer, (405) 433.

¹¹² S. LIERMAN, P.J. VAN DE WEYER en K.J., VANDORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaatrecht en publiekrecht", in Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Preadviezen 2015*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, (13) 15.

2.2.2. Gemengde rechtsleer

61. Een tweede mogelijke vervlechtingsintensiteit, is dat de overheid als subject tegelijkertijd onderworpen is aan het privaatrecht en het publiekrecht. De gemengde rechtsleer impliceert immers dat er sprake kan zijn van een spreekwoordelijke 'osmose' in de toepassing van normen. Deze osmose doelt dan op de toepassing van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke normen in eenzelfde verhouding. VAN OMMEREN geeft in dit verband aan dat een rechter aanvaardt dat er sprake is van een onrechtmatige daad van de overheid in de zin van het BW (privaatrechtelijk aspect), indien er een inbreuk is op een geschreven of ongeschreven publiekrechtelijke regel (publiekrechtelijke aspect, die de concretisering van het foutelement mogelijk maakt).¹¹³

VAN OMMEREN concludeert dat een belangrijk kenmerk van de gemengde leer, de concretisering van privaatrechtelijke normen is. Volgens deze auteur "*worden bijvoorbeeld met behulp van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten thans algemene privaatrechtelijke open normen, zoals de redelijkheid en de billijkheid, nader geconcretiseerd*".¹¹⁴

62. Binnen de gemengde rechtsleer evolueerde langzamerhand zelfs de visie dat de privaatrechtelijke regels die het voorwerp zijn van publiekrechtelijke concretisering, niet per se 'privaatrechtelijk' van aard zijn. Deze regels (*in casu* artikel 1382 BW) zijn eerder 'algemene normen' die het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht voorafgaan. Deze visie vormt echter de grondslag voor een nieuwe visie omtrent de vervlechtingsintensiteit.¹¹⁵ Dit is m.i. ook logisch, indien er sprake is van een algemene norm i.p.v. een privaatrechtelijke norm, dan kan er geen vervlechting zijn tussen publiek- en privaatrecht hetgeen een wezenskenmerk is van de gemengde leer.

63. Deze spreekwoordelijke osmose tussen publiek- en privaatrecht kan ook worden doorgetrokken naar de overheid als actor binnen het privaatrecht. LIERMAN, VAN DE WEYER en VANDORMAEL verwijzen in hun preadvies naar de Nederlandse rechtsleer en geven aan dat de gemengde rechtsleer erkent dat "*eenzelfde verhouding wordt beheerst door normen die van origine zowel publiek- als privaatrechtelijk zijn. Het bestuursrecht wordt hierbij niet aanzien als een uitzonderingsrecht maar kent een steeds toenemende autonomie*".¹¹⁶ Voorts verduidelijkt ook LEUS dat bij de overheid als actor binnen het privaatrecht, de gemengde leer impliceert dat "*indien de overheid opteert voor de privaatrechtelijke weg de (publiekrechtelijke) beginselen van behoorlijk bestuur in beginsel verder blijven doorwerken*".¹¹⁷

¹¹³HR 20 november 1924, NJ 1925, 89; HR 26 april 1996, AB 1996, 327 (Rasti Rostelli); F. VAN OMMEREN, "Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'", *Ars Aequi* 2012, (562) 564.

¹¹⁴F. VAN OMMEREN, "Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'", *Ars Aequi* 2012, (562) 564; HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 m.nt. ARB (Apeldoorn/Duisterhof).

¹¹⁵F. VAN OMMEREN, "Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'", *Ars Aequi* 2012, (562) 564 – 565.

¹¹⁶S. LIERMAN, P.J. VAN DE WEYER en K.J., VANDORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaatrecht en publiekrecht", in Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Preadviezen 2015*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, (13) 15.

¹¹⁷K. LEUS, 'Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene', de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?' in X. (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, XXXIVe Postuniversitaire cyclus W. Delva, 2007-2008, Mechelen, Kluwer, (405) 433.

64. Ten slotte geeft VAN GARSSE aan dat bijzondere begrippen (in zijn werk gaat het dan om de begrippen administratieve contracten, *sui generis* contracten en bijzondere contracten) aangeven dat de overeenkomst in kwestie niet exclusief door het privaatrecht wordt beheerst. Het gebruik van deze bijzondere begrippen geeft aan dat ook het publiekrecht deze contracten beheerst, waardoor sprake is van een gemengd karakter.¹¹⁸

2.2.3. Gemeenschappelijk rechtsleer

65. Recent is er aandacht voor een nieuwe benadering inzake de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. Deze nieuwe benadering betreft de zogenaamde gemeenschappelijke rechtsleer. In de Belgische literatuur is er (ten tijde van de redactie van deze scriptie) geen uitgebreide bespreking van deze benadering terug te vinden, de Nederlandse rechtsleer zal dan ook de basis vormen voor de bespreking van de gemeenschappelijke leer.

De gemeenschappelijk rechtsleer heeft, i.t.t. de gemene en gemengde rechtsleer, als uitgangspunt dat het publiek- en privaatrecht wezenlijk van elkaar verschillen. VAN OMMEREN geeft aan dat uit de MvT van de Nederlandse Awb-wet blijkt dat de regels uit het NederlandsBW primair voor privaatrechtelijke verhoudingen zijn geschreven. Bovendien schrijft dezelfde MvT voor dat de regels uit het Nederlands BW niet zonder meer van toepassing kunnen zijn op publiekrechtelijke actoren. Uit deze elementen concludeert VAN OMMEREN dat het uitgangspunt is dat publiek- en privaatrecht wezenlijk van elkaar verschillen.¹¹⁹

66. VAN OMMEREN verduidelijkt meteen dat deze verschillende uitgangspunten, niet wegneemt dat er gemeenschappelijk punten zijn. Uit voornoemde MvT blijkt immers dat er moet worden gezocht naar zoveel mogelijk gemeenschappelijke punten tussen het publiek- en privaatrecht. Deze gemeenschappelijke punten kunnen betrekking hebben op gemeenschappelijk rechtsfiguren, gemeenschappelijke regels, gemeenschappelijke beginselen, maar ook gemeenschappelijke begrippen.¹²⁰ Deze gemeenschappelijke punten overstijgen het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht en vallen daarom ook onder de noemer 'recht' in het algemeen. VAN OMMEREN geeft een arrest van de Raad van State om te bewijzen dat de rechtspraak ook aandacht heeft voor de gemeenschappelijke punten. Het arrest in kwestie stelde namelijk vast dat "*op het – in art. 6:162 van het BW en in art. 8:73 van de Awb tot uiting komende – algemeen geldende rechtsbeginsel, volgens hetwelk degene die door aan hem toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten schade heeft veroorzaakt, is gehouden die aan de benadeelde te vergoeden*".¹²¹

Het is duidelijk dat er volgens deze visie sprake is van gemeenschappelijke punten die het publiek- en privaatrecht overstijgen, dan is er nog de vraag wanneer er sprake is van een publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke toepassing van deze gemeenschappelijke punten. Hiervoor zal worden gekeken naar de figuur van de onrechtmatige daad naar Nederlands recht.

¹¹⁸ S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van publiek-private samenwerking: een analyse van het openbaar en het privaat domein, van de domeinconcessies, de concessies van openbare werken, de concessies van diensten en hun aanbesteding*, Brugge, Die Keure, 2007, 243.

¹¹⁹F. VAN OMMEREN, "Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'", *Ars Aequi* 2012, (562) 566.

¹²⁰F. VAN OMMEREN, "Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'", *Ars Aequi* 2012, (562) 566 – 567.

¹²¹ Nederlandse Raad van State, 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB (Van Vlodrop).

Hieromtrent stelt VAN OMMEREN vast dat de rechtsfiguur van de onrechtmatige daad een algemene rechtsfiguur is en dat er moet worden gekeken naar de *verhouding* om te bepalen of er sprake is van een publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke karakter van dit algemeen beginsel:

*"Zij is, zo beschouwd, een algemene rechtsfiguur die, afhankelijk van de rechtsverhouding waarin zij zich voordoet een publiek- of privaatrechtelijk karakter heeft. De onrechtmatige overheidsdaad doet zich met name voor in een publiekrechtelijke rechtsverhouding indien de onrechtmatige handeling, de schadeoorzaak, een publiekrechtelijk karakter heeft. Dit is het geval indien de onrechtmatigheid wordt veroorzaakt door een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Te denken valt bijvoorbeeld aan een onrechtmatig verleende of ingetrokken vergunning of een onrechtmatig algemeen verbindend voorschrift. Daarnaast kan de overheid ook in een privaatrechtelijke verhouding een onrechtmatige daad begaan".*¹²²

De gemeenschappelijk rechtsleer brengt belangrijke gevolgen met zich mee. In deze hypothese is er op het niveau van de gemeenschappelijke regels immers geen sprake van een *summa divisio*, maar ook geen sprake van een vlevlechting. Het gaat namelijk niet om een publiekrechtelijke, noch om een privaatrechtelijke regel maar om een gemeenschappelijk regel die het onderscheid overstijgt en onder de noemer 'recht' valt.¹²³

Op het niveau van de concretisering van het gemeenschappelijke punt, doet zich zowel een *summa divisio* als een vlevlechting voor. Indien een gemeenschappelijk beginsel, bijvoorbeeld het beginsel van de onrechtmatige daad, een publiekrechtelijke invulling krijgt, dan zal enkel het publiekrecht van toepassing zijn. Het privaatrecht kan in deze hypothese niet rechtstreeks van toepassing zijn, enkel een analoge toepassing zou mogelijk zijn.¹²⁴ Deze analoge toepassing van het privaatrecht vertoont m.i. in zekere mate gelijkenissen met de invullingsleer. Binnen de invullingsleer is er namelijk sprake van 'ongeschreven publiekrecht', via absorptie van privaatrechtelijke beginselen.¹²⁵

67. Het verschil is echter dat de gemeenschappelijke leer erkent dat er ook een privaatrechtelijke toepassing kan zijn van gemeenschappelijke beginsel, dit is zowel mogelijk bij de overheid als subject (de overheid kan bijvoorbeeld onderworpen zijn aan de privaatrechtelijke aansprakelijkheidsregeling), als bij de overheid als actor (de overheid kan bijvoorbeeld een overheidsovereenkomst sluiten die een vermogensrecht tot voorwerp heeft). Een ander verschil is dat de invullingsleer geen melding maakt van gemeenschappelijke punten, maar een sterke *summa divisio* in het algemeen als uitgangspunt neemt.¹²⁶

¹²²F. VAN OMMEREN, "Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'", *Ars Aequi* 2012, (562) 568.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ M. SCHELTEMA & M.W. SCHELTEMA, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn, Kluwer 2008, 323.

¹²⁵A.Q.C. TAK, 'Overheid en burgerlijk wetboek. Naar een invullende rechtsleer', *Recht en Kritiek* 1993, 189.

¹²⁶A.Q.C. TAK, 'Overheid en burgerlijk wetboek. Naar een invullende rechtsleer', *Recht en Kritiek* 1993, (174) 189; F. VAN OMMEREN, "Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'", *Ars Aequi* 2012, (562) 569 – 570; J.M.H.F. TEUNISSEN, "De 'wederkerige rechtsbetrekking' als strategisch concept voor nivellerende rechtswetenschap?", in E.C.H.J. VAN DER LINDEN & A.Q.C. TAK (red.), *Eenzijdig en wederkerig?*, Deventer, Kluwer, 1995, (277) 296 – 297; L. VAN DEN BERGE, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2016, 152.

Indien er binnen de gemeenschappelijk leer sprake is van een privaatrechtelijke toepassing van een gemeenschappelijk punt, dan zullen uiteraard de regels van het privaatrecht de verhouding beheersen.¹²⁷

2.2.4. Zuivere rechtsleer

68. De zuivere rechtsleer heeft betrekking op de vraag naar de toepasselijk rechtsregels- en beginselen binnen de toepassing van een publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke regeling. De zuivere rechtsleer verzet zich dus niet tegen de toepassing van het privaatrecht tegen en door de overheid. De overheid kan volgens deze leer als actor of subject onderworpen zijn aan het privaatrecht.¹²⁸

De zuivere rechtsleer is vooral relevant inzake de overheidsovereenkomsten, maar de redenering kan m.i. worden doorgetrokken naar andere rechtstakken (bijvoorbeeld het aansprakelijkheidsrecht). Volgens D'HOOGHE is het duidelijk dat de overheid beschikt over een zekere keuzevrijheid bij het kiezen van een publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk instrument voor de behartiging van het algemeen belang. Indien de overheid echter kiest voor het privaatrecht, dan doet ze volgens D'HOOGHE afstand van haar publiekrechtelijke voorrechten. De overheid is in deze hypothese volledig onderworpen aan het privaatrechtelijk overeenkomstenrecht. Deze onderwerping aan de regels en beginselen van één exclusieve rechtstak verklaart de term 'zuivere' rechtsleer.¹²⁹

Bij de overheid als actor is het duidelijk welke gevolgen deze leer met zich meebrengt. M.i. volgt a fortiori dat indien de overheid als subject onderworpen is aan het privaatrecht, overeenkomstig de visie van de zuivere rechtsleer exclusief de privaatrechtelijke regels en beginselen van toepassing zouden zijn.

¹²⁷M.,SCHELTEMA M.W. SCHELTEMA, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2008, 244.

¹²⁸K. LEUS, 'Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene', de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?' in X. (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, XXXIVe Postuniversitaire cyclus W. Delva, 2007-2008, Mechelen, Kluwer, (405) 435; S. LIERMAN, P.J. VAN DE WEYER en K.J., VANDORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaot- en publiekrecht", in Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Preadviezen 2015*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, (13) 15.

¹²⁹ D. D'HOOGHE en P. DE KEYSER, "Het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), in *Algemene Beginselen van behoorlijk bestuur*, Administratieve rechtsbibliotheek. Algemene Reeks, Brugge, die Keure, 2006, 390-391.

Hoofdstuk 3: De overheid als subject van het privaatrecht

69. Dit hoofdstuk zal zich toespitsen naar de actuele verhouding tussen publiek- en privaatrecht bij de overheid als subject. Het hoofdstuk zal nagaan welke gevolgen het *Flandria*-arrest met zich mee heeft gebracht voor de toepassing van het privaatrecht op de overheid. Dit hoofdstuk zal nagaan wat de leer van de overheidsaansprakelijkheid (zowel voor onrechtmatige als rechtmatige handelingen) impliceert en in hoeverre het publiekrecht een invloed kan uitoefenen op dit privaatrechtelijke leerstuk. Het hoofdstuk zal ook nagaan welke problemen de toepassing van het privaatrecht op de overheid met zich meebrengt. Gelet op het feit dat het BW het voorwerp uitmaakt van grote hervormingen, zal ook worden nagegaan welke gevolgen het BW meebrengt inzake de overheidsaansprakelijkheid. Dezelfde punten zullen worden overlopen voor het GBOL-beginsel.

3.1. Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad

70. Voor de schade geleden uit een onrechtmatige daad vormen de privaatrechtelijke regels voorzien in artikel 1382 t.e.m. 1386 BW een belangrijk instrument om de buitencontractuele aansprakelijkheid van een schadeverwekker te bekomen. Deze schadeverwekker is bij vervulling van de voorwaarden uit voornoemde artikels, nl. de fout, schade en het oorzakelijk verband, gehouden tot een integrale vergoeding.¹³⁰

Het toepassingsgebied van deze privaatrechtelijke regels is echter niet beperkt tot de privaatrechtelijke actoren (lees: particulieren), ook actoren van het publiekrecht kunnen onderworpen zijn aan deze regels. Het Hof van Cassatie heeft nl. de aansprakelijkheid van de uitvoerende,¹³¹ rechterlijke¹³² en wetgevende macht¹³³ erkent in zijn arresten. De bespreking van de aansprakelijkheid van de rechterlijke en wetgevende macht valt buiten het bestek van deze scriptie, bijgevolg zal de bespreking zich focussen op de aansprakelijkheid van de uitvoerende macht.

Het Hof van Cassatie maakte in 1840 het onderscheid tussen de '*acta iure imperii*' (de gezagshandelingen van de overheid) en de '*acta iure gestionis*' (handelingen in de hoedanigheid van een private actor).¹³⁴ Dit onderscheid doet dan ook sterk denken aan de huidige Franse regeling waarbij inzake de overheidsaansprakelijkheid een onderscheid wordt gemaakt tussen de uitvoering van een *service public*, dan wel een *gestions privées*, waarbij de burgerlijke rechters zich enkel kunnen uitspreken voor overheidshandelingen in het kader van de *gestions privées*.¹³⁵

¹³⁰ S. STIJNS en I. SAMOY, *Leerboek verbintenissenrecht* - Boek 1bis, Brugge, die Keure / la Charte, 2020, 50.

¹³¹ Cass. 4 november 1920, *Pas.* 1920, I, 201.

¹³² Cass. 19 december 1991, *RW* 1992-93, 396.

¹³³ K. MUYLLE, "Overheidsaansprakelijkheid voor een fout van het Parlement na het 'Sektenarrest' van het Hof van Cassatie" (noot onder Cass. 1 juni 2006), *TBP* 2006, (434) 439.

¹³⁴ Cass. 27 juni 1845, *Pas.* 1845, I, 392, met concl. Proc.-Gen. M. LECLERCQ; Cass.

23 februari 1850, *Pas.* 1850, I, 163; F. MULLER, "Entre exhortations doctrinales et résistances judiciaires : La laborieuse création du Conseil d'État belge (1831-1946)" in CRHIDI (eds.), *Les modes de résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés*, Brussel, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, 70.

¹³⁵ R.P.J.L. TJITTES, "Relativering van rechtsverwerking", *NTBR* 1999, nr. 7, (193) 215; E.F.D. ENGELHARD en G.E. VAN MAANEN, *Aansprakelijkheid voor verkeersongevallen*, Nijmegen, *Ars Aequi Libr*, 1998, 17 - 18.

Op basis van voornoemd onderscheid kon de overheid voor de burgerlijke rechter enkel aansprakelijk worden gesteld voor handelingen in de hoedanigheid van een private actor.¹³⁶

Voor handelingen die de overheid als drager van het openbaar gezag uitvoert, genoot ze van een verregaande 'aansprakelijkheidsimmunititeit'.¹³⁷ Frankrijk had destijds i.t.t. België echter een specifiek orgaan (*Conseil d'Etat*) en een set van ongeschreven publiekrechtelijke regels om de aansprakelijkheid van de overheid in het kader van haar *service public* te regelen, terwijl België ten tijde van de feiten van het *La Flandria*-arrest nog steeds geen equivalent van het *Conseil d'Etat* kende. Het is dan ook voor een deel onder de druk van de oprichting van een Raad van State in België dat het Hof van Cassatie uiteindelijk het onderscheid tussen 'acta iure imperii' en de 'acta iure gestionis' heeft verworpen en vaststelde dat de overheid voor al haar handelingen aansprakelijk kan zijn via de privaatrechtelijke regeling in het BW.¹³⁸

71. De feiten uit het *La Flandria*-arrest waren als volgt. Op de openbare weg van de stad Brugge stond een boom die uiterst onevenwichtig was. Deze onevenwichtigheid had te maken met de oude leeftijd van de boom in samenhang met de wortels van de boom die waren losgekomen, hierdoor werd de boom verzwakt vanbinnen. Als gevolg van deze onevenwichtig is de boom uiteindelijk omgevallen op het terrein van de tuinonderming *La Flandria*. De boom veroorzaakte hierdoor schade aan *La Flandria*, doordat het haar planten beschadigde.¹³⁹

La Flandria stelde n.a.v. deze feiten een vordering tot schadevergoeding in bij de rechtbank van eerste aanleg te Brugge. De rechter oordeelde in eerste aanleg dat de omgevallen boom niet op de openbare weg, maar op een private weg stond. Doordat er sprake was van een private weg handelde de overheid in de 'acta iure gestionis', waardoor de rechter een schadevergoeding kon toekennen aan *La Flandria* o.b.v. artikel 1382 BW en 1384 BW.

De zaak kwam uiteindelijk voor het Hof van Cassatie terecht, waarbij de stad Brugge argumenteerde dat de boom op een openbare weg stond en de overheid bijgevolg handelde in haar 'acta iure imperii'. Deze 'acta iure imperii' zou zoals besproken de aansprakelijkheidsimmunititeit van de overheid met zich meebrengen. De procureur-generaal bij het Hof van Cassatie Paul Leclercq sprak zich op zeer scherpe wijze tegen het onderscheid in de rol de hoedanigheid die de overheid kan nemen, hij noemde dit onderscheid zelfs de '*maladie*' van de Belgische jurisprudentie.

I.t.t. het Frans recht waar de CC enkel van toepassing wordt geacht tussen mensen van vlees en bloed, benadrukte Leclercq dat ook de overheid ongeacht zijn hoedanigheid onderworpen kan zijn aan het BW, hij stelt in dit verband dat:

"Les gouvernants ne peuvent rien que ce qu'ils sont chargés de faire et sont, comme les gouvernés, soumis à la loi" (eigen benadrukking).¹⁴⁰

¹³⁶ R.P.J.L. TJITTES, "Relativering van rechtsverwerking", *NTBR* 1999/7, (193) 202.

¹³⁷ B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Mortsels, Intersentia, 2009, 203.

¹³⁸ F. MULLER, "Le Conseil d'État : un accident de l'histoire?", *JT* 2013, 613; A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch staatsrecht (deel II)*, Brugge, Die Keure, 2014, 227.

¹³⁹ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920.

¹⁴⁰ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, 240.

"Comme un particulier, soumis à la loi dont il a pour mission, dans les limites constitutionnelles, d'assurer le respect".¹⁴¹

LECLERQ benadrukte ten slotte dat dit onderscheid in de hoedanigheid van de overheid is gekomen door de invloed van het Frans recht, maar stelde vast dat er in Frankrijk een groot wantrouwen was t.a.v. de rechterlijke macht en een groot vertrouwen in de uitvoerende macht.¹⁴² In België is daarentegen een groot vertrouwen in de rechterlijke macht en juist een wantrouwen t.a.v. de uitvoerende macht. Hij haalde aan dat naar Belgisch recht "*gouvernants et gouvernés sont hommes de même essence*".¹⁴³

72. Als gevolg van dit arrest maakt de hoedanigheid van de overheid geen barrière meer voor de privaatrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Aldus valt hier een sterke nuancering te constateren m.b.t. de '*summa divisio*' tussen publiek- en privaatrecht. Niet enkel kan de burgerlijke rechter toezicht uitoefenen op bestuurshandelingen d.m.v. artikel 159 Gw., maar ook via de aansprakelijkheidsregels vervat in artikel 1382 en 1383 BW.¹⁴⁴

73. Het verdwijnen van voorgaande twistpunt omtrent de relevantie van de hoedanigheid van de overheid, had het ontstaan van een nieuwe twistpunt tot gevolg. Het nieuwe twistpunt had betrekking op het onderscheid tussen eigenlijke beslissingen door de overheid en uitvoeringshandelingen door de overheid. Hierbij was de gedachte dat de overheid bij het nemen van haar beslissingen steeds genoot van een immuniteit. De uitvoering van een beslissing daarentegen moest steeds in overeenstemming zijn met de beslissing, hierdoor was het mogelijk om de uitvoering te controleren.

74. De veronderstelling was dat de burgerlijke rechter weliswaar bevoegd was voor het toekennen van schadevergoeding in het kader van een eigenlijke beslissing, doch dat hij hierbij niet verder mocht gaan dan een onderzoek naar de bevoegdheidsregels en de vorm van de beslissing in kwestie.¹⁴⁵ Ook dit onderscheid heeft het Hof van Cassatie echter verworpen. Met het *Verkeersteken*-arrest van 7 maart 1963 bepaalde het Hof van Cassatie dat ook bij het nemen van een beslissing de overheid gebonden is aan de privaatrechtelijke *algemene zorgvuldigheidsplicht* uit artikel 1382 en 1383 BW.¹⁴⁶ In lijn met deze rechtspraak oordeelde het Hof van Cassatie dat ook voor verordeningen van de overheid de aansprakelijkheid mogelijk is.¹⁴⁷

75. Het feit dat deze privaatrechtelijke regels van toepassing zijn op de overheid, brengt nieuwe vragen met zich mee. Zijn particulieren en de overheid onderworpen aan hetzelfde foutbegrip en weegt de behartiging van het algemeen belang niet mee bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de overheid?

¹⁴¹ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, 199.

¹⁴²A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch staatsrecht (deel II)*, Brugge, Die Keure, 2014, 227.

¹⁴³ Cass., 5 november 1920, *Pas.* 1920, 221.

¹⁴⁴J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid : onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge, Die Keure, 2011, 464 – 465.

¹⁴⁵ S. LUST, *Rechtsbescherming tegen de (administratieve overheid)*, Brugge, Die Keure, 2014, 63.

¹⁴⁶ Cass., 7 maart 1963, *pas.*, 1963, I, 744, met conclusie van advocaat-generaal W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

¹⁴⁷ Cass. 26 april 1962 (*koepokinentingsarrest*).

76. De eerste voorwaarden voor de onrechtmatige daad, is dat er sprake moet zijn van een fout. Deze fout kan bestaan uit de inbreuk op een specifieke rechtsregel, een inbreuk op de algemene zorgvuldigheidsplicht, dan wel een foutief nalaten.¹⁴⁸ Met betrekking tot het foutbegrip is door het Hof van Cassatie besloten dat ook de overheid aansprakelijk kan zijn voor de inbreuk op een specifieke rechtsregel, in het bijzonder maakt elke onwettigheid een fout uit in de zin van artikel 1382 – 1383 BW.

Voor de overheid geldt zelfs dat bij de vernietiging van een overheidshandeling door de Raad van State, automatisch sprake is van fout.¹⁴⁹ Ook bij een foutief nalaten van de overheid zijn de privaatrechtelijke regels van toepassing.¹⁵⁰ Ten slotte is het ook bij de overheid mogelijkheid dat er een inbreuk is op de algemene zorgvuldigheidsplicht. Deze algemene zorgvuldigheidsplicht impliceert een toetsing aan de gedraging van een normaal vooruitziend en voorzichtige *overheid* in dezelfde omstandigheden geplaatst.¹⁵¹

77. Doorheen de evolutie van de cassatierechtspraak valt dus te constateren dat geleidelijk aan de privaatrechtelijke aansprakelijkheidsregels onverkort van toepassing worden geacht op de overheid wat betreft het aspect van de fout. Zowel voor een handelen als voor een nalaten, voor een individuele beslissing als voor een verordening, voor een besluit als de uitvoering hiervan zijn de privaatrechtelijke aansprakelijkheidsregels van toepassing. Voorts is ook de algemene zorgvuldigheidsplicht van toepassing.¹⁵²

78. Deze toetsing aan het algemene zorgvuldigheidsbeginsel brengt met zich mee dat de rechter zelfs bij de toepassing van de privaatrechtelijke aansprakelijkheidsregeling rekening zal moeten houden met publiekrechtelijke beginselen die nauw samenhangen met de bijzondere positie van de overheid. In dit verband kan worden gewezen op het Cassatie-arrest van 27 oktober 2006.¹⁵³ Dit arrest had betrekking op de laattijdige doorstorting door het bestuur van de aanvullende gemeentebelasting op de personenbelasting. In beginsel zou dit overeenkomstig artikel 469, eerste lid WIB92 een fout uitmaken indien het bestuur niet binnen een redelijke termijn zou hebben gehandeld.¹⁵⁴ Dit cassatie-arrest bevestigt nogmaals dat ook de overheid onderworpen is aan de privaatrechtelijke regels uit artikel 1382 en 1383 BW en stelt dat:

"Geen enkele grondwettelijke of wettelijke bepaling of enig algemeen rechtsbeginsel stelt de administratieve overheid in de uitoefening van haar bevoegdheid vrij van de verplichting voortvloeiend uit de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek om de door haar fout aan een ander toegebrachte schade te vergoeden; dit beginsel geldt ook als aan het bestuur verweten

¹⁴⁸ S. STIJNS en I. SAMOY, Leerboek verbintenissenrecht - Boek 1bis, Brugge, die Keure / la Charte, 2020, 64.

¹⁴⁹ Cass.13 mei 1982, *Arr.Cass.* 1981 – 82, 1134.

¹⁵⁰ Cass. 23 april 1971, noot F. DELPEREE, *RCJB* 1975, 5.

¹⁵¹ S. STIJNS en I. SAMOY, Leerboek verbintenissenrecht - Boek 1bis, Brugge, die Keure / la Charte, 2020, 55.

¹⁵² B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht, Mortsel, Intersentia, 2009, 217.

¹⁵³ Cass. 27 oktober 2006, *T.Gem.* 2007, 63, noot E. VAN DE VELDE, *Pas.* 2006, 2170.

¹⁵⁴ B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht, Mortsel, Intersentia, 2009, 217.

*wordt onzorgvuldig te zijn opgetreden 1door, onder meer, na te laten te handelen binnen een redelijke termijn. (Artt. 1382 en 1383, B.W.)"*¹⁵⁵

Van belang bij dit cassatie arrest is dat meteen de bijzondere positie van de overheid wordt benadrukt, waarbij zelfs de privaatrechtelijke regels rekening moeten houden met de publiekrechtelijke beginselen (m.n. de scheiding der machten en de behartiging van het algemeen belang door de uitvoerende macht):

"In het vervullen van haar opdracht moet de overheid, en in casu de fiscale administratie, rekening houden met het algemeen belang. Dit betekent dat de financiële verrichtingen tussen de Staat en een bepaalde gemeente niet uitsluitend met het oog op het afzonderlijk belang van die gemeente mogen beoordeeld worden, maar dat ook de weerslag ervan ten opzichte van andere verplichtingen van de Staat, onder meer in verband met andere gemeenten, in acht moeten genomen worden.

Bij hun beoordeling van de redelijke termijn, weigeren de appelrechters, met overname van de redenen van het beroepen vonnis, rekening te houden met de door de eiser aangevoerde noodwendigheden van het algemeen belang en meer in het bijzonder de verplichting van het bestuur om alle gemeenten op een zo gelijk mogelijke manier te behandelen.

Door aldus te oordelen beperken de appelrechters de beleidsvrijheid van het bestuur en schenden zij het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten."(eigen benadrukking).¹⁵⁶

79. Dit cassatie arrest van 27 oktober 2006 geeft duidelijk aan dat ondanks de toepassing van de privaatrechtelijke regels inzake de buitencontractuele aansprakelijkheid, de bijzondere rol van publiekrechtelijke actoren toch een concretisering van de zorgvuldigheidsnorm met zich meebrengen. Deze concretisering van de zorgvuldigheidsnorm brengt met zich mee dat het publiekrechtelijke beginsel van de scheiding der machten en de behartiging van het algemeen belang (hetgeen een kenmerkende karakteristiek is van het publiekrecht) alsnog een rol spelen bij de beoordeling van de eerste voorwaarde voor de buitencontractuele aansprakelijkheid.¹⁵⁷Hier valt dus een doorwerking van het publiekrecht te constateren, binnen een privaatrechtelijk leerstuk. In die zin is er m.i. sprake kunnen zijn van een 'publiekrechtelijke aanvulling' van de privaatrechtelijke aansprakelijkheidsregels.

80. Volledigheidshalve kan worden aangegeven dat er binnen de rechtspraak discussie is omtrent de kwalificatie van deze toetsing van het overheidshandelen aan de algemene zorgvuldigheidsplicht.

81. Een eerste strekking gaat ervan uit dat hier sprake is van een marginale toetsing. Een marginale impliceert dat er enkel aansprakelijkheid is voor onzorgvuldig handelen indien er sprake is van een 'kennelijk onzorgvuldig overheidshandelen'.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Cass. 27 oktober 2006, *T.Gem. 2007*, 63, noot E. VAN DE VELDE, *Pas. 2006*, 2170.

¹⁵⁶ Cass. 27 oktober 2006, *T.Gem. 2007*, 63, noot E. VAN DE VELDE, *Pas. 2006*, 2170.

¹⁵⁷ B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Mortsels, Intersentia, 2009, 217.

¹⁵⁸ H. BOCKEN, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu: een onderzoek naar de doelmatigheid, in functie van de bescherming en het beheer van het leefmilieu...*, Brussel, Bruylant,

Dergelijke terughoudendheid langs de kant van de rechterlijke macht zou nodig zijn om te verhinderen dat de overheid bij iedere handeling rekening moet houden met de integrale tussenkomst van de rechter. Dit zou leiden tot een inflexibele overheid.¹⁵⁹ Een integrale toetsing brengt ook met zich mee dat de rechter zich op de stoel van de overheid plaatsent om na te gaan of er sprake is van een onzorgvuldig gedrag.¹⁶⁰

82. Een tweede strekking gaat ervan uit dat de rechter de integrale toetsing moet doorvoeren voor iedereen, dus ook voor de overheid, bij de beoordeling van de algemene zorgvuldigheidsnorm. Van belang hierbij is dat volgens deze strekking er geen afbreuk wordt gedaan aan het beginsel van de scheiding der machten en de beleidsvrijheid van de overheid, doordat er concretisering van het foutbegrip mogelijk is. Volgens deze visie zal de rechter dus een volledige toetsing kunnen doorvoeren, met inachtneming van de beleidsvrijheid en de behartiging van het algemeen belang.¹⁶¹

Een bespreking van de wijze van toetsing door de rechter gaat het bestek van deze scriptie te buiten. M.i. is het duidelijk dat beide strekkingen rekening houden met de specifieke omstandigheid van een overheid. De eerste strekking doet dit rechtstreeks, door een marginale toetsing, de tweede strekking doet dit onrechtstreeks via de concretisering van de algemene zorgvuldigheidsnorm. In beide gevallen zal er dus sprake zijn van een publiekrechtelijke invulling van het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht.

83. Het is echter niet enkel in de context van het (onrechtmatige) overheidsoptreden dat publiekrechtelijke regels een impact hebben op de regeling in artikel 1382 – 1383 BW. Zo concretiseert bijvoorbeeld het Grondwettelijk Hof met zijn arrest van 21 januari 2016 het toepassingsgebied van artikel 1382 BW a.d.h.v. artikel 10 en 11 Gw., al dan niet in samenhang gelezen met artikel 23 en 27 Gw. en artikel 1 van het eerste aanvullend protocol bij het EVRM.¹⁶² Dit toont aan dat de publiekrechtelijke aanvulling van de privaatrechtelijke aansprakelijkheidsregels, i.o.m. met het standpunt van VAN OMMEREN, mogelijk is door constitutionalisering en/of supranationale invloed van o.a. mensenrechtenverdragen.¹⁶³

1979, 186-190; M. BOES, "Recht en bestuur. Redelijkheid, zorgvuldigheid en marginale toetsing" in X, *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-scientia, 1986, 10; S. LUST, *Raad van State, Afdeling administratie 6: Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, Die Keure, 2000, 162; W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 52-60.

¹⁵⁹W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 51.

¹⁶⁰W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 51 – 52.

¹⁶¹L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. 1: De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 207; H. VANDENBERGHE, "Overheidsaansprakelijkheid. Aansprakelijkheid van de uitvoerende macht" in H. VANDENBERGHE, A. VAN OEVELEN, H. VUYE en L. WYNANT, *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, Die Keure, 2005, 42-43.

¹⁶²Grondwettelijk Hof 21 januari 2016, nr. 7/2016, www.const-court.be; A. CARETTE, "De begroting van de vergoeding voor milieuschade geleden door milieuverenigingen: de laatste horde op de weg naar daadwerkelijk herstel?", *TMILRE* 2016, nr. 3, 331 – 333.

¹⁶³F. VAN OMMEREN, "Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'", *Ars Aequi* 2012, (562) 564; HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 m.nt. ARB (Apeldoorn/Duisterhof).

84. Dit arrest had betrekking op de vraag of een rechtspersoon die is opgericht en in het rechtsverkeer optreedt ter verdediging van het collectief belang (*in casu* de bescherming van het leefmilieu of bepaalde bestanddelen ervan) een morele schadevergoeding kan bekomen wegens de aantasting van het collectief belang waarvoor deze rechtspersoon is opgericht, die verder gaat dan een symbolische vergoeding van 1 euro. *In casu* ging het om een milieuvereniging en deze zou een vordering kunnen instellen tegenover de overheid o.w.v. foutief nalaten (bijv. geen maatregelen genomen om het leefmilieu te beschermen) of een foutief optreden (bijv. miskennen van de bescherming van natuurgebieden).¹⁶⁴

Het Grondwettelijk Hof geeft in dit verband aan dat:

"Artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek kan evenwel ook zo worden geïnterpreteerd dat het zich niet ertegen verzet dat aan een rechtspersoon die is opgericht en in het rechtsverkeer optreedt ter verdediging van een collectief belang, zoals de bescherming van het leefmilieu of bepaalde bestanddelen ervan, een morele schadevergoeding wegens aantasting van het collectief belang waarvoor hij is opgericht kan worden toegekend, die verder gaat dan een symbolische vergoeding van één euro. In die interpretatie houdt die bepaling geen schending in van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 23 en 27 van de Grondwet en met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens"(eigen benadrukking).¹⁶⁵

85. Dankzij de publiekrechtelijke regels was het dus mogelijk om de privaatrechtelijke regels omtrent de schadebegroting bij de onrechtmatige daad verder te concretiseren. De constitutionalisering van het privaatrecht en de doorwerking van supranationaal recht vormen m.i. aldus een tweede indicatie van hoe het publiekrecht ook een aanvulling kan vormen op het privaatrecht in de context van de overheidsaansprakelijkheid.

Deze uitspraak brengt ons bij de tweede voorwaarde voor de privaatrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. De tweede voorwaarde stelt dat er sprake moet zijn van een schade. Ook bij deze voorwaarde valt te constateren dat er doorheen de cassatierechtspraak in de afgelopen decennia een tendens is naar de volledige toepassing van de privaatrechtelijke regeling op de overheid. Het Flandria-arrest stelde vast dat de staat gehouden is tot vergoeding bij een schade aan burgerlijke rechten.¹⁶⁶ Met zijn arrest van 16 december 1965 oordeelde het HvC dat een vergoeding via de privaatrechtelijke regeling ook mogelijk is bij een inbreuk op de politieke rechten.¹⁶⁷ Op 13 mei 1982 oordeelde het HvC dat ook een inbreuk op een rechtmatig belang aanleiding kan geven tot een schadevergoeding.¹⁶⁸

¹⁶⁴ S. SOMERS, "1. Grondwet - Gelijikheid en niet-discriminatie - Onrechtmatige daad - Schade en schadeloosstelling - Milieuschade - Morele schade van milieuvereniging - 2. Onrechtmatige daad - Schade en schadeloosstelling - Milieuschade - Morele schade van milieuvereniging - Toekenning van één euro schadevergoeding - Ongrondwettigheid", *RW 2016-17*, nr. 35, 1379.

¹⁶⁵ Grondwettelijk Hof 21 januari 2016, nr. 7/2016, www.const-court.be.

¹⁶⁶ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, 193.

¹⁶⁷ Cass. 16 december 1965, *RCJB* 1969, 308, noot bij C. GOOSSENS.

¹⁶⁸ Cass. 13 mei 1982, *Pas.* 1982, I, 1072, conclusie J. VELU.

86. Inzake de schade staat het de burgerlijke rechter ook vrij om een herstel *in natura* te bevelen tegen de overheid.¹⁶⁹ Overeenkomstig het privaatrecht gelden er beperking op deze mogelijkheid tot het bevel van een herstel *in natura*. Zo mag het niet leiden tot het uitvoeren van een handeling die onmogelijk kan worden uitgevoerd of die rechtsmisbruik zou opleveren. Vervolgens is het herstel *in natura* niet mogelijk indien de wetgever die uitsluit. De derde uitzondering op het bevelen van een herstel *in natura*, betreft echter een publiekrechtelijk uitzondering. De rechter mag zich bij de uitspraak niet in de plaats van de overheid stellen, indien de overheid beschikt over een beoordelingsvrijheid m.b.t. het aspect dat in het geding is.¹⁷⁰ Deze uitzondering hangt aldus nauw samen met het publiekrechtelijke beginsel van de scheiding der machten en de beoordelingsvrijheid van de uitvoerende macht.

Hoewel de theorie duidelijk is omtrent deze publiekrechtelijke randvoorwaarden binnen het privaatrechtelijke aansprakelijkheidsrecht, toont de praktijk aan dat er nog steeds inbreuk wordt gemaakt op deze publiekrechtelijke randvoorwaarden. Het cassatiearrest van 4 september 2014 toont aan hoe de rechters het algemeen beginsel van de scheiding der machten en de beleidsvrijheid van de uitvoerende macht miskennen.¹⁷¹

In deze zaak stroomde vuiligheid door naar de grond van verwerende partijen, die hierdoor schade ondervonden bij hun woning. Dit komt doordat het schadeverwekkend perceel in kwestie volgens het plan van aanleg, die was aangenomen door het college van burgemeester en schepenen van Luik, bestemd was voor *groenteteelt-moestuyn en tuinbouw*. Dit betwiste perceel was echter ingesloten in een woongebied en overeenkomstig de Waalse wetgeving, mocht dit ingesloten perceel niet verbouwd worden.¹⁷²

De rechter in het Hof van Beroep van Luik oordeelt dan ook dat "*de enige manier waarop in de toekomst nieuwe schade kan worden voorkomen en [de eerste verweerster] haar pand in alle rust en met voldoende garanties voor haar veiligheid opnieuw kan betrekken, erin bestaat het litigieuze perceel aan de teelt te onttrekken*".¹⁷³ Hiertoe besluit de rechter tot een herstel *in natura*. Zoals besproken mag hierbij geen afbreuk worden gedaan aan de publiekrechtelijk randvoorwaarden, desalniettemin beveelt de rechter de stad Luik om "*haar litigieuze perceel aan de teelt te onttrekken en de bestemming van weide, maaiweide, braakland of groengebied te geven*".¹⁷⁴ In *casu* gaat de rechter zich dus op de plaats van het CBS stellen en zelf de bestemming van de grond bepalen, hetgeen manifest ingaat tegen het beginsel van de scheiding der machten.

In deze zaak oordeelde het Hof van Cassatie dan ook dat er een inbreuk was op het algemeen beginsel van de scheiding der machten. Het HvC zet in dit arrest in zeer duidelijke bewoording de publiekrechtelijke randvoorwaarden bij de privaatrechtelijke aansprakelijkheid uiteen.

¹⁶⁹ Cass. 16 juni 1980, Pas. 1980, I, 1341, conclusie J. VELU.

¹⁷⁰S. LUST, *Rechtsbescherming tegen de administratieve overheid*, Brugge, Die Keure, 2014, 66 – 67.

¹⁷¹Cass. 4 september 2014, nr. C.12.0535.F., <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2014:ARR.20140904.2/FR?HiLi=eNpLtDKwqq4FAAZPAf4=>.

¹⁷²Cass. 4 september 2014, nr. C.12.0535.F., <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2014:ARR.20140904.2/FR?HiLi=eNpLtDKwqq4FAAZPAf4=>.

¹⁷³Cass. 4 september 2014, nr. C.12.0535.F., <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2014:ARR.20140904.2/FR?HiLi=eNpLtDKwqq4FAAZPAf4=>, 3.

¹⁷⁴Cass. 4 september 2014, nr. C.12.0535.F., <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2014:ARR.20140904.2/FR?HiLi=eNpLtDKwqq4FAAZPAf4=>, 2.

Het HvC stelt dat "hoewel de hoven en rechtbanken zich niet mengen in de uitoefening van de machten die de wet voor een administratieve overheid voorbehoudt wanneer ze, om de benadeelde partij volledig in haar rechten te herstellen, het herstel in natura van de schade bevelen en aan de overheid maatregelen opleggen om een einde te maken aan de schadelijke onwettigheid, verbiedt het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten hen, buiten dat geval, handelingen van openbaar bestuur te stellen en handelingen van de administratieve overheden te wijzigen of te vernietigen" (eigen benadrukking).¹⁷⁵

87. De naleving van de publiekrechtelijke randvoorwaarden is dus niet altijd zo eenvoudig als men *prima facie* zou veronderstellen. In deze zaak kon het HvC een inbreuk op het beginsel van de scheiding der machten voorkomen, maar in het arrest van 12 juni 2017 zullen we zien dat het HvC m.i. zelf ook afbreuk heeft gedaan aan het beginsel van de scheiding der machten.

88. Dan komen we bij de derde voorwaarde voor de privaatrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Tussen de fout en de schade moet er een oorzakelijk verband bestaan. Er is sprake van een oorzakelijk verband indien er is voldaan aan de CSQN-test. Deze test impliceert dat er moet worden nagegaan of zonder de fout, de schade zich niet had voorgedaan, zoals ze zich heeft voorgedaan. Er is bijgevolg geen oorzakelijk verband wanneer de schade zich eveneens zou hebben voorgedaan indien de verweerder de hem verweten handelwijze correct had uitgevoerd.¹⁷⁶

Zoals VAN GERVEN terecht aangeeft zorgt dit voor problemen indien de overheid beschikt over beleidsvrijheid binnen een bepaalde materie. De moeilijkheid bestaat erin dat de rechter overeenkomstig een strikte interpretatie van de CSQN-test zelf moet vaststellen wat het rechtmatig alternatief is.¹⁷⁷ Dit heeft *in concreto* tot gevolg dat de rechter dus moet vaststellen op welke wijze de overheid moet handelen. Dergelijke strikte interpretatie van de privaatrechtelijke CSQN-test brengt m.i. een inbreuk met zich op de publiekrechtelijke randvoorwaarden, in het bijzonder het beginsel van de scheiding der machten.

89. Een bijzonder illustratief, doch opvallend onderbelicht, cassatie-arrest inzake deze problematiek is het arrest van 12 juni 2017. Deze zaak had betrekking op een militair van het Belgische leger die op missie was in Kosovo. De militair in kwestie raakte in een woordenwisseling met zijn korpscommandant. Voor deze korpscommandant was deze woordenwisseling de spreekwoordelijke druppel. De korpscommandant besloot dan ook om de militair op 6 juli 2009 terug te sturen naar België via een 'blue flight' procedure.

De 'blue flight' procedure is een specifieke procedure die van toepassing is indien er sprake is van storend gedrag dat schadelijk kan zijn voor het goede verloop van een militaire missie. De korpscommandant moet bij de toepassing van de blue flight procedure steeds zijn besluit grondig motiveren, daarnaast is hij ook gebonden aan een hoorplicht.¹⁷⁸

¹⁷⁵Cass. 4 september 2014, nr. C.12.0535.F., <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2014:ARR.20140904.2/FR?HiLi=eNpLtDKwqq4FAAZPAf4=, 2 - 3>.

¹⁷⁶Cass. 12 juni 2017, nr. C.16.0428.N/1, https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20170612.1_NL.pdf, 2.

¹⁷⁷ W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 419 - 422.

¹⁷⁸Cass. 12 juni 2017, nr. C.16.0428.N/1, https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20170612.1_NL.pdf, 2.

In casu oordeelt de rechter van het HvB te Brussel dat er geen voldoende motivering voorhanden is. Voorts is er niet voldaan aan de hoorplicht. Op grond van deze twee elementen oordeelt de rechter dat er is voldaan aan de vereiste van een fout. Dit is perfect mogelijk, in randnummer 76 hebben we immers gezien dat een foutief nalaten ook een grond voor aansprakelijkheid kan opleveren in hoofde van de overheid. Het 'probleem' in deze zaak is dat de rechter in beroep, oordeelt dat het foutief besluit de enige oorzaak is van de terugzending van de militair. De rechter oordeelt dat "*bij ontstentenis van een in overeenstemming met de dienstnota genomen beslissing, de verweerder tijdens de aangegeven periode niet kon worden teruggestuurd en hij in Kosovo gebleven zou zijn tot het einde van de opdracht van zijn legereenheid*".¹⁷⁹ Bijgevolg is het causaal verband voorhanden en is er voldaan aan de aansprakelijkheid van de overheid.

De rechter in beroep stelt zich m.i. terecht terughoudend op bij de beoordeling van het causaal verband. De rechter stelt zich namelijk niet in de plaats van de korpscommandant en respecteert de publiekrechtelijke randvoorwaarden binnen het privaatrechtelijke aansprakelijkheidsrecht. Toch vernietigt het HvC dit arrest omdat volgens het HvC "*de appelrechter die oordeelt dat tussen de door de eiser begane fout en de schade van de verweerder een oorzakelijk verband bestaat, zonder na te gaan of de verweerder teruggezonden zou zijn uit Kosovo indien hij werd gehoord en de beslissing was gemotiveerd zoals voorgeschreven, verantwoordt zijn beslissing niet naar recht*".¹⁸⁰

90. M.i. vormt deze uitspraak een grove inbreuk op het beginsel van de scheiding der machten. Het HvC schrijft in weze voor dat de rechter moet nagaan wat het besluit van de overheid zou zijn indien de overheid voldoet aan de motiveringsplicht en de hoorplicht. De overheid (*in casu* de korpscommandant) beschikt echter over een appreciatiemarge bij het nemen van zijn besluit. De rechter zal zich volgens deze redenering in de plaats van de uitvoerende macht moeten stellen bij de beoordeling van het causaal element.

91. Het is dus niet enkel op het niveau van het HvB, maar ook bij het HvC dat het nog steeds voorvalt dat er niet wordt voldaan aan de publiekrechtelijke randvoorwaarden binnen de privaatrechtelijke aansprakelijkheid. Hoewel dit een schrijnende evolutie is, wekt het weinig verbazing op. VAN GERVEN gaf reeds in 1984 aan dat een ter verregaande toetsing, zonder inachtneming van het beginsel van de scheidung der machten en de beoordelingsvrijheid van de overheid, ertoe zou leiden dat de rechter zich in de plaats van de overheid gaat stellen.¹⁸¹ Het is daarom van belang om te weten dat er weliswaar een verflechting is tussen publiek- en privaatrecht, doch moeten we de eigenheid van beide rechtstakken niet uit het oog verliezen. Indien we deze eigenheid negeren, valt te constateren dat dit tot grove inbreuken kan leiden.

92. De Belgische aansprakelijkheidsregeling en de implicaties die het met zich meebrengt voor de tweedeling tussen publiek- en privaatrecht verschilt in dit verband wezenlijk van de regeling naar Frans recht. Naar Frans recht moet een onderscheid worden gemaakt naargelang de hoedanigheid van de overheid. Indien er sprake is van een *service public* zal de bestuursrechter

¹⁷⁹ Cass. 12 juni 2017, nr. C.16.0428.N/1, https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20170612.1_NL.pdf, 3 – 4.

¹⁸⁰ Cass. 12 juni 2017, nr. C.16.0428.N/1, https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20170612.1_NL.pdf, 3 – 4.

¹⁸¹W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 52.

gebruik maken van het publiekrechtelijk foutbegrip die haar grondslag in het ongeschreven publiekrecht heeft en niet van de privaatrechtelijke regeling in de *Code Civil*. In die zin is er naar Frans recht sprake van een *summa divisio*. De Franse verhouding doet in dit verband denken aan de invullingsleer van de Maastrichtse school.¹⁸² Krachtens de invullingsleer bestaat tussen publiek- en privaatrecht een sterke tweedeling en kan de er dus geen gebruik worden gemaakt van privaatrechtelijke regels om het algemeen belang te behartigen.¹⁸³

93. Bij toepassing van privaatrechtelijke normen door de overheid is er volgens de invullingsleer eigenlijk sprake van ongeschreven publiekrecht. Het publiekrecht kan de regels van het privaatrecht weliswaar gebruiken, maar dit doet ze door deze privaatrechtelijke regels te absorberen in het publiekrecht, waardoor ze het omvormt tot het ongeschreven publiekrecht.¹⁸⁴ Frankrijk kende ten tijde van het *Blanco*-arrest geen publiekrechtelijke aansprakelijkheidsregeling, dus gingen de bestuursrechters ervan uit dat er ongeschreven publiekrechtelijke regels bestaan die de aansprakelijkheid voor onrechtmatig overheidsoptreden kunnen regelen. Frankrijk kent in die zin dus een sterke *summa divisio* tussen publiek- en privaatrecht op vlak van de aansprakelijkheidsregeling. Dit staat in sterk contrast met de Belgische regeling, waar uitdrukkelijk wordt verwezen naar de artikelen in het BW. De Raad van State gaat in België geen gebruik maken van een ongeschreven publiekrechtelijke aansprakelijkheidsregeling naar analogie van artikel 1382 – 1383. De verhouding tussen publiek- en privaatrecht binnen de Belgische jurisdictie, valt in die zin niet binnen de visie van de *summa visio*. De vervlechting is al sinds 1920 een feit dankzij het *Flandria*-arrest.¹⁸⁵ De vraag is dan ook, welk soort vervlechting we kennen binnen de overheidsaansprakelijkheid, vallen we binnen de 'gemene', de 'gemengde', 'gemeenschappelijke' of de 'zuivere' rechtsleer?

94. Door de toepassing van privaatrechtelijke rechtsregels uit het BW op de overheid, doet de regeling met betrekking tot de buitencontractuele aansprakelijkheid denken aan de gemene rechtsleer. Krachtens de gemene rechtsleer maakt het privaatrecht het 'gemeen recht' uit, het publiekrecht maakt daarentegen het uitzonderingsrecht uit. Deze uitzonderingspositie van de overheid brengt het *lex specialis derogat legi generali* met zich mee, hetgeen impliceert dat er bij een publiekrechtelijke regeling voorrang moet worden gegeven aan deze publiekrechtelijke regeling. Bij gebrek aan publiekrechtelijke regeling moet echter gebruik worden van het gemeen recht.¹⁸⁶ Naar Nederlands recht voorziet het publiekrecht bijvoorbeeld niet in een regeling m.b.t. de onrechtmatige daad van de uitvoerende macht. Bij dergelijk gebrek aan publiekrechtelijke regeling,

¹⁸² F. VAN OMMEREN, "Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'", *Ars Aequi* 2012, (562) 570 – 572.

¹⁸³ R.P.J.L. TJITTES, "Relativering van rechtsverwerking", *NTBR* 1999/7, (193) 214.

¹⁸⁴ F. VAN OMMEREN, "Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'", *Ars Aequi* 2012, (562) 569 – 570.

¹⁸⁵ S. LIERMAN, P.J. VAN DE WEYER en K.J., VANDORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht", in Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Preadviezen 2015*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, (13) 23 – 24.

¹⁸⁶ K. LEUS, 'Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene', de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?' in X. (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, XXXIVe Postuniversitaire cyclus W. Delva, 2007-2008, Mechelen, Kluwer, (405) 433.

moet terug worden gegrepen naar de regeling van gemeen recht zoals voorzien in artikel 6:162 Nederlands BW.¹⁸⁷

95. *Prima facie* zou dit het eerste antwoord zijn op de beantwoording van de vraag naar de verhouding tussen publiek- en privaatrecht inzake de regeling m.b.t. de buitencontractuele aansprakelijkheid. Het publiekrecht omvat geen regels die voorzien in de aansprakelijkheid van de overheid voor onrechtmatige daden, waardoor we moeten teruggrijpen naar de regeling privaatrechtelijke regeling in artikel 1382 – 1383 BW. Zoals besproken in randnummer 72 geeft het Flandria-arrest de irrelevantie van de hoedanigheid van de overheid aan en benadrukt het dat "*gouvernants et gouvernés sont hommes de même essence*", waardoor ook de overheid onderworpen is aan de privaatrechtelijke aansprakelijkheidsregeling.¹⁸⁸

96. Het Hof van Cassatie bevestigde dit later voor de rechterlijke en de wetgevende macht.¹⁸⁹ De visie van het LECLERCQ, dat bestuur en bestuurden mensen van dezelfde essentie zijn, is een sterke indicatie dat naar Belgisch recht het uitgangspunt is dat publiek- en privaatrecht in weze niet van elkaar verschillen. Dit uitgangspunt dat publiek- en privaatrecht in weze niet van elkaar verschillen is eveneens een kenmerk van de gemene rechtsleer. Tot dusver valt de Belgische aansprakelijkheidsregeling op grond van deze twee redenen binnen de 'gemene rechtsleer'.¹⁹⁰

97. *Prima facie* is het inderdaad logisch om te stellen dat het publiekrecht geen regeling omvat voor overheidsaansprakelijkheid, waardoor het privaatrecht moet worden gebruikt. Hierbij maakt het privaatrecht inderdaad een gemeen recht uit, in de zin dat het niet van openbare orde, noch van dwingend recht is. Dit impliceert dat een andere (publiekrechtelijke) aansprakelijkheidsregeling voorrang moet genieten. De gemene rechtsleer geeft immers duidelijk aan dat het publiekrecht (*a fortiori* een publiekrechtelijke regeling voor de overheidsaansprakelijkheid) voorrang geniet.

98. In België doet zich m.b.t. de overheidsaansprakelijkheid echter een contra-intuïtieve situatie voor, die niet verenigbaar is met de visie van de 'gemene rechtsleer'. In het kader van de zesde staatshervorming is artikel 144 van de Grondwet aangevuld met een tweede lid, die luidt; "*De wet kan echter, volgens de door haar bepaalde nadere regels, de Raad van State of de federale administratieve rechtscolleges machtigen om te beslissen over de burgerrechtelijke gevolgen van hun beslissingen*".¹⁹¹ Op basis van deze bepaling in de Grondwet is artikel 11bis opgenomen in de RvS-Wet. De Grondwetgever heeft bewust gekozen voor de term "*burgerrechtelijke gevolgen*" i.p.v. "*privaatrechtelijke gevolgen*", de reden hiervoor is om "*terminologisch coherent te zijn met de huidige tekst van artikel 144 Gw*".¹⁹² In lijn met deze Grondwetsbepaling voerde de wet van 6 januari 2014, artikel 11bis in de RvS-wet.

¹⁸⁷ H. PETERS, *Oude Meesters*, Deventer, Kluwer 2009, 47.

¹⁸⁸ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, 221.

¹⁸⁹ K. MUYLLE, "Overheidsaansprakelijkheid voor een fout van het Parlement na het 'Sektenarrest' van het Hof van Cassatie" (noot onder Cass. 1 juni 2006), *TBP*, 2006, (434) 439; Cass. 19 december 1991, *RW* 1992-93, 396.

¹⁹⁰ De eerste reden is dus dat het privaatrecht een aanvulling is op het publiekrecht, bij gebrek aan publiekrechtelijke regeling. De tweede reden is de visie dat publiek- en privaatrecht in weze niet van elkaar verschillen.

¹⁹¹ Artikel 6 Wijz.G.W. 6 januari 2014, *BS* 31 januari 2014.

¹⁹² Voorstel tot herziening van artikel 144 van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2242/1, 2.

99. Dankzij artikel 11bis RvS-wet is het mogelijk om voor de Raad van State een schadevergoeding te bekomen indien schade is geleden door "*de onwettigheid van de akte, het reglement of de stilzwijgende afwijzende beslissing met inachtneming van alle omstandigheden van openbaar en particulier belang*".¹⁹³ De Raad van State kan zich dus in lijn met de Grondwetsbepaling enkel uitspreken over de burgerrechtelijke gevolgen en niet over (het ruimer begrip) privaatrechtelijke handelingen. Desalniettemin brengt het met zich mee dat het subjectief contentieux niet langer tot de exclusieve bevoegdheid van de burgerlijke rechtbank behoort.¹⁹⁴ Volledigheidshalve kan worden aangeven dat het bestaan van deze publiekrechtelijke regeling naast artikel 1382 BW niet strijdig is met het gelijkheidsbeginsel.¹⁹⁵

¹⁹³ Voorstel van bijzondere wet met betrekking tot de Zesde Staatshervorming, *Parl.St.* Senaat 2013-14, nr. 5-2232/5.

¹⁹⁴ A.S. VANDAELE, "Bezint eer ge begint: enkele bedenkingen bij de herziening van artikel 144 Gw.", *CDPK* 2012, afl. 2, nr. 7, (263) 265.

¹⁹⁵ Dit blijkt uit het arrest nr. 70/2019 van 23 mei 2019 te bespreken. Deze zaak vloeide voort uit een prejudiciële vraag vanuit de RvS, naar het GwH. De vraag had betrekking op de verenigbaarheid van artikel 11bis van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, met artikel 10 en 11 van de Grondwet (hierna: Gw.) die het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie omvatten. De procedure vervat in artikel 11bis RvS-wet, zou op vier punten een verschil doen ontstaan tussen de verzoekende partij en de verwerende partij. Het eerste verschil is dat enkel de verzoekende en tussenkomende partij(en) mogen kiezen of artikel 11bis RvS-wet, dan wel artikel 1382 – 1383 Burgerlijke Wetboek (hierna: BW) wordt toegepast. De tegenpartij beschikt niet over dit keuzerecht. Het tweede verschil is dat artikel 11bis RvS-wet, i.t.t. de gemeenrechtelijke procedure, niet voorziet in een recht op dubbele aanleg voor de tegenpartij. Het derde verschil is dat artikel 11bis RvS-wet, i.t.t. de gemeenrechtelijke procedure, niet voorziet in de mogelijkheid om het foutief karakter van een onwettigheid te betwisten. Ten slotte voorziet de procedure vervat in artikel 11bis RvS, i.t.t. de gemeenrechtelijke procedure, niet in de mogelijkheid tot het instellen van een cassatieberoep. Het GwH stelt eerst vast dat ze wel degelijk bevoegd is om zich uit te spreken omtrent de prejudiciële vraag, aangezien het verschil ontstaat o.b.v. artikel 11 RvS-Wet en niet, zoals de Ministerraad beweert, op grond van artikel 144, lid 2 van de Grondwet. Na de verwerping van de overige excepties, gaat het GwH over tot een aftoetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Het GwH geeft eerst aan dat een partij die een schadevergoeding tot herstel vordert en de tegenpartij in het kader van die vordering, partijen in hetzelfde geding zijn. Bijgevolg zijn ze voldoende vergelijkbaar in het kader van artikel 11bis RvS-wet. Aangezien artikel 11bis RvS-wet betrekking heeft op procedureregels zal er, zoals BIJNENS, BORTELS en THEUNIS terecht aangeven, sprake zijn van discriminatie indien het verschil in de proceduren een *onevenredige beperking van de rechten van de daarbij betrokken personen zou inhouden* (D. BIJNENS, H. BORTELS en J. THEUNIS, "Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (2017 – 18)", *TvW* 2019, (52) 58). Het GwH gaat verder en toetst de verschillen af aan het gelijkheidsbeginsel. 1.) Wat de *doelstelling* van artikel 11bis RvS-wet betreft leidt het GwH uit de memorie van toelichting af, dat de wetgever proces-economische doelstelling nastreefde. Volgens het GwH is dit een legitiem doel. 2.) Het verschil moet berusten op een *objectief criterium* en ook hier is volgens het Hof aan voldaan. Het criterium is immers de door de verzoekende partij gekozen procedure, zijnde een schadevergoeding tot herstel voor de RvS, dan wel een gemeenrechtelijke vergoeding voor de burgerlijke rechter. 3.) Het objectief criterium dient volgens de derde voorwaarde evenwel *relevant, adequaat of pertinent* te zijn in het licht van het nagestreefd doel. *In casu* is de procedure vervat in artikel 11bis RvS-wet om drie redenen pertinent voor het bewerkstelligen van de proces-economie. Artikel 11bis RvS-wet zorgt er in de eerste plaats voor dat de staatsraad die de nietigheid heeft uitgesproken, zich moet uitspreken over de schadevergoeding, bijgevolg is het niet nodig om het dossier opnieuw te onderzoeken (de staatsraad kent deze namelijk al). In de tweede plaats moet de staatsraad niet onderzoeken of er sprake is van een fout (de onwettigheid staat immers gelijk aan een fout), waardoor er opnieuw meer tijd wordt ingewonnen. Ten slotte zorgt het gebrek aan mogelijke cassatieberoepen (m.u.v. de hypothese van conflicten van attributie), wederom voor meer tijdswinst. 4.) Ten slotte gaat het Hof na of het verschil *geen onevenredige beperking aan de rechten van de tegenpartij* met zich meebrengt. Het Hof geeft aan dat de keuzevrijheid voor de verzoekende partij geen afbreuk doet aan de rechten van de tegenpartij, in zoverre beide procedures het beginsel van de wapengelijkheid respecteren. 4.1. Keuzevrijheid verzoekende partij: In het licht hiervan geeft het GwH aan dat de logica van het systeem verantwoordt dat de tegenpartij de zaak niet kan onttrekken van de rechter in de ene procedure, om het aanhangig te maken bij de rechter in een andere procedure. Het is dus logisch dat de tegenpartij niet beschikt over een 'keuzevrijheid'. Het GwH geeft vervolgens meerdere punten aan die aantonen dat er in beide proceduren wordt voldaan aan de wapengelijkheid. In beide gevallen is de overheid de tegenpartij, dit is logisch aangezien enkel de overheid in deze proceduren een onwettigheid kan begaan. De overheid beschikt volgens het GwH, i.t.t. particulieren, over voldoende mensen en financiële middelen, om haar verdediging in beide proceduren op afdoende wijze te bewerkstelligen. 4.2. Recht op dubbele aanleg en cassatieberoep: Het GwH geeft verder aan dat noch artikel 6 EVRM, noch de algemene beginselen in het licht van het schadevergoedingscontentieux, voorzien in een recht op dubbele aanleg of een recht op cassatieberoep. Tussen verzoekende- en tegenpartij bestaat er in beide proceduren echter geen verschil inzake het recht op dubbele aanleg en het recht op cassatieberoep. Binnen de gemeenrechtelijke procedure kunnen nl.

Rekening houdend met de principes van de gemene rechtsleer zou men denken dat deze wijzigingen in het kader van de zesde staats hervorming zijn ingegeven om te voorzien in een publiekrechtelijk aansprakelijkheidsregime, die *a fortiori* de *lex specialis* zou uitmaken t.a.v. de *legi generali* voorzien in artikel 1382 en 1383 BW, waarbij uitdrukkelijk een afweging tussen openbaar en particulier belang vereist is bij de schadebegroting.¹⁹⁶

In de parlementaire stukken valt inderdaad te constateren dat de afweging tussen openbaar en privaat belang een belangrijke rol speelt; "*Raad van State te machtigen aan een partij een schadevergoeding tot herstel toe te kennen ten laste van een andere partij, rekening houdend met alle omstandigheden van openbaar en privaat belang*"(eigen benadrukking)¹⁹⁷. Een andere doelstelling betreft echter de proces-economie en tijdswinst, waarbij "*voorgestelde bepaling tot doel heeft om te vermijden dat de partij die een vernietiging van een onwettige handeling benaastigde zich vervolgens tot de hoven en rechtbanken dient te richten om het hem door deze handeling veroorzaakte nadeel hersteld te zien*".¹⁹⁸

Deze wijziging is dus niet enkel ingegeven vanuit rechtstheoretische overwegingen, maar veeleer vanuit de praktische noodzaak naar een snelle procedure. Een snelle procedure in de zin dat het niet meer verplicht is om eerst een vernietigingsarrest te bekomen voor de RvS en vervolgens nog naar de burgerlijke rechter te stappen om een vergoeding te bekomen. Nu is het mogelijk om zowel de vernietiging van een besluit, als de vergoeding op grond van een foutief besluit voor de RvS te bekomen.¹⁹⁹

Opvallend hierbij is dat het voor de benadeelde niet verplicht is om te kiezen voor de publiekrechtelijke weg om een schadevergoeding te bekomen, de benadeelde geniet m.a.w. van een *keuzevrijheid* tussen de privaatrechtelijke (artikel 1382 – 1382 BW), dan wel de publiekrechtelijke weg (artikel 11bis RvS-Wet) om een vergoeding te bekomen. "*Het element dat de toepassing van het «electa una via»-principe in werking stelt is bijgevolg respectievelijk de indiening van het verzoek tot schadevergoeding tot herstel bij de Raad van State, of de instelling van een aansprakelijkheidsvordering voor de hoven en rechtbanken*".²⁰⁰

zowel de verzoekende, als de tegenpartij hoger beroep en cassatieberoep instellen. Binnen de procedure van artikel 11bis RvS-wet kunnen noch verzoekende partij, noch verwerende partij hoger beroep of cassatieberoep instellen. Omdat het recht op hoger beroep en cassatieberoep echter zijn voorzien in de gemeenrechtelijke proceduren, moet er een verantwoording zijn voor het gebrek aan deze rechten bij de procedure van artikel 11bis RvS-wet. Volgens het GwH valt dit te verklaren door de bijzondere positie van de RvS als hoogste administratieve rechtscollège. Voorts valt dit te verklaren doordat zowel verzoekende als tegenpartij binnen de RvS genieten van de dubbele controle door de auditeur en de staatsraad. 4.3. Betwisting foutief karakter: Het feit dat het foutieve karakter van de onwettigheid niet kan worden betwist in de procedure van artikel 11bis RvS-wet, wordt gecompenseerd doordat hier geen sprake zal zijn van een integrale schadevergoeding. Bij artikel 11bis RvS-wet zullen zowel motieven van particulier als openbaar belang meewegen bij het eindoordeel door de staatsraad. Hierdoor is er geen sprake van een onevenredige inbreuk op de rechten van de tegenpartij, *a fortiori* is er geen inbreuk op het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie.

¹⁹⁶ C. MATHIEU, "De nieuwe bevoegdheid van de Raad van State: de schadevergoeding tot herstel", *Jura Falconis* 2013-2014, nr. 1, (77) 86.

¹⁹⁷ Voorstel van bijzondere wet met betrekking tot de Zesde Staats hervorming, *Parl.St.* Senaat 2013-14, nr. 5-2232/5, 74.

¹⁹⁸ *Ibid.*, 359.

¹⁹⁹ A.S. VANDAELE, "Bezint eer ge begint: enkele bedenkingen bij de herziening van artikel 144 Gw.", *CDPK* 2012, afl. 2, nr. 7, (263) 265.

²⁰⁰ *Ibid.*, 360.

100. M.i. geeft deze positie van de publiekrechtelijke regeling weer dat het t.a.v. de privaatrechtelijke regeling geen uitzonderingsrecht uitmaakt. Indien de regeling in artikel 11bis RvS-wet een uitzonderingsrecht uitmaakte, zou een vordering voor de burgerlijke rechter immers uitgesloten zijn. De wetgevers hebben in België dus uitdrukkelijk gekozen voor de keuzevrijheid bij de indiening van een verzoekschrift.²⁰¹ Dit is dan ook een belangrijk tegenargument op de zienswijze van de gemene rechtsleer. De Belgische regeling omtrent de overheidsaansprakelijkheid is niet verenigbaar met de 'gemene rechtsleer' doordat de publiekrechtelijke regeling in artikel 11bis RvS-wet, de privaatrechtelijke regeling niet uitsluit. De privaatrechtelijke en publiekrechtelijke regelingen blijven naast elkaar bestaan, waarbij geen sprake is van een uitzonderingsrecht.

101. Dit punt brengt ons meteen bij de 'gemengde leer'. De gemengde rechtsleer legt de focus niet op de uitsluiting van het privaatrecht bij het bestaan van een publiekrechtelijke regeling. In die zin sluit de hierboven besproken regeling inzake artikel 11bis RvS-wet niet uit dat de Belgische regeling inzake de overheidsaansprakelijkheid onder de gemengde leer valt.

Net als de gemene leer, gaat de gemengde leer ervan uit dat publiek- en privaatrecht in weze niet van elkaar verschillen. In die zin is de Belgische visie omtrent het uitgangspunt tussen publiek- en privaatrecht verenigbaar met de gemengde rechtsleer.²⁰²

Het belangrijkste punt binnen de Belgische regeling inzake de overheidsaansprakelijkheid, dat in voordeel van de gemengde rechtsleer werkt, is de publiekrechtelijke doorwerking. Zoals besproken is het een feit dat er in België sprake is van een 'constitutionalisering' van het aansprakelijkheidsrecht. Het arrest van 21 januari 2016 van het GwH geeft duidelijk de publiekrechtelijke concretisering (via artikel 10 en 11 Gw. al dan niet in samenhang met artikel 23 en 27 Gw.) van een privaatrechtelijke norm (artikel 1382 – 1383 BW) weer. In voornoemd arrest vond deze publiekrechtelijke doorwerking daarnaast ook plaats via de supranationale doorwerking van verdragen (in casu artikel 1 EAP EVRM).²⁰³

Daarnaast ondervonden ook de criteria van de aansprakelijkheidsregeling, een publiekrechtelijk invulling. In de rechtsleer is er weliswaar discussie omtrent de wijze waarop deze doorwerking plaatsvindt,²⁰⁴ desalniettemin staat het vast dat het publiekrecht doorwerkt binnen de aansprakelijkheidsvoorwaarden.

²⁰¹Voorstel tot herziening van artikel 144 van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2242/1, 2.

²⁰²De visie van Leclercq, dat bestuur en bestuurden mensen van dezelfde essentie zijn, is een sterke indicatie dat naar Belgisch recht het uitgangspunt is dat publiek- en privaatrecht in weze niet van elkaar verschillen. Dit uitgangspunt dat publiek- en privaatrecht in weze niet van elkaar verschillen is eveneens een kenmerk van de gemene rechtsleer.

²⁰³Grondwettelijk Hof 21 januari 2016, nr. 7/2016, www.const-court.be; A. CARETTE, "De begroting van de vergoeding voor milieuschade geleden door milieuverenigingen: de laatste horde op de weg naar daadwerkelijk herstel?", *TMLRE* 2016, nr. 3, 331 – 333.

²⁰⁴H. BOCKEN, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu: een onderzoek naar de doelmatigheid, in functie van de bescherming en het beheer van het leefmilieu...*, Brussel, Bruylant, 1979, 186-190; M. BOES, "Recht en bestuur. Redelijkheid, zorgvuldigheid en marginale toetsing" in X, *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-scientia, 1986, 10; S. LUST, *Raad van State, Afdeling administratie 6: Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, Die Keure, 2000, 162; W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 52-60; L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. 1: De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 207; H. VANDENBERGHE, "Overheidsaansprakelijkheid. Aansprakelijkheid van de

M.b.t. het foutcriterium zal de rechter immers rekening moeten houden met het beginsel van de scheiding der machten, met de beleidsvrijheid van de overheid, met de noodwendigheden van het algemeen belang en met het gelijkheidsbeginsel. Daarnaast zal de rechter ook bij het beoordelen van het causaal verband rekening moeten houden met voornoemde publiekrechtelijke beginselen. Uit de besproken arresten blijkt dat de rechters in de praktijk deze regels kunnen miskennen,²⁰⁵ dit doet echter geen afbreuk aan het feit dat het verplicht is om voornoemde publiekrechtelijke beginselen te eerbiedigen.

Deze osmose tussen publiek- en privaatrecht ligt in lijn met de visie van de gemengde rechtsleer. De Belgische regeling omtrent de overheidsaansprakelijkheid valt m.i. dan ook duidelijk binnen de gemengde rechtsleer. Er is immers voldaan aan de drie belangrijkste kenmerken van de gemengde leer.²⁰⁶

102. Deze osmose brengt ons meteen naar de 'zuivere leer' en waarom de Belgische regeling inzake de overheidsaansprakelijkheid hier niet onder valt. De zuivere leer zou betekenen dat indien de overheid onderworpen is aan het privaatrecht, enkel de privaatrechtelijke regels van toepassing zijn.²⁰⁷ M.i. is het een goede zaak dat dergelijk regeling niet van toepassing is. De zuivere leer zou in de praktijk met zich meebrengen dat de rechter geen rekening moet houden met de scheiding der machten, de beleidsvrijheid van de overheid, het gelijkheidsbeginsel en de noodwendigheden van het algemeen belang. Tot dusver valt de Belgische regeling nog steeds onder 'gemengde rechtsleer'.

103. De gemeenschappelijke leer vormt evenmin een volledige weerspiegeling van de Belgische regeling inzake de overheidsaansprakelijkheid. Toch is de Belgische regeling tot op zekere hoogte verenigbaar met de gemeenschappelijke leer. Zoals gezien in randnummer 66 stelt de gemeenschappelijke leer dat er tussen publiek- en privaatrecht regels, rechtsfiguren en principes zijn die het onderscheid overstijgen en behoren tot het recht in het algemeen.

104. Deze *ratio* kan worden gevonden binnen de Belgische rechtspraak. Zo erkent de Raad van State meermaals dat er tussen de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke weg voor de overheidsaansprakelijkheid gemeenschappelijk punten zijn.²⁰⁸ De Raad van State stelt in dit verband dat "*Zoals tijdens de parlementaire voorbereiding van artikel 11bis werd verduidelijkt onderscheidt "de schadevergoeding tot herstel die wordt toegekend met toepassing van deze bepaling [...] zich dus zowel van het herstel van de schade op basis van de artikelen 1382 tot 1386*

uitvoerende macht" in H. VANDENBERGHE, A. VAN OEVELEN, H. VUYE en L. WYNANT, *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, Die Keure, 2005, 42-43.

²⁰⁵ Cass. 12 juni 2017, nr. C.16.0428.N/1, https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20170612.1_NL.pdf; Cass. 4 september 2014, nr. C.12.0535.F., <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2014:ARR.20140904.2/FR?HiLi=eNpLtDKwqq4FAAZPAf4=..>

²⁰⁶ Weze hetzelfde, geen uitzonderingsrecht, vullen elkaar aan.

²⁰⁷ K. LEUS, 'Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene', de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?' in X. (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, XXXIVe Postuniversitaire cyclus W. Delva, 2007-2008, Mechelen, Kluwer, (405) 435; S. LIERMAN, P.J. VAN DE WEYER en K.J., VANDORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaatrecht en publiekrecht", in Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Preadviezen 2015*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, (13) 15.

²⁰⁸ RvS nr. 247.084 van 20 februari 2020; RvS nr. 242.934 van 14 november 2018; RvS nr. 246.895 van 30 januari 2020; RvS nr. 243.917 van 12 maart 2019.

van het Burgerlijk Wetboek als van de herstelvergoeding 'naar billijkheid' van artikel 11 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, hoewel ze gemeenschappelijke punten heeft met deze twee begrippen" (eigen benadrukking).²⁰⁹De Raad van State gaat niet zo ver om te concretiseren wat deze gemeenschappelijke punten zijn, desalniettemin is dit een uitdrukking van de gedachte dat er toch gemeenschappelijke punten zijn.

105. Deze concretisering is in zekere mate terug te vinden binnen de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof.²¹⁰ In het arrest nr. 70/2019 van 23 mei 2019 diende het Grondwettelijk Hof zich uit te spreken omtrent de verenigbaarheid, van de verschillen in de procedure via artikel 11bis RvS-wet en via artikel 1382 BW, met het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie. De administratieve overheid voerde aan dat ze bij een procedure via artikel 11bis, i.t.t. de procedure via artikel 1382 BW, niet kon genieten van een dubbele aanleg, van de mogelijkheid om te betwisten dat elke onwettigheid een fout vormt die de verplichting met zich meebrengt om de daaruit voortvloeiende schade te herstellen en van de mogelijkheid om cassatieberoep in te stellen.

Het GwH geeft eerst aan dat er weliswaar verschillen zijn tussen beide procedures. Deze verschillen hebben betrekking op het toepassingsgebied, de oorzaak van de schade, de hoedanigheid van de eisende partijen, de hoedanigheid van de tegenpartij, de aard van de schadevergoeding, de termijnen en de rechtsmiddelen. Toch valt uit dit arrest af te leiden dat er gemeenschappelijke punten zijn tussen beide rechtsfiguren. Het GwH geeft namelijk aan dat "*Het toekennen van een dergelijke keuze doet op zich geen afbreuk aan de rechten van de tegenpartij, voor zover beide mogelijke procedures het beginsel van de wapengelijkheid eerbiedigen*".

Het GwH oordeelt dat er in beide procedure voldaan is aan dit beginsel, doordat er bijvoorbeeld in beide procedure meerdere aanleggen aanwezig zijn. Binnen artikel 11bis RvS-wet verwijst het Hof naar het dubbele onderzoek door het auditoraat en de kamer. In die zin kan het beginsel van wapengelijkheid de veruitwendiging van een gemeenschappelijk beginsel binnen de aansprakelijkheid van de overheid.

106. Daarnaast kan worden gedacht aan de figuur van de overheidsaansprakelijkheid als dusdanig. Dit is dus geen typisch privaatrechtelijk begrip, maar een gemeenschappelijk begrip. Het publiek- en privaatrecht kunnen dan ieder uitvoering geven aan dit gemeenschappelijk begrip, met hun eigen concepten. Zo geeft het GwH aan dat "*de schadevergoeding tot herstel is geen zelfstandige vordering, maar een accessorium van een beroep tot nietigverklaring. Zij betreft bovendien geen foutaansprakelijkheid op grond van privaatrechtelijke concepten, maar een objectieve overheidsaansprakelijkheid op grond van autonome concepten*" (eigen benadrukking).²¹¹ De overheidsaansprakelijkheid is dus geen rechtsfiguur dit 'typisch' privaatrechtelijke is, het is namelijk een gemeenschappelijk rechtsfiguur. Naargelang het publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke karakter van de verhouding, zal dit gemeenschappelijk rechtsfiguur een concretisering ondergaan.

²⁰⁹ RvS nr. 247.573 van 18 mei 2020.

²¹⁰ Grondwettelijk Hof 23 mei 2019, nr. 70/2019, www.const-court.be.

²¹¹ Grondwettelijk Hof 23 mei 2019, nr. 70/2019, www.const-court.be.

107. Toch is de Belgische regeling niet volledig verenigbaar met de gemeenschappelijk leer. VAN OMMEREN stelt dat de rechtsfiguur van de onrechtmatige daad een algemene rechtsfiguur is en dat er moet worden gekeken naar de *verhouding* om te bepalen of er sprake is van een publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke karakter van dit algemeen beginsel. Het onrechtmatig verlenen van een vergunning geeft volgens VAN OMMEREN aan dat er sprake is van een 'typische' publiekrechtelijke verhouding.²¹² Deze redenering kan niet worden doorgetrokken naar België, doordat artikel 11*bis*RvS-wet niet concurreert met artikel 1382 BW, maar ze naast elkaar bestaan. De verhouding is m.a.w. irrelevant voor de toepasselijkheid van de publiek- dan wel privaatrechtelijke weg. De keuzevrijheid staat in België centraal voor de afbakening van het toepasselijk regime.

De gemeenschappelijk leer is naar Belgisch recht dan ook slechts verenigbaar met betrekking tot het gemeenschappelijk punt (bijvoorbeeld de rechtsfiguur van de overheidsaansprakelijkheid an sich) en gemeenschappelijk beginselen (bijvoorbeeld het beginsel van de wapengelijkheid). Om te bepalen of er een publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke verhouding voorhanden is, zijn de criteria van de gemeenschappelijke leer niet verenigbaar met de Belgische regeling.

108. Het Burgerlijk Wetboek is momenteel het voorwerp van een grondige hervorming. Ten tijde van de redactie van deze scriptie is de wet van 13 april 2019 tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van boek 8 "Bewijs" in dat Wetboek reeds aangenomen en sinds 1 november 2020 is het in werking getreden.²¹³ Boek 3 "goederen" is eveneens aangenomen via voornoemde wet, doch de bepalingen in boek 3 zullen op 1 september 2021 in werking treden.²¹⁴

Voor dit onderdeel die de bespreking van de civielrechtelijke aansprakelijkheid omvat, is het van belang om aan te geven dat er reeds een wetsvoorstel tot invoeging van boek 5 "Verbintenissen" in het nieuw BW is ingediend in de Kamer.²¹⁵ Aan de hand van het voorontwerp van de wet tot invoeging van boek 5 "Verbintenissen" in het nieuw BW is ingediend in de Kamer en de memorie van toelichting bij voornoemde wet, zal worden nagegaan wat de eventuele implicaties zijn voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht in de context van het aansprakelijkheidsrecht.²¹⁶

109. De regeling m.b.t. buitencontractuele aansprakelijkheid vangt aan in artikel 5.146 nieuw BW. De nieuwe regeling gaat de voorwaarden voor de aansprakelijkheid zijnde de fout, schade en het oorzakelijk verband indelen in afzonderlijke artikelen die iedere voorwaarde verder concretiseren.

²¹²F. VAN OMMEREN, "Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'", *Ars Aequi* 2012, (562) 566 – 567.

²¹³ Wet van 13 april 2019 tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van boek 8 "Bewijs" in dat Wetboek, *BS* 14 mei 2019.

²¹⁴ Artikel 39 Wet van 4 februari 2020 houdende boek 3 "Goederen" van het Burgerlijk Wetboek, *BS* 17 maart 2020.

²¹⁵ Wetsvoorstel tot invoeging van boek 5 'Verbintenissen' in het nieuw Burgerlijk Wetboek, Parl.St. Kamer 2018-19, nr. 3709/1.

²¹⁶ Op 24 februari 2021 werd opnieuw een wetsvoorstel tot invoeging van een boek 5 in het BW ingediend. Dit nieuw voorstel heeft een belangrijk gevolg voor deze bespreking, er is namelijk besloten om de regeling omtrent de buitencontractuele aansprakelijkheid op te nemen in boek 6 en niet boek 5. Ten tijde van de redactie van de scriptie is er geen voorontwerp van boek 6 beschikbaar met incorporatie van de regeling inzake de buitencontractuele aansprakelijkheid. Er is enkel een versie beschikbaar met de nummering in boek 5, hoewel deze dus in boek 6 zal komen. Er is evenwel geen indicatie van inhoudelijke wijzigingen, waardoor voor deze bespreking nog steeds wordt verwezen naar de nummering in de het laatst beschikbare voorontwerp.

Zo definieert artikel 5.147 nieuw BW de fout als "een tekortkoming aan een gedragsregel die volgt uit de wet of uit de algemene zorgvuldigheidsplicht die geldt in het maatschappelijk verkeer", waarbij het daaropvolgend artikel de beoordelingscriteria voor deze definitie uiteenzet.

In paragraaf 2 van voornoemd artikel valt te constateren dat de algemene zorgvuldigheidsnorm nog steeds van belang kan zijn bij de beoordeling van de fout indien er geen inbreuk zou zijn op een specifiek verbod of gebod, hierbij "wordt de tekortkoming beoordeeld in functie van het gedrag van een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden".

Interessant in dit verband is dat het nieuw BW zelf een aantal criteria voorschrijft waarmee rekening kan worden gehouden bij de beoordeling van de zorgvuldigheid. Relevant in de publiekrechtelijke context is bijvoorbeeld artikel 5.148, §2, lid 2, vijfde gedachtenstreep nieuw BW, nl. "de beginselen van goed bestuur en goede organisatie" (eigen benadrukking). De MvT stelt i.v.m. met deze gedachtenstreep dan ook vast dat het "hoofdzakelijk (publiekrechtelijke en privaatrechtelijke) rechtspersonen maar kunnen ook op natuurlijke personen van toepassing zijn".²¹⁷ Hoewel deze concretisering bijzonder nuttig is in het kader van de rechtszekerheid, moet meteen worden benadrukt dat het geen exhaustieve opsomming is van de criteria waarmee de rechter rekening kan houden. De MvT bepaalt in dit verband dat:

"De voorgestelde criteria zijn niet exhaustief en evenmin cumulatief. Zij maken een hulpmiddel uit om richting te geven aan de beslissing. Deze benadering is nieuw. Het het indicatieve karakter van de bepaling laat de rechter een ruime beoordelingsmarge" (eigen benadrukking).²¹⁸

110. Het is goed dat de rechter deze beoordelingsmarge krijgt, aangezien er geen bepaling is die de noodwendigheid van het algemeen belang als beoordelingscriterium bij de buitencontractuele aansprakelijkheid voorschrijft. Deze bijzondere positie van het algemeen belang zal nog steeds relevant zijn in het nieuw BW. Dit komt vooreerst omdat de MvT bij nieuw BW aangeeft dat de huidige mogelijkheid tot aansprakelijkheid van de uitvoerende, rechterlijke en wetgevende macht ook bij het nieuw BW geldt.²¹⁹ Daarenboven benadrukt de MvT dat de huidige regels inzake de staatsaansprakelijkheid (dus ook de noodwendigheid van het algemeen belang) onverkort van toepassing zullen zijn bij het nieuw BW. De reden dat het nieuw BW hieromtrent geen exhaustieve en uitdrukkelijke regeling opneemt, is omdat ze de voorkeur geeft aan de rechterlijke macht voor de invulling en evolutie van de leer van de Staatsaansprakelijkheid:²²⁰

"De optie die sinds het Flandria-arrest genomen werd om de openbare besturen aan dezelfde aansprakelijkheidsregels te onderwerpen als particulieren, wordt niet in vraag gesteld. De voorwaarden waaronder openbare besturen kunnen aansprakelijk gesteld worden op grond van een gebrek aan voorzorg of een onwettige handeling, worden dus niet gewijzigd. Om de rechtsbescherming van de burger niet te verminderen, blijven de regels in verband met de staatsaansprakelijkheid voor de uitoefening van de uitvoerende, rechterlijke of wetgevende macht

²¹⁷ Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot invoeging van boek 5 'Verbintenissen' in het nieuw Burgerlijk Wetboek, Parl.St. Kamer 2018-19, nr.3709/1, 57 – 58.

²¹⁸*Ibid.*, 55.

²¹⁹Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot invoeging van boek 5 'Verbintenissen' in het nieuw Burgerlijk Wetboek, Parl.St. Kamer 2018-19, nr. 3709/1.

²²⁰*Ibid.*

ongewijzigd. De voorkeur gaat ernaar uit om het aan de rechtspraak over te laten om, waar nodig, de oplossingen te laten evolueren. Ook de bijzondere wetgeving met betrekking tot de aansprakelijkheid van zekere overheidspersonen werd niet gewijzigd"(eigen benadrukking).²²¹

111. Deze bijzondere rol aan de rechter, ligt in lijn met de derde krachtlijn van de hervorming van het Burgerlijk Wetboek. Deze derde krachtlijn betreft nl. verzekeren van een evenwicht tussen de wilsautonomie van de partijen en de rol van de rechter als hoeder van belang van zwakkere partijen en het algemeen belang.²²²

112. Het Nieuw BW zal de publiekrechtelijke invulling van het privaatrecht dus niet verhinderen, waardoor er nog steeds sprake zal zijn van een gemengde verhouding tussen publiek- en privaatrecht. Sterker nog, in het Nieuw BW vinden we bepalingen terug die uitdrukkelijk rekening houden met publiekrechtelijke instrumenten.

113. Zo bepaalt artikel 5.150, §1, vierde gedachtenstreep van het Nieuw BW uitdrukkelijk dat "op grond van een bevel van de wet of van een bevel van een overheid overeenkomstig de wet" er geen aansprakelijkheid op grond van fout voorhanden kan zijn. De publiekrechtelijke concretisering kan dus ook bij het Nieuw BW nog steeds plaats vinden, weliswaar veel uitdrukkelijker dan vandaag. Inhoudelijk is er dan ook geen wezenlijk verschil met de huidige regeling omtrent de overheidsaansprakelijkheid, waardoor de Belgische regeling ook naar de toekomst toe onder de gemengde rechtsleer zal vallen.

3.2. Gelijkheid van de burgers voor openbare lasten

114. Binnen het aansprakelijkheidsrecht is er ook bijzondere aandacht voor de aansprakelijkheid voor de rechtmatige overheidshandeling. Bij deze aansprakelijkheid voor rechtmatige daad komt m.n. een belangrijke rol toe aan het algemeen belang.²²³ Dit onderdeel zal de rechtmatige overheidsdaad bestuderen in de context van de bescherming van het eigendomsrecht.

Naar Belgisch recht is er in de grondwet, maar ook in andere wetgeving voorzien in een vergoedingsregeling i.g.v. rechtmatige overheidshandelingen. Zo brengt men de vergoeding voor rechtmatige overheidshandelen vaak in verband met artikel 16 Gw. Deze grondwettelijke bepaling bepaalt immers dat "*Niemand kan van zijn eigendom worden ontzet dan ten algemene nutte, in de gevallen en op de wijze bij de wet bepaald en tegen billijke en voorafgaande schadeloosstelling*".²²⁴ Krachtens deze publiekrechtelijke bepaling zijn onteigeningen of quasi onteigening enkel mogelijk indien i.) de onteigening ten algemene nutte gebeurt, ii.) de onteigening gebeurt in de gevallen die de wet voorschrijft, iii.) de onteigening gebeurt op de wijze die de wet voorschrijft en iv.) de onteigening kan enkel mits betaling van een billijke en voorafgaande schadeloosstelling.²²⁵

²²¹*Ibid.*, 8.

²²² S. STIJNS, "Het aankomend nieuw verbintenissenrecht", *TBBR* 2018, (227)236.

²²³ C.N.J. KORTMANN en S. LIERMAN, 'Het beginsel van de gelijkheid van burgers voor openbare lasten: een beginsel op de snijlijn van publiek- en privaatrecht', *TPR* 2014, afl. 2, (689) 701.

²²⁴ Artikel 16 Gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994, BS 17 februari 1994

²²⁵ C. BEHRENDT en M. VRANCKEN, Beginselen van het Belgisch staatsrecht, Brugge, die Keure / la Charte, 2020, 667.

115. De Grondwetgevers hadden in 1831 niet de volledige inhoud en strekking van het huidige artikel 16 Gw. besproken. Inspiratie werd immers opgedaan vanuit Frankrijk, waardoor de inhoud en strekking vanzelfsprekend was. Dit is dan ook de reden dat de tekst tot vandaag de dag geen wijziging heeft ondergaan. De Belgische staat heeft echter op 4 november 1950 het verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ondertekend. Niet enkel werd het EVRM ondertekend, er volgde ook een ratificatie van het verdrag op 14 juni 1955. België heeft geen enkel voorbehoud gemaakt t.a.v. het EVRM. Voor dit onderdeel is het ook van belang om aan te geven dat België het eerste aanvullend protocol bij het EVRM op 20 maart 1952 ondertekende en ratificeerde op 13 mei 1955 (hierna: EAP EVRM). Deze ondertekening en ratificatie brengen belangrijke gevolgen met zich mee. Het EVRM en zijn protocollen maken hierdoor deel uit van de Belgische rechtsorde.²²⁶

116. Artikel 1 EAP EVRM zal de inhoud en strekking van artikel 16 Gw. aanzienlijk beïnvloeden, doordat artikel 1 EAP EVRM verder reikt binnen de bescherming van het eigendomsrecht. Artikel 1 EAP EVRM geeft namelijk aan dat:

"Alle natuurlijke of rechtspersonen hebben recht op het ongestoord genot van hun eigendom. Niemand zal van zijn eigendom worden beroofd behalve in het algemeen belang en met inachtneming van de voorwaarden neergelegd in de wet en in de algemene beginselen van het internationaal recht.

De voorgaande bepalingen zullen echter op geen enkele wijze het recht aantasten, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, welke hij noodzakelijk oordeelt om toezicht uit te oefenen op het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen en boeten te verzekeren"

117. Concreet zal deze beïnvloeding mogelijk zijn door de analogierechtspraak van het GwH. Het GwH kan weliswaar niet rechtstreeks toetsen aan artikel 1 EAP EVRM, maar kan dit wel doen via de omweg van artikel 16 Gw. aangezien beide bepalingen analoge waarborgen omvatten.²²⁷ Artikel 1 EAP EVRM omvat een ruimere bescherming dan artikel 16 Gw. Dit heeft als voordeel dat het enerzijds eenvoudig is om quasi-onteigeningen vast te stellen en anderzijds het achterwege laten van verregerende formalisme.²²⁸

118. De laatste publiekrechtelijke norm die relevant is voor de rechtmatige overheidsdaad is artikel 11 RvS-wet, die de herstelvergoeding regelt. Krachtens artikel 11 RvS-wet:

²²⁶ B. ENGBERTS en H. DE GROOT, "België en het Europees Verdrag voor de rechten van de mens", *Jura Falc.* 1983-84, afl. 3, www.law.kuleuven.be/jura/art/20n3/engberts.pdf, (235) 235 – 236.

²²⁷ GwH 29 juli 2010, nr. 94/2010, www.const-court.be; C.N.J. KORTMANN en S. LIERMAN, 'Het beginsel van de gelijkheid van burgers voor openbare lasten: een beginsel op de snijlijn van publiek- en privaatrecht', *TPR* 2014, afl. 2, (689) 702.

²²⁸ A. Alen en W. Verrijdt, "Recente evoluties inzake de bescherming van het eigendomsrecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof" in J. Ghysels, M. Boes, D. Lindemans en R. Palmans (eds.), *Vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 7.

"Als geen ander rechtscollege bevoegd is, doet de afdeling bestuursrechtspraak naar billijkheid en met inachtneming van alle omstandigheden van openbaar en particulier belang, bij wege van arrest uitspraak over de eisen tot herstelvergoeding voor buitengewone, morele of materiële schade, veroorzaakt door een administratieve overheid".

De *ratio* voor deze bijkomende grondslag voor de aansprakelijkheid bij rechtmatige overheidsdaad is terug te vinden in motieven van billijkheid en omstandigheden van openbaar en particulier belang.²²⁹ Verzoekende partijen moeten aan drie voorwaarden voldoen om de herstelvergoeding te bekomen. In de eerste plaats moet de schade veroorzaakt zijn door een 'administratieve overheid'. Ten tweede moet de schade moet zijn veroorzaakt door een rechtmatig handelen of nalaten. Ten slotte moet de schade zeker, actueel en buitengewoon zijn. Tussen het onrechtmatig handelen of nalaten en de schade moet een oorzakelijk verband voorhanden zijn. Het betreft een strikt oorzakelijk verband, doordat de schade uitsluitend door toedoen van de administratieve overheid moet zijn voorgevallen. Ten slotte gaat het ook om een residuaire bevoegdheid.²³⁰

119. Ten slotte zijn er ook regelingen voor de vergoeding bij hinder aan het openbaar domein of nog de vergoeding bij de vestiging van een erfdienstbaarheid.²³¹ Debesproken bepalingen vormen echter bijzondere grondslagen voor de aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidshandelen. Bij gebrek aan wettelijke vergoedingsregeling voor het onrechtmatig overheidshandelen was tot voor kort geen algemene rechtsregel van toepassing. Dankzij de rechtsfiguur van de gelijkheid van de burgers voor openbare lasten (hierna: GBOL-beginsel) is er echter een algemene grondslag voor de vergoeding bij rechtmatige overheidshandelingen, i.g.v. gebrek aan wettelijke regeling.

Voorafgaand aan de uitdrukkelijke erkenning van het GBOL-beginsel, kon volgens het Hof van Cassatie een vergoeding worden bekomen van de overheid voor haar bovenmatige hinder dankzij de privaatrechtelijke leer van de abnormale burenhinder zoals voorzien in artikel 544 BW.²³² Krachtens artikel 544 BW is eigendom *"het recht om op de meest volstreekte wijze van een zaak het genot te hebben en daarover te beschikken, mits men er geen gebruik van maakt dat strijdig is met de wetten of met de verordeningen"*.

Artikel 16 Gw. dat betrekking heeft op onteigening en quasi-onteiening kon niet worden toegepast omdat het ging om hinder, daarom zocht verzoekende partij een alternatieve grondslag voor de aansprakelijkheid van de overheid in de context van bovenmatige hinder. Het kanaal- en schoorsteenarrest had betrekking op dergelijke burenhinder. Het kanaalarrest had betrekking op de hinder veroorzaakt door openbare werken, terwijl het schoorsteenarrest betrekking had op hinder veroorzaakt door particulieren.²³³

²²⁹ Parl.St. Senaat B.Z. 1939, nr. 80, 34-36.

²³⁰ I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie) - gebonden editie*, Mortsel, Intersentia, 2019, 634 - 635.

²³¹ C.N.J. KORTMANN en S. LIERMAN, 'Het beginsel van de gelijkheid van burgers voor openbare lasten: een beginsel op de snijlijn van publiek- en privaatrecht', *TPR* 2014, afl. 2, (689) 700.

²³² S. STIJNS en H. VUYE, *Burenhinder (Beginselen van Belgisch privaatrecht, V)*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 532.

²³³ Cass. 6 april 1960, Pas. 1960, I, 915, conclusie advocaat-generaal Mahaux, Arr. Cass. 1960, 722, J.T. 1960, 339, noot A. DE MEULDER, RCJB 1960, 257, noot J. DABIN, RGAR 1960, nr. 6.557, noot R.O. DALCQ

Ondanks het rechtssubject waarvan de hinder uitgaat (particulier, dan wel overheid), is er een identieke toepassing van de leer van de burenhinder.²³⁴ De hoedanigheid van de overheid had dus geen enkele invloed op de invulling van de leer van de burenhinder.²³⁵ Maar zelfs in deze uiterst strikte toepassing van privaatrechtelijke regels, waarbij publiekrechtelijke beginselen uitgesloten zijn, valt het GBOL-beginsel reeds op.²³⁶ Dit komt door de visie van advocaat-generaal MAHAUX.

120. Volgens MAHAUX vloeit de daadwerkelijke grondslag voor de vergoedingsplicht van de overheid voort uit het beginsel van de gelijkheid van burgers voor openbare lasten. Volgens MAHAUX maakt dit GBOL-beginsel zelfs het fundament van de Belgische samenleving uit.²³⁷ Het kanaal- en schoorsteenarrest maakte uiteindelijk geen melding van het GBOL-beginsel, waardoor het privaatrecht onverkort van toepassing was.

121. Deze fase in de evolutie van de GBOL-beginsel leert ons dat er geen *summa divisio* tussen publiek- en privaatrecht binnen de aansprakelijkheid voor het rechtmatig overheidshandelen, in het geval dat er geen wettelijke regeling voorhanden is. We mogen niet uit het oog verliezen dat de Grondwet of de wet in talloze gevallen wel degelijk voorziet in publiekrechtelijke regelgeving, men denke aan artikel 16 Gw. in de context van onteigeningen. Het is in de hypothese dat er geen wettelijke regeling is, dat we nagaan wat de verhouding is in de context van het rechtmatig overheidshandelen. Het kanaal- en schoorsteenarrest passen voor dergelijke gevallen immers uitdrukkelijk artikel 544 BW toe op de overheid, in die zin is er dus sprake van een vervlechting m.b.t. de toepasselijke regeling. De overheid is in de context van de rechtmatige overheidshandelingen niet exclusief gebonden aan het publiekrecht (artikel 16 Gw.), maar ook aan het privaatrecht (artikel 544 BW). Tegen de tijd van het kanaal- en schoorsteenarrest, was deze onderwerping van de overheid aan het privaatrecht geen nieuw fenomeen meer. Zoals gezien in onderdeel 3.1. stond reeds bij het Flandria-arrest in 1921 vast dat de overheid ook het subject van het privaatrecht kan zijn.

122. De volgende vraag is uiteraard welke vorm van vervlechting er is binnen de aansprakelijkheid van de overheid voor rechtmatige overheidshandelingen. De gemene leer kunnen we meteen uitsluiten. De gemene leer veronderstelt namelijk dat het privaatrecht, het gemeen recht uitmaakt. Bij aanwezigheid van een publiekrechtelijke regeling, moet het publiekrecht ook worden toegepast. Binnen de leer van de burenhinder, valt het echter op dat de Belgische regeling, niet aansluit bij de redenering van de gemene leer. Sterker nog, de Belgische regeling omvat het tegengestelde van de gemene leer. Voorafgaand aan de erkenning van de privaatrechtelijke leer van de burenhinder, was het voor particulieren mogelijk om een vordering in te stellen bij de RvS op grond van artikel 11 RvS-wet.

²³⁴ S. Stijns en H. Vuylsteke, "Burenhinder, openbare werken, overheden, het "beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten" en de verplichting tot compensatie: meanders in de rechtspraak van het Hof van Cassatie", TBBR 2001, afl. 6, 332.

²³⁵ S. STIJNS en H. VUYE, "Burenhinder, openbare werken, overheden, het "beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten" en de verplichting tot compensatie: meanders in de rechtspraak van het Hof van Cassatie", TBBR 2001, afl. 6, 332.

²³⁶ I. COOREMAN en L. PEETERS, "De wettelijke erfdienstbaarheid van openbaar nut versus de onteigening. Een vergelijking aan de hand van erfdienstbaarheden opgelegd door de Gaswet van 12 april 1962 [1965]" in J. GHYSELS, M. BOES, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *Vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 63.

²³⁷ Conclusie Advocaat-Generaal Mahaux bij Cass. 6 april 1960, Pas. 1960, I, 928.

123. De Raad van State oordeelde bijvoorbeeld dat "*De verandering die aan de buurt van een erf door de uitvoering van werken openbaar nutwordt veroorzaakt, kan gunstige gevolgen hebben voor sommige eigenaars en nadelen meebrengen voor andere zonder dat men daarin, wanneer de goederen hun bestemming kunnen behouden, het verbreken kan zien van de gelijkheid der openbare lasten waarop het herstel is gesteund van de buitengewone schade bedoeld in artikel 7, §1, van de wet van 23 december 1946*".²³⁸

Deze publiekrechtelijke toepassing in artikel 11 RvS-wet, sluit de privaatrechtelijke toepassing vervat in artikel 544 BW echter niet uit. Sterker nog, doordat de bevoegdheid van de RvS inzake de schadevergoeding tot herstel residuair is, zal het privaatrecht de toepassing van artikel 11bis RvS-wet uitsluiten. In deze fase kan er o.w.v. voornoemde redenen geen verklaring worden gevonden in de gemene leer. Er is eerder sprake van een 'omgekeerde' gemene leer, waarbij de publiekrechtelijk regeling vervat in artikel 11 RvS-wet in het algemeen van toepassing is, maar waarbij een andere (*in casu* privaatrechtelijke) regeling de toepassing hiervan uitsluit.

De Belgische regeling kan in deze fase ook niet worden ondergebracht in de gemengde leer. I.t.t. wat het geval bij de onrechtmatige daad,²³⁹ heeft de verzoekende partij bij burenhinder door de overheid geen keuzevrijheid tussen artikel 11 RvS-wet en artikel 544 BW.

124. Er is dus sprake van een vervlechting doordat het mogelijk is om de privaatrechtelijke regeling toe te passen op de Staat. Hier is in het bijzonder sprake van een 'omgekeerde' gemene leer, waarbij het privaatrecht de publiekrechtelijke regeling kan uitsluiten. Op het niveau van de uitwerking van de privaatrechtelijke regeling valt het op dat het publiekrecht eveneens minder sterk naar voren komt. Op het niveau van de uitwerking van de privaatrechtelijke weg, kan deze fase worden ondergebracht in de zuivere leer. De zuivere leer sluit hier goed bij aan doordat het enkel de privaatrechtelijke regels en beginselen zijn die van toepassing zullen zijn op artikel 544 BW. Publiekrechtelijke regels en beginselen zullen (in deze fase) geen invloed hebben op artikel 544 BW. De hoedanigheid van de schadeverwekker is volstrekt irrelevant en particulier en overheid zijn aan dezelfde toetsingsnormen onderworpen.

125. Deze zuivere scheiding tussen publiek- en privaatrecht op het niveau van de uitwerking van artikel 544 BW onderging een belangrijke afzwakking door de arresten van 28 januari 1991 en 23 mei 1991.²⁴⁰ In deze arresten verduidelijkte het HvC dat bij hinder veroorzaakt door de overheid, de rechter bij de beoordeling van het abnormale karakter van de hinder rekening moet houden met het algemeen belang. Dit doet de rechter door na te gaan welke lasten de particulier gelet op het algemeen belang moet dragen.²⁴¹ Volgens SAGAERT maakt het GBOL-beginsel in navolging van de arresten van 28 januari 1991 en 23 mei 1991, een toetsingskader uit voor de al dan niet miskennis van de evenwichtslaar.²⁴²

²³⁸ RvS 23 mei 1961, nr. 8595, Arr.RvS. 1961, 445.

²³⁹ Keuzevrijheid tussen privaatrechtelijke of publiekrechtelijk weg.

²⁴⁰ Cass. 28 januari 1991, Pas. 1991, I, 509; Cass. 23 mei 1991, Pas. 1991, I, 827.

²⁴¹ R. PALMANS, V. SAGAERT en W. VERRIJDT (eds.), *Eigendomsbeperkingen: de erfdiensbaerheid van openbaar nut*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 232.

²⁴² V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 249.

126. Vanaf de arresten van 28 januari 1991 en 23 mei 1991 vallen wederom twee gebeurtenissen binnen het kader van het GBOL-beginsel op, die relevant zijn voor de kwalificatie van de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. In de eerste plaats is de privaatrechtelijke weg op grond van artikel 544 BW, nog steeds van toepassing bij gebrek aan wettelijke regeling voor de overheidsaansprakelijkheid voor rechtmatig handelen. In die zin is er nog steeds een vervlechting tussen publiek- en privaatrecht op het niveau van de toepasselijke regeling. Op dit niveau zijn er inhoudelijk geen verschillen, waardoor nog steeds sprake is van een 'omgekeerde' gemene leer.

Op het niveau van de uitwerking van de privaatrechtelijke regeling, doet zich echter een omwenteling voor. Artikel 544 BW, zal de invloed van het GBOL-beginsel ondervinden bij de uitwerking van haar toepassingsvoorwaarden.²⁴³ Net als binnen de leer van de overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige daad, doet zich hier het fenomeen van de 'publiekrechtelijke randvoorwaarden' voor, in de vorm van het GBOL-beginsel als toetsingsnorm binnen artikel 544 BW.²⁴⁴ Hierdoor is er vanaf 1991 ook op het niveau van de uitwerking, sprake van een vervlechting tussen publiek- en privaatrecht.

Deze wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht kan niet onder de noemer van de gemene leer vallen, doordat het GBOL-beginsel ook binnen artikel 544 BW zijn invloed zal uitoefenen. De gemeenschappelijk leer kan evenmin van toepassing zijn, doordat er tijdens deze fase nog geen sprake is van een gemeenschappelijk punt die het verschil tussen publiek- en privaatrecht overstijgt. In de context van de aansprakelijkheid voor de burenhinder, is het GBOL-beginsel immers enkel relevant als toetsingskader voor de evenwichtsleer. Vanaf 1991 is er op het niveau van de uitwerking van de privaatrechtelijke regeling dus sprake van een verhouding die het best binnen de gemengde rechtsleer valt. De privaatrechtelijke regels van artikel 544 BW zijn immers van toepassing, doch de rechter moet rekening houden met de publiekrechtelijke voorwaarden, in de vorm van het GBOL-beginsel.

127. Het GBOL-beginsel heeft met het cassatie-arrest van 24 juni 2010 een grotere rol gekregen.²⁴⁵ Waar ze voorheen beperkt was tot een toetsingsnormbinnen de abnormale burenhinder, kreeg ze via het voornoemd arrest de hoedanigheid van 'algemeen rechtsbeginsel met een fundamenteel karakter'. Het HvC koppelde het GBOL-beginsel los van artikel 544 BW en bracht het in verband met artikel 16 Gw.²⁴⁶

Het arrest had betrekking op de schade die was toegebracht aan het pand van Immo Antwerpia. Immo Antwerpia is een vennootschap en zij verhuurde de appartementen. Deze schade was het gevolg van een (rechtmatige) huiszoeking door de politie, de politie had immers een geldig huiszoekingsbevel. Deze huiszoeking was nodig in het kader van een strafrechtelijk onderzoek naar drugsdelicten.

²⁴³C.N.J. KORTMANN en S. LIERMAN, 'Het beginsel van de gelijkheid van burgers voor openbare lasten: een beginsel op de snijlijn van publiek- en privaatrecht', *TPR* 2014, afl. 2, (689) 701.

²⁴⁴S. STIJNS en H. VUYE, "Burenhinder, openbare werken, overheden, het "beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten" en de verplichting tot compensatie: meanders in de rechtspraak van het Hof van Cassatie", *TBBR* 2001, nr. 6, (329) 334 – 338.

²⁴⁵Cass. 24 juni 2010, *RW* 2010-2011, afl. 29, 1217.

²⁴⁶S. LIERMAN, "Gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten: wel fundamenteel, (nog) niet absoluut" (noot onder Cass. 24 juni 2010), *RW* 2010 - 11, (1223) 1223-1225; Cass. 24 juni 2010, AR C.06.0415.N, *RW* 2010-11, 1219, concl. Adv. Gen. VANDEWAL en noot S. LIERMAN.

Op basis van meerdere verklaringen, was er een grote waarschijnlijkheid dat zich drugsdelicten voordeden in het desbetreffende pand. Er werd n.a.v. deze huiszoeking ook effectief drugs gevonden in één van de tien appartementen in het pand. Deze actie had echter wel tot gevolg dat meerdere appartementen van Immo Antwerpia werden binnengevallen. Bij deze huiszoeking, waarbij Immo Antwerpia niet eens de verdachte was, ondervond de vennootschap aanzienlijke schade aan haar eigendom.

Het Hof van Beroep oordeelde dat Immo Antwerpia op grond van het GBOL-beginsel recht had op een vergoeding voor de geleden schade uit deze rechtmatige overheidshandeling. Het Hof van Cassatie bevestigde dit arrest en oordeelde dat de rechter het arrest naar recht verantwoord. Het HvC stelt immers vast dat er geen wettelijke regeling voorhanden was voor de vergoeding van deze schade aan de eigendom van Immo Antwerpia. Bij gebrek aan wettelijke regeling is het GBOL-beginsel van toepassing voor de schade op het eigendom, n.a.v. een rechtmatig overheidshandelen.²⁴⁷

Uit voornoemd cassatie-arrest volgen een drietal toepassingsvoorwaarden om de vergoeding via het GBOL-beginsel te bekomen. In de eerste plaats moet er sprake zijn van een rechtmatige handeling door de overheid. In de tweede plaats dient deze handeling onevenredig nadelige gevolgen te hebben. De nadelige gevolgen moeten m.a.w. buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallen.²⁴⁸ Ten slotte moeten deze gevolgen gelden voor een beperkte groep rechtssubjecten. Men noemt dit ook wel de voorwaarde van het specialiteitsbeginsel.²⁴⁹

128. Het Grondwettelijk Hof is verdergegaan en heeft met zijn arrest van 19 april 2012 het GBOL-beginsel erkent als een toepassing van het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en non-discriminatie (artikel 10 en 11 Grondwet).²⁵⁰ Dit grondwettelijk statuut van het GBOL-beginsel brengt met zich mee dat zelfs bij gebrek aan uitdrukkelijke vergoedingsregeling door de wetgever, de burgerlijke rechter een vergoeding kan toekennen indien voldaan is aan de voorwaarden van het GBOL-beginsel. Deze rol van de rechter bij stilzwijgen van de wetgever heeft te maken met het grondwettelijk statuut van het GBOL-beginsel. Dit statuut brengt immers met zich mee dat de wil van de wetgever gelijk is aan het grondwettelijk beginsel.²⁵¹

²⁴⁷ J. VOORTER, "Grondwettelijke eigendomsbescherming en de bouwshift: Show me the money!" in X (eds.), *Themis 116 - Publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2021, (83) 89 – 90.

²⁴⁸ Bij de beoordeling hiervan dient de rechter geval per geval na te gaan wat de omstandigheden in kwestie zijn en komt een bijzondere rol toe aan de solidariteit die de burgers wordt verwacht van de burgers.

²⁴⁹ Cass. 24 juni 2010, AR C.06.0415.N, RW 2010-11, 1219, concl. Adv. Gen. VANDEWAL en noot S. LIERMAN en I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie) - gebonden editie*, Mortsel, Intersentia, 2019, 566.

²⁵⁰ GwH 19 april 2012, nr. 55/2012, www.const-court.be

²⁵¹ A. BOSSUYT, "Algemene beginselen in de rechtspraak van het Hof van Cassatie", *TPR* 2004, 1643 – 1644.

Het Grondwettelijk geeft bij aanvang van het arrest aan dat "*Krachtens het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten kan de overheid evenwel niet zonder vergoedingslasten opleggen die groter zijn dan die welke een persoon in het algemeen belang moet dragen. Uit dat beginsel vloeit voort dat de onevenredig nadelige - dit zijn de buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende en op een beperkte groep van burgers of instellingen drukkende - gevolgen van een op zichzelf rechtmatige overheidsdaad, zoals het opleggen van een erfdiensbaarheid van openbaar nut, niet ten laste van de getroffen behoren te komen, maar gelijkmatig over de gemeenschap dienen te worden verdeeld".²⁵²*

Het arrest van het Grondwettelijk Hof had betrekking op het Duinendecreet. Mafar was een bouwbedrijf die beschikte over een contractueel bouwrecht op verschillende percelen. Voor deze percelen beschikte Mafar ook over de nodige stedenbouwkundige vergunning. Door het duinendecreet, mocht deze onderneming echter niet meer bouwen op de percelen. Mafar kon via de wet van 12 juli 1973 een beroep doen op een vergoeding voor de schade die ze heeft geleden tgv dit (rechtmatig) bouwverbod.

Volgens het HvC was het voor Mafar echter niet mogelijk om vergoeding te bekomen via de wet van 12 juli 1973. Voornoemde wet zou de vergoeding enkel hebben voorzien voor eigenaars en houders van andere zakelijke rechten op een perceel waarop een bouwverbod van toepassing is. Mafar beschikte slechts over een bouwrecht en was geenszins eigenaar van de percelen in kwestie. Het Grondwettelijk Hof achtte dergelijke interpretatie van de wet van 12 juli 1973 strijdig met het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie vervat in artikel 10 en 11 Gw. Een stedenbouwkundige vergunning maakt volgens het GwH immers ook eigendom uit in de zin van artikel 1 EAP EVRM.

129. Het GBOL-beginsel speelt niet enkel een rol bij het *gebrek* aan vergoedingsregeling bij een eigendomsbeperking, met het arrest van 20 februari 2020 verduidelijkt het HvC de rol van het GBOL-beginsel bij *aanwezigheid* van een vergoedingsregeling.²⁵³ Indien de vergoedingsregeling de toets aan de grondwet doorstaat, is het niet mogelijk om een aanvullende (*in casu* planschade) vergoeding te bekomen d.m.v. het GBOL-beginsel.

Het GBOL-beginsel vervult in die zin een residuaire functie.²⁵⁴ Indien de wettelijke vergoedingsregeling de toets aan de hogere normen niet doorstaat, is het echter nog steeds mogelijk om het GBOL-beginsel in te roepen voor de burgerlijke rechter.²⁵⁵

130. De arresten van 24 juni 2010 en 19 april 2012 brengen belangrijke gevolgen met zich m.b.t. kwalificatie van de verhouding tussen publiek- en privaatrecht binnen de aansprakelijkheid van de overheid voor rechtmatige handelingen. Zoals besproken kan deze aansprakelijkheid haar grondslag hebben in het publiekrecht (bv. artikel 11 RvS-wet, artikel 16 Gw.), het privaatrecht (artikel 544 BW), maar nu dus ook op grond van het grondwettelijk GBOL-beginsel.

²⁵² GwH 19 april 2012, nr. 55/2012, www.const-court.be; J. VOORTER, "Grondwettelijke eigendomsbescherming en de bouwshift: Show me the money!" in X (eds.), *Themis 116 - Publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2021, (83) 91.

²⁵³ Cass. 20 februari 2020, *TMR* 2020, afl. 4, 455.

²⁵⁴ J. VOORTER e.a., "Het GBOL-beginsel verder afgelijnd?! [Gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten]", *TMILRE* 2020, nr. 4, (455) 456.

²⁵⁵ P.J. DEFOORT, "KAN HET GBOL-BEGINSEL DIENEN ALS AANVULLENDE OF VERVANGENDE RECHTSGROND VOOR EEN TE LAGE OF ONBESTAANDE PLANSCHADEVERGOEDING?", *TROS* 2020, nr. 97, (54) 56 – 57.

In dit verband valt het op dat het GBOL-beginsel doorwerkt in het privaatrecht (als toetsingsnorm binnen de evenwichtsleer), binnen het publiekrecht²⁵⁶ en tegelijkertijd een autonome grondslag vormt voor de aansprakelijkheid van de overheid. Door deze polyvalente vertegenwoordiging van het GBOL-beginsel, zal worden nagegaan of het niet mogelijk is om het binnen de noemer van de gemeenschappelijke leer te laten vallen.

Zoals gezien in randnummer 65 veronderstelt de gemeenschappelijke leer dat publiek- en privaatrecht wezenlijk van elkaar verschillen. Voorts benadrukt de gemeenschappelijke leer, dat ondanks deze wezenlijke verschillen beide rechtstakken gemeenschappelijke punten hebben. Deze gemeenschappelijke punten overstijgen het onderscheid tussen beide rechtstakken en vallen onder de noemer van 'recht'.

131. Wat het uitgangspunt van de gemeenschappelijke leer betreft, komt dit niet uitdrukkelijk naar voren in de Belgische regeling. Sterker nog in België werd in 1961 onverkort gebruik gemaakt van het privaatrecht voor de bovenmatige burenhinder veroorzaakt door de overheid. Het is enkel vanaf 1991 dat in lichte mate naar voren komt dat het privaatrecht wezenlijk verschilt van het publiekrecht, doordat het privaatrecht rekening moet houden met de besproken publiekrechtelijke randvoorwaarden binnen de aansprakelijkheid voor bovenmatige burenhinder. M.i. is deze aanvulling van het privaatrecht een indicatie van het feit dat het privaatrecht dermate verschilt van het publiekrecht, dat het moet worden aangepast aan de publiekrechtelijke noden. Dit argument pleit dan ook in het voordeel van het uitgangspunt dat publiek- en privaatrecht wezenlijk verschillen.

In de context van de aansprakelijkheid van de overheid voor rechtmatige handelingen, komen naar Belgisch recht de gemeenschappelijke punten tussen publiek- en privaatrecht sterk naar voren. M.n. het GBOL-beginsel, vormt een gemeenschappelijk beginsel tussen beide rechtstakken. In dit verband geeft LIERMAN bijvoorbeeld (m.i. terecht) aan dat het GBOL-beginsel ten grondslag ligt van de regeling in artikel 11 RvS-wet.²⁵⁷

132. Zoals gezien in het arrest van 23 mei 1961, nr. 8595 maakt de RvS inderdaad uitdrukkelijk melding van het GBOL-beginsel in zijn beoordeling.²⁵⁸ Daarnaast ligt volgens LIERMAN het GBOL-beginsel ook ten grondslag van het zorgvuldigheidsbeginsel.²⁵⁹ Langs privaatrechtelijke zijde hebben we gezien dat het GBOL-beginsel het toetsingskader vormt binnen artikel 544 BW. Sinds 2010 staat het ook los van de publiek- en privaatrechtelijke regeling en vormt het een autonome rechtsfiguur.²⁶⁰ Als autonome rechtsfiguur kan ze van toepassing zijn, zelfs bij gebrek aan enige wettelijk vergoedingsregeling. Het GBOL-beginsel voldoet in die zin dan ook aan de karakteristieken van de gemeenschappelijke rechtsleer.

²⁵⁶RvS 23 mei 1961, nr. 8595, Arr.RvS. 1961, 445.

²⁵⁷ C.N.J. KORTMANN en S. LIERMAN, 'Het beginsel van de gelijkheid van burgers voor openbare lasten: een beginsel op de snijlijn van publiek- en privaatrecht', *TPR* 2014, afl. 2, (689) 709.

²⁵⁸RvS 23 mei 1961, nr. 8595, Arr.RvS. 1961, 445.

²⁵⁹ Dit is een van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

²⁶⁰ J. VOORTER, "Grondwettelijke eigendomsbescherming en de bouwshift: Show me the money!" in X (eds.), *Themis 116 - Publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Chartre, 2021, (83) 89 – 90.

133. De wet van 4 februari 2020 bracht de goedkeuring van het nieuw goederenrecht met zich mee, die terug te vinden is in boek 3 van het nieuw BW. Deze regeling treedt in werking op 1 september 2021. Het is nuttig om reeds na te gaan welke wijzigingen deze wet brengt op vlak van de beperkingen op het eigendomsrecht en de gevolgen die dit met zich meebrengt. Een analyse van deze nieuwe wet, de bijhorende MvT en de adviezen van de RvS kunnen nuttig zijn om na te gaan welke verhouding publiek- en privaatrecht binnenkort zullen hebben.²⁶¹

134. Het equivalent van het huidige artikel 544 BW is terug te vinden in artikel 3:50 nieuw BW, volgens dit artikel verleent het eigendomsrecht *"aan de eigenaar rechtstreeks het recht om het voorwerp ervan te gebruiken, hiervan het genot te hebben en erover te beschikken. De eigenaar heeft de volheid van bevoegdheden, behoudens de beperkingen die door wetten, verordeningen of door de rechten van derden worden opgelegd"*.

Het was echter de bedoeling om in een apart wetsartikel te voorzien die uitdrukkelijk de onteigening en eigendomsbeperking zou regelen. Artikel 3:67, §1 van het voorstel van nieuw BW zou de onteigening regelen,²⁶² terwijl het tweede paragraaf de eigendomsbeperking zou regelen. Zoals besproken zal het GBOL-beginsel relevant zijn in het kader van dergelijke eigendomsbeperkingen. Het tweede paragraaf stelde dat *"Het eigendomsrecht kan enkel worden beperkt met inachtneming van artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden en van de gelijkheid van de burgers voor openbare lasten"* (eigen benadrukking).

Er waren twee redenen om deze publiekrechtelijke regels op te nemen in het BW. In de eerste zou dit *"een volledig beeld gegeven van het eigendomsrecht"* zoals vandaag de dag van toepassing is.²⁶³ In de tweede plaats *"bestaat in omringende landen (bv. Duitsland) een dualistisch eigendomsbegrip, waarbij het constitutionele eigendomsbegrip een andere betekenis heeft dan het privaatrechtelijke eigendomsbegrip"*.²⁶⁴ Duitsland kent op vlak van het eigendomsbegrip m.a.w. een sterke *summa divisio* tussen publiek- en privaatrecht, dit is echter niet het geval voor België en het voorgestelde artikel moest dan de *"eenheid van het eigendomsbegrip"* benadrukken.²⁶⁵

135. Indien naar Belgisch recht er een uniform eigendomsbegrip bestaat, doet zich de vraag op waarom voorgestelde bepaling uiteindelijk werd geschrapt en de publiekrechtelijke beginselen (m.n. het GBOL-beginsel) niet werden opgenomen in het BW. In zijn advies van 10 juli 2018 over het voorontwerp van wet houdende invoeging van Boek 3 « Goederen » in het nieuw Burgerlijk Wetboek gaf de Raad van State aan dat het 'niet wenselijk' was om uitdrukkelijk te verwijzen naar artikel 16 Gw. en artikel 1 EP EVRM gelet op het hiërarchisch niveau van voornoemde bepalingen.

²⁶¹Wetsvoorstel van 16 juli 2019 houdende invoeging van boek 3 "Goederen" in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2019 - 2020, nr. 173-1.

²⁶² Dit artikel stelde dat: *"Het eigendomsrecht kan enkel feitelijk of formeel worden ontnomen binnen de grenzen van artikel 16 van de Grondwet en artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden"*.

²⁶³ Wetsvoorstel van 16 juli 2019 houdende invoeging van boek 3 "Goederen" in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2019 - 2020, nr. 173-1, 133.

²⁶⁴*Ibid.*

²⁶⁵ Wetsvoorstel van 16 juli 2019 houdende invoeging van boek 3 "Goederen" in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2019 - 2020, nr. 173-1, 133.

Een andere reden die de Raad van State in dit verband gaf was dat "*die werkwijze twijfel doet rijzen over het juiste juridische statuut van de regels en beginselen die uit die hogere bepalingen afgeleid worden*".²⁶⁶

Volgens de Raad van State brengt het publiekrechtelijk statuut gevolgen mee die dermate belangrijk zijn, dat ze afzonderlijk moeten worden opgenomen om twijfel omtrent dit juridisch statuut weg te nemen. Deze visie van de RvS speelt in het voordeel van de gemeenschappelijke rechtsleer, want hieruit valt af te leiden dat het uitgangspunt is dat publiek- en privaatrecht wezenlijk van elkaar verschillen.²⁶⁷ Het publieke recht heeft immers een bijzonder juridisch statuut.

136. Gelet op dit advies, is het oorspronkelijk artikel 3:67 wetsvoorstel nieuw BW dan ook geschrapt. Deze schrapping gebeurde echter niet uitsluitend op grond van het advies van de RvS, maar ook o.w.v. de wil van de wetgevers. De wetgevers achtten het immers ook niet wenselijk om de publiekrechtelijke beginselen op te nemen in het BW. SAGAERT stelt echter dat de schrapping van artikel 3:67 niet veel verandert, "*gezien de hiërarchie der normen blijven eigendomsinmengingen en -ontnemingen uiteraard wel aan die constitutionele bepalingen onderworpen*".²⁶⁸

137. De publiekrechtelijke regels (m.n. artikel 16 Gw., artikel 1 EP EVRM, artikel 10 en 11 Gw. en het GBOL-beginsel) spelen nog steeds een belangrijke rol inzake het eigendoms- en aansprakelijkheidsrecht, doch zijn nog steeds afzonderlijke opgenomen. Deze afzonderlijke opname van de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke regels doet geen afbreuk aan de verregaande vervlechting tussen beide rechtstakken op dit vlak. De visie van de wetgevers bevestigen eveneens het uitgangspunt van de gemeenschappelijke leer, waarbij publiek- en privaatrecht wezenlijk van elkaar verschillen. Desalniettemin valt uit de MvT af te leiden dat het publiekrecht wel degelijk van belang is voor de aanvulling van privaatrechtelijke leerstukken.²⁶⁹

138. In het kader van artikel 544 BW, is ook artikel 3.101 van het nieuw BW relevant. Voornoemd artikel omvat de regeling voor de burenhinder. Volgens de eerste paragraaf van dit artikel hebben naburende eigenaars "*elk een recht op het gebruik en genot van hun onroerend goed. Bij de uitoefening van hun gebruik en genot eerbiedigen ze het geschapen evenwicht door geen hinder op te leggen aan de nabuur die de normale ongemakken uit de nabuurschap overtreft en hem toerekenbaar is. Om de bovenmatigheid van de hinder te beoordelen, is rekening te houden met alle omstandigheden van het geval, zoals het tijdstip, de frequentie en de intensiteit van de hinder, de eerstingebruikneming of de publieke bestemming van het onroerend goed van waaruit de hinder wordt veroorzaakt*"

²⁶⁶ Raad van State, afdeling Wetgeving advies 63.490/2 van 10 juli 2018 over een voorontwerp van wet "houdende invoeging van Boek 3 « Goederen » in het nieuw Burgerlijk Wetboek", 104.

²⁶⁷F. VAN OMMEREN, "Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'", *Ars Aequi* 2012, (562) 566 – 567; Nederlandse Raad van State, 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB (Van Vlodrop).

²⁶⁸V. SAGAERT, "De hervorming van het goederenrecht", *TPR* 2020, nr. 1-2, (389) 510.

²⁶⁹Wetsvoorstel van 16 juli 2019 houdende invoeging van boek 3 "Goederen" in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2019 - 2020, nr. 173-1, 132 – 136.

139. Aldus vloeien drie voorwaarden voort om tot burenhinder te komen. Bij de invulling van deze drie voorwaarden, die we hierna gaan bespreken, valt het op dat de wetgevers bijzondere aandacht hebben gegeven aan de publiekrechtelijke context. De eerste voorwaarde is dat er sprake moet zijn van een nabuurschap. In tegenstelling tot de huidige regeling zal de leer van de burenhinder echter volledig los worden gemaakt van het eigendomsrecht. Deze loskoppeling zal o.a. betrekking hebben op het toepassingsgebied.²⁷⁰ Uit de MvT valt af te leiden dat het beschikken over een attribuut van het eigendomsrecht voldoende is aansprakelijk te worden gesteld of iemand aansprakelijk te stellen. Het beschikken over dit attribuut is mogelijk via een persoonlijke of zakelijk recht, maar ook op grond van een overeenkomst of een wettelijke grondslag kan men beschikken over dergelijke attribuut.²⁷¹ SAGAERT geeft in dit verband aan dat *"ook een huurder, bruiklenner, concessiehouder, vruchtgebruiker, erfpachter, opstalhouder, enz. kan dus aansprakelijk gesteld worden, of iemand anders aansprakelijk stellen, op grond van bovenmatige burenhinder"*.²⁷²

De tweede voorwaarde is dat er de hinder toerekenbaar moet zijn. Op dit vlak zijn er geen wezenlijke wijzigingen die relevant zijn voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. Het principe is nog steeds dat het gaat om een foutloze aansprakelijkheid.²⁷³

De derde voorwaarde is dat er sprake moet zijn van een bovenmatige hinder. De normale ongemakken van nabuurschap moeten in dit verband worden overstegen. Het betreft een feitenkwestie die geval per geval zal moeten worden beoordeeld. In dit verband geeft artikel 3.101 nieuw BW en de werkzaamheden die vooraf zijn gegaan aan de totstandkoming van dit artikel, duidelijk weer hoe publiek- en privaatrecht elkaar beïnvloeden. In de eerste plaats valt het namelijk op dat de publieke bestemming van een goed in aanmerking wordt genomen als criterium om het bovenmatig karakter van de hinder te beoordelen.

Hiermee is er een definitief einde aan de discussie omtrent de toepasselijkheid van de evenwichtsleer, binnen de verhouding tussen privaat en openbaar domein.²⁷⁴

De wet is echter relatief beknopt mbt deze publiekrechtelijke nuance bij de beoordeling van het bovenmatig karakter van de hinder. De adviezen van de RvS verduidelijken evenwel het toepassingsgebied van de publiekrechtelijke nuance. Voorheen bepaalde de wet dat de rechter 'in voorkomend geval' rekening moest houden met de publieke bestemming van een goed. De RvS verzette zich (m.i. terecht) hevig tegen deze formulering en stelde vast dat:

²⁷⁰ Voor het overige is er volgens SAGAERT ook een loskoppeling op structureel vlak en op vlak van wettelijke grondslag.

²⁷¹Wetsvoorstel van 16 juli 2019 houdende invoeging van boek 3 "Goederen" in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2019 - 2020, nr. 173-1, 146.

²⁷²V. SAGAERT, "De hervorming van het goederenrecht", *TPR* 2020, nr. 1-2, (389) 534.

²⁷³V. Sagaert, "Verantwoordelijkheid en eigendom: het aansprakelijkheidsrecht op zijn kop?", in *Verantwoordelijkheid en recht*, Antwerpen, Kluwer, 2008, 41-83.

²⁷⁴S. STIJNS en H. VUYE, "Burenhinder: een toepassing van het gelijkheidsbeginsel, dan wel van de evenwichtsleer? Bedenkingen in het licht van de verant - woordingsverplichting van het Hof van Cassatie" in *Vigilantibus Ius Scriptum. Feestbundel voor H. Vandenbergh*e, Brugge, Die Keure, 2007, 289-303.

"in de context van de hinder die uit openbare werken voortvloeit, de woorden ", in voorkomend geval," geschrapt worden. De rechter is immers verplicht rekening te houden met de publieke bestemming van het goed en met de invloed van het algemeen belang met betrekking tot het goed, wat krachtens het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten een invloed heeft zowel op de beoordeling van het abnormale karakter van de hinder als op het bedrag van de schade.

Het dispositief zou aldus geherformuleerd moeten worden dat wanneer de hinder het gevolg is van openbare werken, altijd rekening gehouden dient te worden met de publieke bestemming van het goed en de invloed van het algemeen belang met betrekking tot het goed."

140. De publiekrechtelijke invloed op de privaatrechtelijke aansprakelijkheidsregeling (binnenkort op grond van artikel 3.101 nieuw BW), zal voor een deel uitdrukkelijk voorhanden zijn. Artikel 3.101 nieuw BW stelt immers vast dat de rechter bij de beoordeling van het bovenmatig karakter van de hinder, maar ook bij het vaststellen van het bedrag van de vergoeding, rekening moet houden met de publieke bestemming van een goed. Uit de MvT en de adviezen van de RvS blijkt evenwel dat de invloed van de publiekrechtelijke beginselen evenwel verder gaat, dan de formulering in de wet doet vermoeden.²⁷⁵ Zo impliceert de overweging m.b.t. de publieke bestemming, dat de rechter ook rekening moet houden met de invloed van het algemeen belang van het goed. Dit algemeen belang vloeit voort uit het GBOL-beginsel, die een impliciet toetsingskader vormt voor de beoordeling van het bovenmatig karakter van de hinder.

141. Binnen deze context van de aansprakelijkheid voor de rechtmatige handelingen van de overheid kan ten slotte worden aangegeven dat de redacteurs van boek 3 nieuw BW, zich bewust zijn over de publiekrechtelijke doorwerking in het privaatrecht. Gelet op deze doorwerking merken we op dat het initieel de bedoeling was om publiekrechtelijke regels en beginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel, artikel 1 EAP EVRM, artikel 16 GW. en het GBOL-beginsel, dan ook uitdrukkelijk op te nemen in boek 3 van het nieuw BW. Dergelijke bepaling in boek 3 moest gestalte geven aan de publiekrechtelijke dimensie van het eigendomsrecht.

Uiteindelijk is deze verwijzing niet opgenomen o.w.v. i.) kritiek van de RvS, die benadrukt dat dergelijke verwijzing twijfel doet ontstaan over het juiste juridisch statuut van voornoemde beginselen en ii.) o.w.v. de wil van de wetgever, die het niet wenselijke acht om te verwijzen naar deze publiekrechtelijke beginselen, in het BW. Hieruit kunnen we afleiden dat ook bij boek 3 nieuw BW de gemeenschappelijke rechtsleer nog steeds past binnen de regeling. Op niveau van de uitwerking valt de Belgische regeling binnen de noemer van de gemengde leer, waarbij de privaatrechtelijke leerstukken nog steeds publiekrechtelijke invloeden ondergaan.

²⁷⁵Wetsvoorstel van 16 juli 2019 houdende invoeging van boek 3 "Goederen" in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2019 - 2020, nr. 173-1, 146; Raad van State, afdeling Wetgeving advies 63.490/2 van 10 juli 2018 over een voorontwerp van wet "houdende invoeging van Boek 3 « Goederen » in het nieuw Burgerlijk Wetboek", 105.

Hoofdstuk 4: De overheid als actor binnen het privaatrecht

142. In dit hoofdstuk zal worden onderzocht of het in de publiekrechtelijke context wel mogelijk is om gebruik te maken van het privaatrecht. Dit zal worden onderzocht binnen het overeenkomstenrecht en het aansprakelijkheidsrecht (i.e. kostenverhaal door de overheid). Volgens een meerderheid van de rechtsleer zou dit mogelijk op grond van artikel 1123 BW en de voorwaarden van de tweewegenleer. Een minderheid van de rechtsleer benadrukt echter dat artikel 1123 BW een onvoldoende grondslag is voor het optreden door de uitvoerende macht gelet op het wettigheidsbeginsel. Voor dergelijke gebruik van het privaatrecht zal ook de Nederlandse regeling worden besproken waarbij de Nederlandse rechtspraak van de Hoge Raad van aanzienlijk belang is. Te denken valt aan de rechtspraak van de Hoge in de zaken *Windmill*, *De Pina*, *Lelystad*, *Brandweerkosten*, *Bloemenmarkt Amsterdam*, enz. Dit hoofdstuk moet duidelijk maken of er sprake is van een *summa divisio*, waarbij de Belgische Staat geen gebruik zou kunnen maken van de privaatrechtelijke weg als actor, dan wel of er sprake is van een verving waarbij ook de privaatrechtelijke weg open staat voor de Staat. In de hypothese dat het mogelijk zou zijn om gebruik te maken van de privaatrechtelijke instrumenten, zal ook worden nagegaan onder welke voorwaarden dit mogelijk is.

Er is ook een luik voor het onderzoek naar de rol van publiekrechtelijke regels en beginselen binnen het privaatrecht (in de hypothese dat er sprake is van een verving). Voor dit luik zal worden eveneens worden gekeken naar de beleidsovereenkomsten, arbeidsovereenkomsten en het kostenverhaal door de overheid. De bespreking van deze twee overeenkomsten moeten het mogelijk maken om na te gaan in welke mate de publiekrechtelijke regels en beginselen doorwerken bij het privaatrechtelijk optreden van de overheid. Hieruit moet het mogelijk zijn om te kwalificeren wat de verhouding tussen publiek- en privaatrecht is wanneer de overheid optreedt als actor binnen het privaatrecht.

4.1. Overeenkomstenrecht

4.1.1. Gebruik van privaatrecht door de overheid naar Nederlands recht

4.1.1.1. Grondslag voor gebruik van privaatrecht

143. Volgens HUISMAN en VAN OMMEREN betreft de discussie van de tweewegenleer de "*de vraag of en in hoeverre de overheid de ruimte heeft om in plaats van of in aanvulling op het publiekrecht voor de privaatrechtelijke weg te kiezen*".²⁷⁶

²⁷⁶ P. HUISMAN en VAN OMMEREN, "De bijzondere positie van de overheid in het Nederlandse privaatrecht De tweewegenleer en het overheidsovereenkomstenrecht" in D. ASSER, *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen 2015. Overheidscontracten. Verdedigingsrechten van rechtspersonen in het strafproces. De rechter en de rechtsgronden*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2015, (83) 88.

Naar Nederlands recht is het hierbij van belang om een onderscheid te maken tussen de situatie vooraf aan en in navolging van het Windmill-arrest. Voor het Windmill-arrest, nam de Nederlandse rechtspraak aan dat het de overheid toegelaten is om gebruik te maken van het privaatrecht.²⁷⁷ Uit het Kruseman-arrest van 1962 blijkt echter dat dit gebruik van het privaatrecht niet toegelaten is indien er sprake was van een uitdrukkelijke *wettelijke belemmering, misbruik van bevoegdheid of feitelijke machtspositie*.²⁷⁸

Tot aan het Windmill-arrest werd in Nederland hoofdzakelijk de 'gemene rechtsleer' aangehangen. VAN SCHOLTEN die een gezaghebbende auteur is binnen aanhangers van de gemene rechtsleer geeft aan dat het bestuursrecht in weze niet van andere aard is dan het privaatrecht, waar het bestuursrecht de ruimte laat kan dan ook het privaatrecht worden gebruikt.²⁷⁹ Volgens VAN SCHOLTEN verschilt het staatsrecht in weze van de andere rechtscategorieën, doordat dit hoofdzakelijk organisatierecht is. Het bestuursrecht verschilt daarentegen niet wezenlijk van het privaatrecht, waardoor bij gebrek aan bestuursrechtelijke regeling de overheid gebruik kan maken van het privaatrecht aangezien beide rechtscategorieën in weze toch niet van elkaar verschillen.²⁸⁰

Zelfs tot vandaag de dag is deze 'gemene rechtsleer' relevant in Nederland. VAN OMMEREN geeft als voorbeeld aan dat de burgerlijke rechter het privaatrechtelijke artikel 6:162 van het Nederlands BW dient toe passen voor de aansprakelijkheid van de overheid voor onrechtmatige handelingen, tenzij er een specifieke publiekrechtelijke afwijking bestaat.²⁸¹

Als tweede voorbeeld verwijst VAN OMMEREN naar de overeenkomst met de overheid, hierop zijn opnieuw de privaatrechtelijke regels van toepassing zoals voorzien in artikel 6:213 en verder NBW, tenzij er een specifieke publiekrechtelijke afwijking bestaat.²⁸²

De laatste twee decennia voorafgaand aan het *Windmill*-arrest nam de kritiek op de gemene rechtsleer gestaag toe. De kritiek was dat het gebruik van privaatrecht kan leiden tot doorkruising van de bevoegdheidsverdelende regels. Het gebruik van privaatrecht zou de publiekrechtelijke waarborgen op het vlak van de inspraak van burgers, adviesprocedure's en openbaarheid miskennen. De publiekrechtelijke regels zouden specifieke waarborgen bieden aan de burgers bij een eventueel geschil met de overheid, dergelijke waarborgen voor de burgers in verhouding met de overheid zouden niet aanwezig in het privaatrecht. Ten slotte kan het privaatrecht de overheid meer rechten en vrijheden toekennen dan het publiekrecht zou toelaten.²⁸³

²⁷⁷ *Ibid*, (83) 89 – 90.

²⁷⁸ HR 13 april 1962, ARB 1962, p. 487 m.nt. J.R. Stellinga, AB Klassiek 2003/9 m.nt. D.A. Lubach.

²⁷⁹ P. SCHOLTEN, *Algemeen deel*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willing, 1974, 31 – 33.

²⁸⁰ *Ibid*, 33.

²⁸¹ P. HUISMAN en VAN OMMEREN, "De bijzondere positie van de overheid in het Nederlandse privaatrecht De tweewegenleer en het overheidsovereenkomstenrecht" in D. ASSER, *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen 2015. Overheidscontracten. Verdedigingsrechten van rechtspersonen in het strafproces. De rechter en de rechtsgronden*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2015, (83) 88 – 89.

²⁸² F. VAN OMMEREN, "Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'", *Ars Aequi* 2012, (562) 563 – 564.

²⁸³ VNG, *De doorkruisingsleer in perspectief*, 2010, <https://vng.nl/publicaties/de-doorkruisingsleer-in-perspectief>, 115.

3.1.1.2. Windmill-arrest

144. De Hoge Raad gaf grotendeels gehoor aan voornoemde bezwaren en stelde zijn criteria voor het gebruik van het privaatrecht door de overheid grondig bij in het *Windmill*-arrest van 26 januari 1990. De doorkruisingsleer impliceert echter niet dat de tweewegenleer volledig verlaten is. Het is de overheid nog steeds toegelaten om gebruik te maken van het privaatrecht, de voorwaarde waaronder ze dit kan doen zijn echter verstrengd door de doorkruisingsleer.²⁸⁴

De feiten van het *Windmill*-arrest waren als volgt. Op de Nieuwe Waterweg die eigendom was van de Nederlandse Staat, loosde het bedrijf *Windmill Holland* afvalgips. *Windmill Holland* had hiertoe de vereiste (privaatrechtelijke) vergunning en conform deze vergunning kreeg de Nederlandse Staat ook een vergoeding voor deze lozing. De overheid had echter ook de mogelijkheid om een beroep te doen op de Wet betreffende de verontreiniging van oppervlaktewateren om een (publiekrechtelijke) heffing op te leggen.²⁸⁵ De vraag voor de Hoge Raad was dan of de overheid gebruik mocht maken van het privaatrecht voor de heffing.

Volgens de Hoge Raad moet vooreerst worden onderzocht of de wet in kwestie, de algemene gebruiken, of eerdere rechtspraak een antwoord bieden omtrent de toelaatbaarheid van de privaatrechtelijke weg voor de overheid. Dit is de zogenaamde voorafgaande vraag. Indien het antwoord positief is, moet die regel worden gevolgd.

Bij gebrek aan antwoord omtrent de toelaatbaarheid dienen de 3 volgende criteria te worden onderzocht om vast te stellen of er sprake zou zijn van een *onaanvaardbare doorkruising* van het publiekrecht:

"1.) *De inhoud en strekking van de regeling,*

2.) de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van burgers zijn beschermd,

3.) of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken".²⁸⁶

Van belang hierbij is dat het niet gaat om cumulatieve voorwaarden. De Hoge Raad geeft wel aan dat indien aan de derde criteria is voldaan, dit een sterke indicatie is dat er geen plaats is voor het privaatrecht. Ten slotte geeft de Hoge Raad aan dat de eerste twee criteria '*tegen de achtergrond van de overige geschreven en ongeschreven regels van publiek recht*' moeten worden beoordeeld.²⁸⁷ Indien er gelet op voornoemde criteria sprake zou zijn van een *onaanvaardbare doorkruising*, dan is het privaatrechtelijk instrument niet toegelaten. Het is dus niet uitgesloten dat een doorkruising mogelijk is, zolang deze niet onaanvaardbaar is.

²⁸⁴ F. VAN OMMEREN, "Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'", *Ars Aequi* 2012, (562)563 – 564.

²⁸⁵ HR 26 januari 1990, *NJ* 1991/393, *AB* 1990/408 m.nt. G.P. Kleijn, *AB Klassiek* 2009/15 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Ibid.*

4.1.1.3. Verfijning doorkruisingsleer

145. In de jaren volgend op het Windmill-arrest heeft de Hoge Raad de invulling van voornoemde criteria verduidelijkt.

Met betrekking tot de voorafgaande vraag kan worden gewezen op het arrest-*Lelystad*. Uit dit arrest blijkt dat in Nederland niet exclusief rekening wordt gehouden met de eventuele wettelijke regeling omtrent de toelaatbaarheid van het gebruik van privaatrecht, maar bijvoorbeeld ook met de vaststaande praktijk.

In dit arrest was de vraag of de overheid gebruik mocht maken van een erfpachtovereenkomsten om de voorwaarden m.b.t. grondgebruik vast te leggen indien ze deze voorwaarde ook kan vastleggen d.m.v. een bestemmingsplan op grond van de publiekrechtelijke wet op de ruimtelijke ordening. Voornoemde wet bepaalde niets omtrent het gebruik van privaatrecht, ondanks een recente wijziging die het heeft ondergaan. Uit de vaste praktijk blijkt echter dat de overheid al jarenlang gebruik maakt van het privaatrecht(in het bijzonder erfpachtovereenkomsten) om de voorwaarden voor het grondgebruik vast te leggen. Aangezien de wetgever op de hoogte was van deze praktijk en bij de wetwijziging geen verbod heeft opgenomen voor het gebruik van het privaatrecht, oordeelde de Hoge Raad dat het gebruik van privaatrecht o.b.v. de wil van de wetgever en de vaststaande praktijk toegelaten is.²⁸⁸

Indien de toelaatbaarheid van het privaatrecht blijkt uit de regeling in kwestie, moet worden overgegaan naar de beoordeling van de drie criteria. Het eerste criteria betreft de *inhoud en strekking van de regeling*. De zaak *De Pina Helmond* had betrekking op de vraag naar het gebruik van het eigendomsrecht (privaatrechtelijk) om woonwagens die een foutieve standplaats hebben ergens anders over te brengen of weg te sturen. De gemeente kon immers ook gebruik maken van artikel 10 van de woonwagenwet om deze foutieve standplaats te beteugelen. De Hoge Raad oordeelde dat (i.t.t. arrest-*Lelystad*) niet uit de regeling (de woonwagenwet) kan worden waargenomen of het gebruik van het privaatrecht toegestaan is. *A fortiori* besluit de Hoge Raad dat het voor de beantwoording van voornoemde vraag beslissend is:

*"gebruikmaking van het eigendomsrecht de regeling van de Woonwagenwet op onaanvaardbare wijze doorkruist"*²⁸⁹

Bij negatieve beantwoording van de voorafgaande vraag, kan worden overgegaan op de beoordeling van de drie criteria. In dit arrest legde de Hoge Raad bij de beoordeling van het eerste criteria vooral de nadruk op de *ratio legis* van de Woonwagenwet en de specifieke waarborgen die de wetgever vooropstelde voor woonwagenbewoners.²⁹⁰

²⁸⁸ HR 8 juni 1991, AB 1991/659 m.nt. F.H. van der Burg, NJ 1991/691 m.nt. M. Scheltema; P. HUISMAN en VAN OMMEREN, "De bijzondere positie van de overheid in het Nederlandse privaatrecht De tweewegenleer en het overheidsovereenkomstenrecht" in D. ASSER, *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen 2015. Overheidscontracten. Verdedigingsrechten van rechtspersonen in het strafproces. De rechter en de rechtsgronden*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2015, (83)118.

²⁸⁹ HR 9 juli 1990, AB 1990/547 m.nt. G.P. Kleijn, NJ 1991/394 m.nt. M. Scheltema; A. BREGMAN, R. KONING en R. DE WIN, *Juridisch handboek gebiedsontwikkeling*, Den Haag, Instituut voor bouwrecht, 2017, 27 – 28.

²⁹⁰ *Ibid.*

Een ander arrest dat duidelijk het belang van het eerste criteria weergeeft is het brandweerkosten-arresten. In deze zaak trachtte de overheid om de kosten die de brandweer heeft gemaakt ten behoeve van een burger a.d.h.v. privaatrechtelijke regels te verhalen op diezelfde burger. De brandweerwet bood geen antwoord voor de voorafgaande vraag. De Hoge Raad leidde evenwel af dat het gebrek aan uitdrukkelijke bepaling in de brandweerwet, valt te verklaren vanuit de *ratio legis*.²⁹¹

De wetgever wou bewust vermijden dat de overheid de door de brandweer gemaakte kosten zou verhalen op de burger. Dergelijke mogelijkheid tot verhaal zou er immers toe leiden dat de burger de brandweer minder zal oproepen, hetgeen nadelige risico's met zich mee kan brengen. Voorts oefent de brandweer een kerntaak van de overheid uit, waardoor de aangemaakte kosten van ondergeschikt belang zijn. Door deze duidelijke wil van de wetgever om de kosten niet aan te rekenen op de burgers, oordeelt de Hoge Raad dat het niet de bedoeling kan zijn om de ratio legis te omzeilen door gebruik te maken van het privaatrecht, dit zou immers een onaanvaardbare doorkruising opleveren.²⁹²

146. Hierbij moet wel worden benadrukt dat het handelen van de brandweer in uitvoering van de brandweerwet was, indien de brandweer taken uitoefent buiten deze brandweerwet is het mogelijk dat deze buiten de kerntaken van de overheid vallen. In deze hypothese kan de overheid over een verhaalsmogelijkheid beschikken.²⁹³ Bij de beoordeling van het tweede criterium (*de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van burgers zijn beschermd*) zijn drie facetten van belang.

In de eerste plaats moet worden nagegaan welke materiële waarborgen de publiekrechtelijke regels bieden. Bij de bespreking van het De Pina-arrest bood de woonwagenwetgeving bijvoorbeeld bijzondere waarborgen voor de woonwagenbewoners (nl. de toestemming van de bevoegde deputatie), terwijl een gelijkaardige waarborg niet aanwezig was in het privaatrecht. Het omgekeerde is echter ook mogelijk, zo kunnen privaatrechtelijke instrumenten meer voordelen brengen voor de burger.²⁹⁴

Het bloemenmarkt-arrest vormt een duidelijk illustratie van deze omgekeerde mogelijkheid. Aanvankelijk maakte de overheid in Amsterdam gebruik van publiekrechtelijke instrumenten om de bloemenmarkt te reguleren. Een aanzienlijk nadeel van dit regime was dat het voor de vergunninghouders op de bloemenmarkt niet mogelijk was om een lening bij de bank te bekommen. De privaatrechtelijke rechtsfiguur van de erfpacht bood deze mogelijkheid wel aan.

²⁹¹ HR 11 december 1992, AB 1993/301; P. HUISMAN en VAN OMMEREN, "De bijzondere positie van de overheid in het Nederlandse privaatrecht

De tweewegenleer en het overheidsovereenkomstenrecht" in D. ASSER, *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen 2015. Overheidscontracten. Verdedigingsrechten van rechtspersonen in het strafproces. De rechter en de rechtsgronden*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2015, (83)97.

De tweewegenleer en het overheidsovereenkomstenrecht, 97 – 98.

²⁹² HR 11 december 1992, AB 1993, 301.

²⁹³ Utrecht 12 maart 2008, LJV BC7477.

²⁹⁴ HR 9 juli 1990, AB 1990/547 m.nt. G.P. Kleijn, NJ 1991/394 m.nt. M. Scheltema.

In dit geval mocht de overheid dan ook een erfpachtovereenkomst sluiten met de uitbaters. Diezelfde uitbaters konden hierdoor te nodige liquiditeit bekomen om hun activiteiten beter uit te oefenen.²⁹⁵

In de tweede plaats moet binnen de bevoegdheidsverdelende regels worden nagegaan welke overheidsinstantie en op welke wijze deze overheidsinstantie de belangen van de burgers beschermd. Het De Pina-arrest kan dit criteria veruidelijken. De gemeente had de toestemming van de bestendige deputatie nodig, het is op die wijze dat ze krachtens de bevoegdheidsverdelende regels haar bevoegdheid moet uitoefenen. Indien de gemeente het eigendomsrecht zou hanteren, zou ze de bevoegdheidsverdelende regels omzeilen en de bestendige deputatie ontwijken hetgeen een onaanvaardbare doorkruising zou uitmaken.²⁹⁶

Ten slotte moet nog rekening worden gehouden met de bescherming van de burger op procesrechtelijk vlak. Hierbij kan verwezen worden naar het reeds besproken Windmill-arrest. Het opleggen van een publiekrechtelijke heffing via de Wet betreffende de verontreiniging van oppervlaktewateren brengt met zich mee dat de belastingrechter bevoegd zou zijn. Voornoemde rechter zou echter niet bevoegd zijn indien de privaatrechtelijke weg van toepassing zou zijn, hetgeen een vermindering van de rechtsbescherming voor de burger impliceert.²⁹⁷

Het laatste criterium gaat na of de overheid via de publiekrechtelijke weg hetzelfde resultaat kan bekomen die de privaatrechtelijke weg zou opleveren. Zo oordeelde de Hoge Raad dat de woonwagenwet hetzelfde resultaat zou opleveren als de uitzetting o.b.v. eigendomsrecht, nl. de verplaatsing van de woonwagens in kwestie.²⁹⁸

4.1.2. Doorwerking publiekrecht bij gebruik van privaatrecht

147. Indien geen onaanvaardbare doorkruising voorhanden is, zal de overheid een privaatrechtelijke overeenkomst kunnen sluiten. Het feit dat de Staat gebruik maakt van de privaatrechtelijke weg, belet niet dat ze publiekrechtelijke regels moet naleven. De Hoge Raad bevestigde deze doorwerking van publiekrechtelijke regels bij het gebruik van een privaatrechtelijk instrument in zijn arrest van 27 maart 1987. Ikon BV had een erfpacht verworven op een perceel in de gemeente Amsterdam. Het perceel had als bestemming 'een woongebied'. Ikon BV had echter via een toestemming van de gedeputeerde staten, het perceel gebruikt voor bedrijfsruimte. De gemeente Amsterdam was van mening dat sprake was van een inbreuk op het bestemmingsplan, ze spant dan ook een procedure aan tegen Ikon BV. Ikon BV hanteert als verweer dat er een inbreuk is op de abbb's, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel. Volgens Ikon BV viseert de gemeente Amsterdam haar, terwijl ze tegen soortgelijke gevallen geen procedure gaat instellen.²⁹⁹

²⁹⁵ ABRvS 13 januari 2000, JB 2000, 27.

²⁹⁶ HR 11 december 1992, AB 1993/301; P. HUISMAN en F. VAN OMMEREN, *De bijzondere positie van de overheid in het Nederlandse privaatrecht*, 97.

²⁹⁷ HR 26 januari 1990, NJ 1991/393, AB 1990/408 m.nt. G.P. Kleijn, AB Klassiek 2009/15 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens

²⁹⁸ HR 11 december 1992, AB 1993/301; P. HUISMAN en F. VAN OMMEREN, *De bijzondere positie van de overheid in het Nederlandse privaatrecht*, 97.

²⁹⁹ HR 27 maart 1987, AB Klassiek 2009/13 m.nt. M. Scheltema (Amsterdam/Ikon).

In eerste aanleg krijgt de gemeente Amsterdam gelijk, in beroep Ikon BV. De zaak komt uiteindelijk voor de Hoge Raad. De Hoge oordeelt dat de overheid zelfs binnen de privaatrechtelijke weg, nog steeds gebonden is aan de publiekrechtelijke regels (waaronder de abbb's die op zijn beurt het gelijkheidsbeginsel omvat). Deze overweging vertaalde zich in volgende wijze: *"overheidslichaam behoort bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden uit een erfpachtsverhouding de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – en derhalve ook het gelijkheidsbeginsel als één van die beginselen – in acht te nemen"*.³⁰⁰

Dit arrest was een belangrijke reden voor aanvullingen in het Nederlands BW en de algemene wet bestuursrecht. In de eerste plaats werd artikel 3:14 Nederlands BW aangenomen. Dit artikel geeft aan dat *"een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven rechten van publiekrecht"*. Dit betreft een ruime formulering want de burgerlijke rechter zal de privaatrechtelijke handeling niet enkel kunnen toetsen aan de publiekrechtelijke beginselen die uitdrukkelijk zijn opgenomen in wetgeving (bijvoorbeeld de abbb's opgenomen in het awb), maar ook aan de ongeschreven publiekrechtelijke regels.³⁰¹ In de tweede plaats kan worden verwezen naar artikel 3:1, lid 2 awb krachtens dewelke *"op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten, de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 van overeenkomstige toepassing zijn, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet"*.³⁰²

148. Het gevolg van deze rechtspraak en wetgevende aanvullingen, is dat er in de praktijk geen sprake is van een zuivere scheiding tussen publiek- en privaatrecht. De staat zal zelfs bij gebruik van de privaatrechtelijke weg nog steeds onderworpen zijn aan de publiekrechtelijke regels. Artikel 6:2 en 6:248 Nederlands BW omvatten bijvoorbeeld het redelijkheidsbeginsel en het billijkheidsbeginsel. Deze rechtsregels zullen echter via het artikel 3:14 Nederlands BW en artikel 3:1 lid 2 awb dus worden getoetst aan de publiekrechtelijke invulling van voornoemde beginselen.³⁰³

149. In die zin kan moeilijk worden volgehouden dat op dit vlak sprake is van een zuivere scheiding tussen publiek- en privaatrecht, m.i. kan op dit vlak beter aansluiting worden gevonden bij de gemengde leer. M.i. is de rechtspraak van de Hoge Raad in de Ikon v Amsterdam zaak een duidelijke aansluiting van de rechtspraak bij de gemengde leer. Belangrijker is echter de wettelijke erkenning van de gemengde leer, artikel 3:14 BW en 3:1, lid 2 awb geven duidelijk aan dat publiekrecht nog steeds zal doorwerken bij het gebruik van privaatrechtelijke instrumenten.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ R.J. BOOGERS, "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijk overheidshandelen", *Tijdschrift voor praktisch bestuursrecht* 2014, nr. 4, (8) 8 – 9.

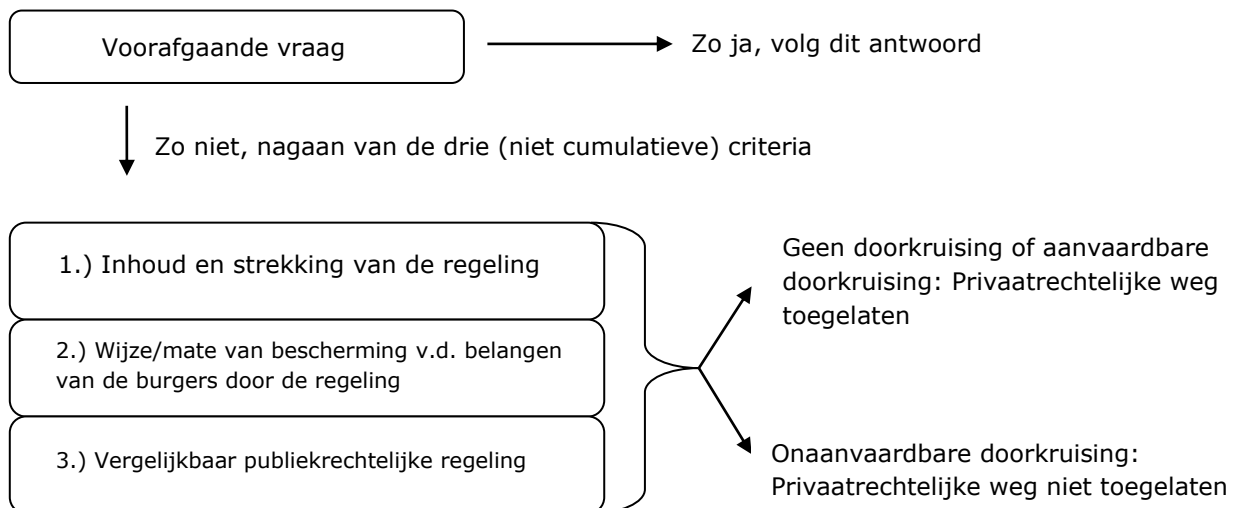
³⁰² Andere handelingen dan bestuurshandelingen doelt dus o.a. op privaatrechtelijke handelingen door de overheid.

³⁰³ M. W. SCHELTEMA, "Doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht in drievoud", *Vermogensrechtelijke Analyses*, 2009, (12) 37 – 39.

Bij de onderbouwing van de gemengde leer verwijst VERHEIJ ook naar voornoemde argumenten, hij geeft aan dat "De onverkorte doorwerking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten (...) in privaatrechtelijke verhoudingen met de overheid is inmiddels geheel onomstreden. Bovendien worden deze publiekrechtelijke normen niet meer indirect, als 'invulling' van open privaatrechtelijke normen toegepast, maar gewoon rechtstreeks".³⁰⁴

Nederland: Overheid als actor binnen het privaatrecht?

→ Mogelijk, mits voldoening aan de voorwaarden van de doorkruisingsleer



4.1.3. Gebruik van privaatrecht door de overheid naar Belgisch recht

4.1.3.1. Grondslag voor het gebruik van privaatrecht

150. De zojuist besproken Nederlandse tweewegenleervormde de inspiratie voor de discussie omtrent het gebruik van privaatrecht door de overheid als actor in België. Hierbij wees VAN GERVEN erop dat binnen de Belgische rechtsleer er bij de discussie omtrent het gebruik van de tweewegenleer, er over het algemeen zonder moeilijkheden, wordt aanvaard dat de overheid de keuzevrijheid heeft omtrent het gebruik van een privaatrechtelijke dan wel publiekrechtelijk instrument, voor de verwezenlijking van doelstellingen van algemeen belang. Dit zou zelfs mogelijk zijn zonder uitdrukkelijke wettelijke machtiging.³⁰⁵

Deze zienswijze ligt echter gevoelig in de context van de bevoegdheidsverdeling en in het bijzonder het legaliteitsbeginsel. De deelstaten mogen in dit verband slechts optreden in de materie waarvoor ze bevoegd zijn en dit binnen hun territorium. Volgens artikel 105 Gw. beschikt de uitvoerende macht slechts over toegewezen bevoegdheden, terwijl de wetgever beschikt over de residuaire bevoegdheid: "De koning heeft geen andere macht, dan die welke de Grondwet en de bijzondere wetten, krachtens de Grondwet zelf uitgevaardigd, hem uitdrukkelijk toekennen".

³⁰⁴ *Ibid*, (12) 40 – 41.

³⁰⁵ W. VAN GERVEN, "beleidsvereenkomsten", *Academiae Anallecta* 1984, (39) 52.

Dit brengt met zich mee dat het optreden van de overheid steeds een grondwettelijke of wettelijke grondslag moet hebben.³⁰⁶

Daarnaast moet het optreden van de overheid o.b.v. artikel 108 Gw. in overeenstemming zijn met de "wetten" en het recht in het algemeen: "*De Koning maakt de verordeningen en neemt de besluiten die voor de uitvoering van de wetten nodig zijn, zonder ooit de wetten zelf te mogen schorsen of vrijstelling van hun uitvoering te mogen verlenen*". THEUNIS spreekt in dit verband van het optreden *op grond van het recht* en dit binnen *binnen de grenzen van het recht*.³⁰⁷

151. Het gebruik van privaatrechtelijke instrumenten is dus mogelijk indien de wetgever hiervoor een uitdrukkelijke wettelijke basis voorziet. Dit komt m.i. duidelijk tot uiting in de overheidsopdrachtenwet van 17 juni 2016.³⁰⁸ Hier is het bijvoorbeeld duidelijk dat een overheidsopdracht een *overeenkomst onder bezwarende titel* betreft, die betrekking heeft op het *uitvoeren van werken, het leveren van producten of het verlenen van diensten*.³⁰⁹ Deze wet omvat dan ook meerdere machtigingen aan de Koning om de wet verder uit te werken. Zo bepaalt artikel 11 overheidsopdrachtenwet bijvoorbeeld dat de Koning *voor de door Hem te bepalen opdrachten, een herzieningsmechanisme uit voor het geval van ontwrichting van het contractueel evenwicht indien deze herziening het gevolg is van onvoorzienbare omstandigheden*. Een ander duidelijk voorbeeld van een machtiging is artikel 86 van de overheidsopdrachtenwet, waarbij de Koning *de algemene uitvoeringsregels voor de overheidsopdrachten bepaalt, met inbegrip van de regels inzake onderaanneming en, voor de door Hem te bepalen opdrachten, het nazicht op het ontbreken van uitsluitingsgronden in hoofde van de onderaannemers en de bepalingen omtrent het einde van de opdracht*.

Dergelijke wetgevende basis voor het gebruik van privaatrechtelijk instrumenten door de overheid brengt m.i. twee belangrijke voordelen met zich mee. Vooreerst brengt dergelijke wetgevende basis de eerbiediging van het legaliteitsbeginsel *a fortiori* het beginsel van de democratische legitimiteit met zich mee, doordat de overheid gaat optreden binnen de door de wetgever voorziene gevallen en hierbij rekening zal moeten houden met de grenzen die de wetgever stelt. In de tweede plaats brengt dergelijke wetgevende basis ook een verbetering met zich mee op vlak van de rechtszekerheid. In de hypothese dat de overheid kan optreden zonder duidelijke wetgevende basis, zullen de partijen bij de overeenkomst meer moeilijkheden ondervinden bij hun onderlinge verhouding bij de overeenkomst, terwijl partijen bijvoorbeeld a.d.h.v. overheidsopdrachtenwet al meer kunnen weten over bijzondere bepalingen omtrent de onderlinge verhouding. In de memorie van toelichting bij de overheidsopdrachtenwet is dan ook aangegeven dat "*een aantal basisbegrippen en -concepten werden eveneens verduidelijkt met het oog op een grotere rechtszekerheid*".³¹⁰

³⁰⁶ J. VANDE LANOTTE e.a., *Belgisch publiekrecht (Boekdelen 1 en 2)*, Brugge, die Keure / la Charte, 2015, 883.

³⁰⁷ J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid : onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge, Die Keure, 2011, 9.

³⁰⁸ Wet van 17 juni 2016 betreffende de overheidsopdrachten (hierna: overheidsopdrachtenwet), *BS* 14 juli 2016.

³⁰⁹ Art. 2, 17° overheidsopdrachtenwet.

³¹⁰ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 4 januari 2016 inzake overheidsopdrachten, Parl.St. Kamer, 2015 – 16, nr. 1541/001, 5.

Maar wat indien er niet is voorzien in een specifieke wetgevende basis voor het optreden van de overheid, met gebruik van privaatrechtelijke instrumenten? Is er in deze hypothese van een *summa divisio*, waarbij het gebruik van het privaatrecht principieel is uitgesloten? Of is er sprake van een vervlechting, waarbij de overheid naast haar publiekrechtelijke instrumenten, ook beschikt over de mogelijkheid om als actor binnen het privaatrecht op te treden?

152. De meerderheid van de rechtsleer gaat ervan uit dat artikel 1123 BW een algemene grondslag kan uitmaken voor het contractueel optreden van de overheid.³¹¹ Artikel 1123 BW stelt immers dat "*Eenieder kan contracten aangaan, indien hij daartoe door de wet niet onbekwaam is verklaard*". Onbekwaam om contracten aan te gaan zijn krachtens artikel 1142 BW dan "*minderjarigen, [krachtens artikel 492/1 beschermde personen] en, in het algemeen, al degene aan wie de wet het aangaan van bepaalde contracten verbiedt*", *a fortiori* is de overheid niet onbekwaam om te contracteren. Bijgevolg zou een specifieke grondslag overbodig zijn.³¹²

Daarnaast verwijst de rechtsleer ook naar artikelen uit het BW die een impliciete grondslag kunnen uitmaken voor het gebruik van privaatrechtelijke instrumenten. Zo is er vooreerst artikel 1596, laatste lid BW krachtens dewelke openbare ambtenaren geen koper kunnen zijn van goederen van de Staat indien de verkoop door de tussenkomst van diezelfde openbare ambtenaren geschiedt. Hieruit zou dus blijken dat de overheid beschikt over de bevoegdheid om via overeenkomst een verkoopsovereenkomst aan te gaan. LEUS wijst er m.i. terecht op dat dit artikel eerder betrekking heeft op een verbodsbepaling dan de toekenning van een impliciete bevoegdheid aan de overheid tot het aangaan van contracten. Voorts wijst LEUS erop dat de verkoop van onroerende domeingoederen van alle aard "*hetzij openbaar, hetzij uit de hand of bij wijze van ruiling of, nog, een zakelijk onroerend mag vestigen of vervreemden wordt uitdrukkelijk bepaald in artikel 87 van de op 17 juli 1991 Gecoördineerde Wetten op de Rijkscomptabiliteit*".³¹³ M.a.w. hier is sprake van een uitdrukkelijke toekenning van de bevoegdheid tot contracteren in deze bijzondere materie.

Dezelfde redenering kan dan worden doorgetrokken naar artikel 1712 B.W. die stelt dat verhuring van goederen die toebehoren aan de Staat, gemeenten of openbare instellingen aan bijzondere regels zijn onderworpen. Hierbij kan moeilijk sprake zijn van een algemene grondslag tot contracteren, aangezien er wederom voorzien is in een uitdrukkelijke wetsbepaling, maar ook decreetbepalingen die voorzien in de bevoegdheid tot contracteren in deze materie.³¹⁴

De situatie is evenwel anders met artikel 1123 B.W., dit artikel is dermate algemeen geformuleerd dat het kan worden doorgetrokken naar meerdere domeinen van het overheidsoptredens. Belangrijke argumenten tegen dergelijke ruime interpretatie van artikel 1123 BW kan vooreerst worden gevonden in artikel 105 Gw. zelf.

³¹¹ D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 22; D. D'HOOGHE, 'Overeenkomsten met de overheid' in X. (eds.), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 134-135;

³¹² D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 23.

³¹³ K. LEUS, "Overeenkomsten met de overheid en overeenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene', de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?" in X. (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, XXXIVe Postuniversitaire cyclus W. Delva, Mechelen, Kluwer, 2008, 412.

³¹⁴ A.W. VRANCKX, H. COREMANS en J. DUJARDIN, "Beheer over de onroerende goederen van openbare rechtspersonen", in *Administratieve rechtsbibliotheek, Algemene reeks*, Brugge, Die Keure, 2005, 117.

153. Bij een exegetische interpretatie valt het overheidsoptreden via artikel 1123 BW, moeilijk vol te houden. Artikel 105 Gw. vereist immers *bijzondere wetten* (lees: *duidelijk en nauwkeurig omschreven wetten* en niet bijzondere wetten in de zin van bijzondere meerderheidswetten) die de bevoegdheid uitdrukkelijk toekennen.³¹⁵ In die zin zou artikel 1123 BW m.i. moeilijk verenigbaar zijn met artikel 105 Gw. aangezien het een algemene toekenning van bekwaamheid betreft en niet zozeer een bijzondere en uitdrukkelijke toekenning zoals bijvoorbeeld wel het geval is bij de overheidsopdrachtenwetgeving.

Een wetshistorische en teleologische interpretatie geeft eveneens hetzelfde resultaat. Het Burgerlijk Wetboek was oorspronkelijk ingegeven om de verhouding tussen particulieren te regelen, waarbij de wilsovereenstemming centraal is. Langs publiekrechtelijke zijde was er een sterk wantrouwen naar de overheid toe, waardoor zijn bevoegdheden restrictief moeten worden geïnterpreteerd, aangezien er twijfel bestaat omtrent artikel 1123 BW als algemene grondslag voor het privaatrechtelijk optreden van de overheid zou o.b.v. de restrictieve interpretatie van de overheidsbevoegdheden moeilijk kunnen worden aangenomen dat deze de toets aan artikel 105 Gw. doorstaat.

De rechtspraak van de Raad van State verwijst ook naar het eenzijdig optreden van de overheid bij de behartiging van het algemeen belang. Het is juist o.w.v. van de behartiging van dit belang dat de overheid beschikt over haar bijzondere prerogatieven.³¹⁶ *Considérant que la décision par laquelle une autorité administrative met fin à une concession pour des motifs liés à l'intérêt général, n'est pas adoptée en vertu de sa composante contractuelle mais d'autorité; qu'elle est prise en vertu du pouvoir d'action unilatérale de l'autorité concédante*" (eigen benadrukking).³¹⁷

154. Ook de reactie van de wetgever op deze kritiek in de rechtsleer zou m.i. kunnen worden gezien als een argument die aangeeft dat artikel 1123 BW een onvoldoende grondslag is voor het privaatrechtelijk optreden. Dergelijke reactie is geen recent fenomeen. Zo kan worden verwezen naar de uitdrukkelijke machtigingen in het Gemeentedecreet, Provinciedecreet en het decreet betreffende de intercommunale.³¹⁸ Ook in recentere wetgeving valt dergelijke machtiging nog steeds te constateren. Zo valt in de memorie van toelichting bij het bestuursdecreet bijvoorbeeld te lezen dat *"hoewel de oprichting van een privaatrechtelijk vormgegeven EVA geschiedt op grond van het privaatrechtelijke vennootschaps- of verenigingsrecht, lijkt een decretale machtiging verantwoord om de Vlaamse overheid te machtigen hiertoe van dit privaatrecht gebruik te maken"*.³¹⁹ A fortiori zou ieder gebruik van een privaatrechtelijk instrument dergelijke machtiging nodig hebben.

³¹⁵ Advies van de Raad van State afdeling wetgeving van 3 juni 1996, *Parl.St.* Kamer, 1995 - 96, nr. 608/1.

³¹⁶ K. LEUS, "Overeenkomsten met de overheid en overeenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene', de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?" in X. (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, XXXIVe Postuniversitaire cyclus W. Delva, Mechelen, Kluwer, 2008, 410 - 411.

³¹⁷ RvS 25 september 2007, nr. 174.964.

³¹⁸ S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek bestuursrecht*, ASP, Brussel, 2016, 103.

³¹⁹ Memorie van toelichting bij het ontwerp van bestuursdecreet van 9 juli 2018, *Parl.St.* VI.Parl., 2017-18, nr. 1656/001, 136.

155. Het Burgerlijk Wetboek is momenteel het voorwerp van een grondige hervorming. Ten tijde van de redactie van deze scriptie is de 'wet van 13 april 2019 tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van boek 8 "Bewijs" in dat Wetboek' reeds aangenomen en sinds 1 november 2020 is het in werking getreden.³²⁰ Boek 3 "goederen" is eveneens aangenomen via voornoemde wet, doch de bepalingen in boek 3 zullen op 1 september 2021 in werking treden.³²¹

Voor dit onderdeel dat de bespreking van de grondslag voor de tweewegenleer omvat, is het van belang om aan te geven dat er reeds een wetsvoorstel tot invoeging van boek 5 "Verbintenissen" in het nieuw BW is ingediend in de Kamer.³²² Aan de hand van het voorontwerp van de wet tot invoeging van boek 5 "Verbintenissen" in het nieuw BW kan worden nagegaan wat de huidige draagwijdte is van het equivalent van artikel 1123 BW.

De commissie tot hervorming van het verbintenissenrecht benadrukt in de MvT dat ze tijdens de publieke consultatie inderdaad talrijke vragen heeft gekregen omtrent de draagwijdte van de bepaling inzake de bekwaamheid tot contracten. Ze oordeelt echter dat het *"niet tot haar opdracht behoort om wijzigingen aan te brengen aan de draagwijdte van de teksten over de bekwaamheid zoals die in het huidig Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen en die het domein van het verbintenissenrecht overstijgen"*.³²³

Het gevolg hiervan is dat artikel 1123 BW in het wetsvoorstel boek 5 nieuw BW geen (inhoudelijke) wijziging ondergaat. Er is louter sprake van een herschikking. Het artikel 5.44 voorstel nieuw BW bepaalt dan ook dat *"Elke persoon kan contracten aangaan, indien zij daartoe door de wet niet onbekwaam is verklaard"*. Bij het advies van 23 mei 2018 nummer 63.268/2 van de Raad van State was er eveneens geen inhoudelijke opmerking omtrent het artikel 5.44. voorstel nieuw BW.³²⁴ Het nieuw BW en de werkzaamheden die het met zich mee heeft gebracht geven hieromtrent, vooralsnog, geen duidelijkheid.

Dit stilzwijgen omtrent de draagwijdte van artikel 1123 BW is toch een gemiste kans. Een uitdrukkelijk bepaling in het nieuw BW of zelfs een bevestiging van de bekwaamheid van de overheid tot contracteren in de memorie van toelichting bij het Nieuw BW, zou de eerbiediging van het legaliteitsbeginsel mogelijk maken en de twijfel die momenteel bestaat kunnen wegwerken. Het bestuursdecreet vormt m.i. een voorbeeld waarbij wetgeving meer rechtszekerheid kan bieden.

³²⁰ Wet van 13 april 2019 tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van boek 8 "Bewijs" in dat Wetboek, *BS* 14 mei 2019.

³²¹ Artikel 39 Wet van 4 februari 2020 houdende boek 3 "Goederen" van het Burgerlijk Wetboek, *BS* 17 maart 2020.

³²² Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot invoeging van boek 5 'Verbintenissen' in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, 2018 – 19, nr. 3709/001.

³²³ Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot invoeging van boek 5 'Verbintenissen' in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, 2018 – 19, nr. 3709/001, 52.

³²⁴ Advies van de Raad van State afdeling wetgeving van 23 mei 2018, nr 63.268/2.

Zo erkent deze MvT uitdrukkelijk "*het onderscheid dat in de rechtspraak, de adviespraktijk van de Raad van State en de rechtsleer is ontwikkeld op grond van de organisatierechtelijke tweewegenleer. Die leer houdt in dat de overheid in beginsel vrij is om bij de oprichting van een rechtspersoon of het nemen van participaties gebruik te maken van haar publiekrechtelijke bevoegdheden of van de technieken van het privaatrecht*".³²⁵

Dit stilzwijgen van de wetgever zou echter ook kunnen worden gezien als een aanvaarding van de inmiddels goed ingeburgerde toepassing van de tweewegenleer in België. Indien de wetgever een bezwaar zou hebben tegen de toepassing hiervan, zou het toch enige vorm van verzet kunnen vertonen, minstens een opmerking kunnen geven. In die zin kan het gebrek aan bezwaren of opmerkingen omtrent de tweewegenleer m.i. worden gezien als een *impliciete erkenning* van artikel 1123 BW als grondslag voor de Belgische tweewegenleer.

156. Ondanks deze kritiek op de grondslag voor het privaatrechtelijk optreden door de overheid zijn er een aantal argumenten die pleiten voor de geoorloofdheid van het privaatrechtelijk optreden. In de eerste plaats is het mogelijk dat de wetgever uitdrukkelijk voorziet in een wettelijke grondslag. Daarnaast geeft LEUS m.i. terecht aan dat de meerderheid van de rechtsleer, maar ook van de rechtspraak erkent dat de overheid gebruik mag maken van het privaatrechtelijk optreden.³²⁶ Ook YERNAULT stelt dat het gebruik van privaatrechtelijke instrumenten mogelijk zou zijn, mits er geen uitdrukkelijk verbod of onverenigbaarheid voorhanden zou zijn.³²⁷

M.i. is gelet op het wettigheidsbeginsel steeds een uitdrukkelijke grondslag nodig voor het privaatrechtelijk optreden, zoals besproken zijn er meerdere argumenten die in deze richting pleiten. De praktijk (rechtspraak, meerderheid van de rechtsleer, maar ook de houding van de wetgever) geeft echter aan dat dergelijk gebruik van privaatrecht toch mogelijk is via artikel 1123 BW. Hierdoor is het toch van belang om na te gaan wat de beperkingen zijn aan het privaatrechtelijk optreden, vertrekkend vanuit de premisse dat artikel 1123 BW een voldoende grondslag uitmaakt voor de tweewegenleer.

In randnummer 142 e.v. werd reeds de draagwijdte van artikelen 1123 en 1142 BW besproken. Deze wetsartikelen zouden in het licht van het legaliteitsbeginsel een voldoende wettelijke grondslag uitmaken voor het privaatrechtelijk optreden van de overheid.³²⁸ Op grond van deze artikelen is er ook bij het optreden van de overheid binnen het privaatrecht sprake van een vervlechting. De staat beschikt immers zowel over publiekrechtelijke als privaatrechtelijke instrumenten.³²⁹

³²⁵ Memorie van toelichting bij het ontwerp van bestuursdecreet van 9 juli 2018, *Parl.St.* VI.Parl., 2017-18, nr. 1656/001, 127.

³²⁶ K. LEUS, "OVEREENKOMSTEN MET DE OVERHEID EN OVERHEIDSOVEREENKOMSTEN: BIJZONDERE OVEREENKOMSTEN EN ALGEMEEN BELANG. DE "GEMENE", DE "GEMENGDE" OF DE "ZUIVERE" RECHTSLEER?" in *Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, Kluwer, 414.

³²⁷ D. YERNAULT, "La contractualisation (force' e) du droit administratif de l'e' conomie et l'organisation des modes de gestion du service public", *Rev.dr. ULB* 2006, 67-206, 75; K. LEUS, "OVEREENKOMSTEN MET DE OVERHEID EN OVERHEIDSOVEREENKOMSTEN: BIJZONDERE OVEREENKOMSTEN EN ALGEMEEN BELANG. DE "GEMENE", DE "GEMENGDE" OF DE "ZUIVERE" RECHTSLEER?" in *Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, Kluwer, 414.

³²⁸ S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek bestuursrecht*, ASP, Brussel, 2016, 103.

³²⁹ W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, "Overeenkomsten met de overheid", *TPR* 1987, (1709) 1735..

Het is echter van belang om na te gaan onder welke voorwaarden de overheid gebruik kan maken van deze privaatrechtelijke weg. Dit zal *in concreto* worden onderzocht in de context van de beleidsovereenkomsten, arbeidsovereenkomsten en het kostenverhaal door de overheid.

Naar analogie van de reeds besproken Nederlandse tweewegenleer, beschikt dus ook de Belgische overheid over de mogelijkheid om te kiezen tussen publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke instrumenten bij haar optreden. Ze kan eveneens gebruik maken van het privaatrecht om zichzelf vorm te geven, de bespreking hiervan gaat echter het bestek van deze scriptie te buiten, bovendien is de rechtspraak en rechtsleer hieromtrent duidelijk en vrij vast.³³⁰

4.1.3.2. Voorwaarden voor de toepassing van het privaatrecht

157. M.b.t. de voorwaarden voor de tweewegenleer moet meteen worden aangegeven dat er geen eenduidigheid is binnen de rechtsleer. Het valt op dat auteurs in weze dezelfde voorwaarden hanteren, doch deze in een verschillende indeling weergeven. In hetgeen volgt zullen de voorwaarden zo afzonderlijk mogelijk worden weergegeven.

Een eerste voorwaarde is dat het optreden niet strijdig mag zijn met de dwingende positiefrechtelijke regels.³³¹ Als voorbeeld van dergelijke regel verwijst LEUS naar het cassatie-arrest van 14 oktober 2002. Bij dit arrest oordeelde het Hof dat de gemeenten zich enkel mogen verenigen op de wijze die de wet (inmiddels decreet) bepaald.³³² Toegepast op de huidige stand van zaken impliceert dit dat de (Vlaamse) gemeenten de regeling in het Decreet Lokaal Bestuur van 22 december 2017 moeten naleven.³³³ Krachtens deze eerste voorwaarden zouden ze dan enkel mogen kiezen uit de 5 soorten intergemeentelijke samenwerkingsvormen die de decreetgever voorschrijft.³³⁴

³³⁰ S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story", *RW* 2011 – 12, (1614) 1614 – 1639. Zie ook de uitdrukkelijke machtiging tot privaatrechtelijk organiseren en de erkenning van de organisatierechtelijke tweewegenleer in Memorie van Toelichting bij het ontwerp van bestuursdecreet van 9 juli 2018, Parl.St. VI.Parl. 2017-18, 1656 nr. 1, 127.

³³¹ K. LEUS, "Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene', de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?" in X. (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, XXXIVe Postuniversitaire cyclus W. Delva, Mechelen, Kluwer, 2008, (405) 417; S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 140.

³³² K. LEUS, "Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene', de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?" in X. (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, XXXIVe Postuniversitaire cyclus W. Delva, Mechelen, Kluwer, 2008, (405) 417.

³³³ Artikel 3 Decr.VI. van 22 december 2017 betreffende het lokaal bestuur, *BS* 15 februari 2018.

³³⁴ Artikel 389 *ibid.* Het gaat dan om de interlokale verenigingen (dit is een samenwerkingsverband zonder rechtspersoonlijkheid en zonder beheersoverdracht die tot doel heeft om een welbepaald project van gemeentelijk belang te verwezenlijken), de projectverenigingen (dit is een samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid, zonder beheersoverdracht dat tot doel heeft om een duidelijk omschreven project te plannen, uit te voeren en te controleren), de dienstverlenende verenigingen (dit is een samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid, zonder beheersoverdracht dat tot doel heeft een duidelijk omschreven ondersteunende dienst te verlenen aan de deelnemende gemeenten en dit eventueel voor verschillende beleidsdomeinen), de opdrachthoudende verenigingen (dit is een samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid, met beheersoverdracht waaraan de deelnemende gemeente de uitvoering van een of meer duidelijk omschreven bevoegdheden m.b.t. een of meer beleidsdomeinen toevertrouwen) en de opdrachthoudende verenigingen met private deelname (dit is een opdrachthoudende vereniging waarin privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen deelnemen overeenkomstig artikel 396, §2 DLB).

Een tweede voorwaarde is dat het privaatrechtelijk optreden niet strijdig mag zijn met de algemene beginselen van publiekrecht.³³⁵Hierbij kan worden gedacht aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.³³⁶

Zo oordeelde de rechtbank van eerste aanleg in haar vonnis van 16 juni 2017 over een overeenkomst gesloten door een particulier (hierna: NV Y) en een gemeente (hierna: gemeente Z). De NV Y had voor haar bouwprojecten een ondergrondse parking nodig. DE NV kon dergelijke ondergrondse parking echter niet bouwen o.w.v. het plan van aanleg die dergelijke constructie belemmerde. De NV Y besloot dan ook om een overeenkomst te sluiten met de gemeente Z. Uit deze overeenkomst volgt dat de gemeente Z het plan van aanleg zal herzien en hetzelfde plan zal verdedigen bij de bevoegde instanties. In ruil hiervoor zal de NV Y alle kosten van de herziening betalen, zelfs bij weigering van de herziening door de bevoegde instantie.³³⁷De rechter oordeelde dat de gemeente bij het bepalen van haar ruimtelijk beleid, overwegingen van goede ruimtelijke ordening in overweging moet nemen.³³⁸ Het opmaken van plannen van aanleg behoort is voorts een taak van de overheid die behoort tot het algemeen belang. Indien de gemeente een plan van aanleg opmaakt enkel met de bedoeling om het belang van een particulier (in casu de NV Y) te bevorderen en niet het algemeen belang, dan maakt deze gemeente zich schuldig aan machtsafwendings.³³⁹

De derde voorwaarde is dat de optredende overheid de bevoegdheid van de andere overheden niet mag overdragen of miskennen.³⁴⁰

De vierde voorwaarde geeft aan dat de optredende overheid niet enkel de bevoegdheden van andere overheden moet eerbiedigen, maar ook haar eigen bevoegdheid. OPDEBEEK en DE SOMER geven in dit verband aan dat het gebruik van privaatrecht:

"niet leidt tot een miskening van de eigen bevoegdheden. Een dergelijke miskening kan zowel voortvloeien uit een verboden overdracht (delegatie) van de eigen bevoegdheden, als van een ongeoorloofde beperking ervan".³⁴¹

In een zaak die meerdere gelijkenissen vertoont met het arrest van 16 juni 2017, oordeelt de Raad van State dat er bijvoorbeeld een miskening was van de eigen bevoegdheid. Het betreft het arrest-Peeters van 26 september 2019. In deze zaak was er eveneens sprake van een overeenkomst tussen een particulier en de gemeenteraad. De particulier wou dat een bepaald site gebruikt kon worden voor woongelegenheden met wederom een ondergrondse parking.

³³⁵K. LEUS, "Overeenkomsten met de overheid en overeenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene', de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?" in X. (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, XXXIVe Postuniversitaire cyclus W. Delva, Mechelen, Kluwer, 2008, (405) 417; S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 419 – 420; Voor een uitgebreide bespreking van

³³⁶ Voor een uitgebreide bespreking van de inhoud van deze abbb's verwijs ik naar: S. LUST, *De algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de formele motiveringsplicht*, onuitg., 2014, 1 – 63.

³³⁷ Rb. Brussel 16 juni 2017, *TBO* 2018, (63) 65.

³³⁸ In de zin van artikel 1.1.4. Vlaamse codex van 15 mei 2009 betreffende de ruimtelijke ordening(hierna: VCRO), *BS* 20 augustus 2009.

³³⁹ Rb. Brussel 16 juni 2017, *TBO* 2018, (63) 65.

³⁴⁰ S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek bestuursrecht*, ASP, Brussel, 2016, 103.

³⁴¹*Ibid.*

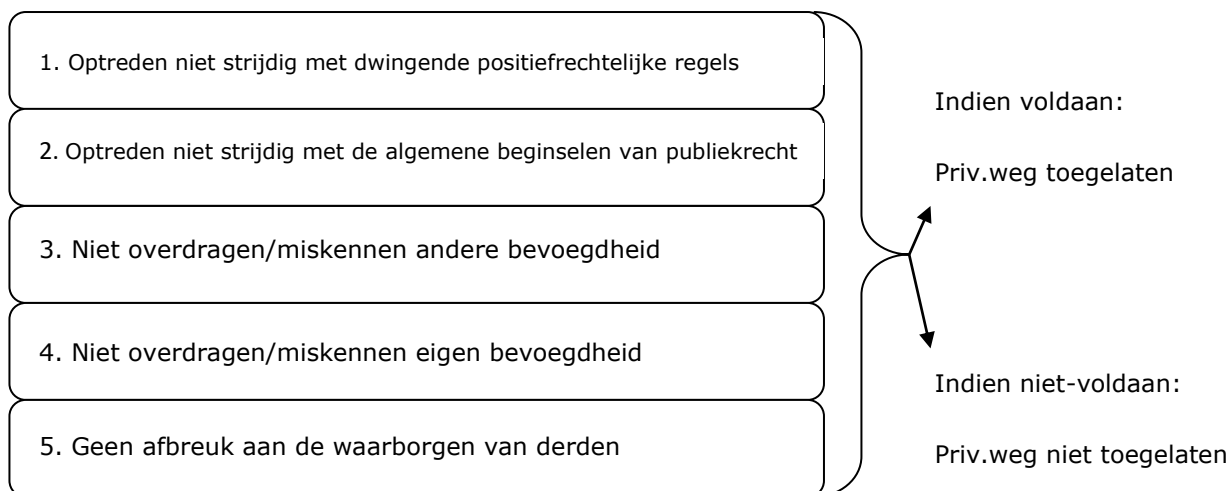
Hiertoe sloot hij een overeenkomst met de gemeenteraad waarbij hij zou instaan voor de kosten die de gemeente zou opmaken bij het opstellen van een ruimtelijk uitvoeringsplan en het hierbij vereiste openbaar onderzoek. De gemeente voerde voor de Raad van State aan dat dergelijke overeenkomst ten goede komt van het algemeen belang.³⁴²

De Raad van State oordeelde dat hier eveneens een inbreuk was gemaakt door de gemeente, maar i.t.t. het vonnis van 16 juni 2017 deed de Raad van State dit o.w.v. een ander grondslag. Volgens de RvS was immers niet zozeer sprake van machtsafwending, maar door de miskennis van de eigen bevoegdheid. De beleidsovereenkomst met de particulier zorgde ervoor dat de gemeente geen rekening kon houden met de overige doelstellingen aangegeven in artikel 1.1.4. VCRO. Doordat de wetgever deze criteria uitdrukkelijk voorschrijft in de wetgeving zullen ze een zwaardere rol spelen, waardoor het moeilijker is voor een gemeente om deze criteria buiten beschouwing te laten.³⁴³ In een arrest van 7 juli 2016 geeft de Raad van State dat de inperking van de beoordelingsvrijheid, *in casu* doordat de gemeente een handelsconvenant had gesloten, een inbreuk uitmaakte op het onpartijdigheidsbeginsel.³⁴⁴ Uit de drie besproken arresten valt af te leiden dat soortgelijke gevallen, op zeer uiteenlopende gronden (machtsafwending, onpartijdigheidsbeginsel, miskennis eigen bevoegdheid) een inbreuk kunnen vormen op de publiekrechtelijke regels.

Volgens LEUS moet ten slotte rekening worden gehouden met een bijkomende voorwaarde. De vijfde voorwaarde is dat de privaatrechtelijke weg geen afbreuk mag doen aan de waarborgen voor derden.³⁴⁵ Schematisch geeft dit het volgende resultaat.

België: Overheid als actor binnen het privaatrecht?

→ Mogelijk, mits voldoening aan de voorwaarden van de tweewegenleer



³⁴² RvS 26 september 2019, nr. 245.537; S. DE SOMER, "De invloed van beleidsovereenkomsten op de onpartijdigheid van het bestuur: 'partij = partijdig'?", *TVGEM* 2020, nr. 3, 209-223.

³⁴³ RvS 26 september 2019, nr. 245.537; S. DE SOMER, "De invloed van beleidsovereenkomsten op de onpartijdigheid van het bestuur: 'partij = partijdig'?", *TVGEM* 2020, nr. 3, 209-223.

³⁴⁴ Zie RvS 7 juli 2016, nr. 235.392. Zelfs na deze vernietiging was in dezelfde kwestie alweer een inbreuk vast te stellen, zie hiervoor RvS 15 februari 2019, nr. 243.691.

³⁴⁵K. LEUS, "Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene', de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?" in X. (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, XXXIVe Postuniversitaire cyclus W. Delva, Mechelen, Kluwer, 2008, (405) 417 – 418.

158. Volledigheidshalve kan worden aangegeven dat indien de overheid voldoet aan voornoemde criteria voor de tweewegenleer, ze bij het sluiten van de overeenkomst, bijkomend rekening moet houden met een aantal geldigheidsvoorwaarden voor deze overeenkomst. In de eerste plaats moet de bindende overeenkomst gesloten zijn door het bevoegd overheidsorgaan. In de tweede plaats mag het voorwerp van de overeenkomst geen voorwerp buiten de handel uitmaken. In de derde plaats mogen de bijzondere gunningsprocedures, het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel niet terzijde worden geschoven. Ten slotte mogen de eventuele regels inzake het bestuurlijke toezicht niet terzijde worden geschoven, zowel in de fase van de totstandkoming als uitvoering van de overeenkomst.³⁴⁶

Eens er is gekozen voor de privaatrechtelijke weg, zullen de publiekrechtelijke regels nog steeds een rol spelen. Het is evenwel onduidelijk welke publiekrechtelijke regels en in welke mate de publiekrechtelijke regels een rol zullen spelen. I.t.t. het Nederlands recht bestaat in België vooralsnog geen equivalent van artikel 3:14 Nederlands BW, hierdoor kan er discussie ontstaan omtrent de toepassing van de (ongeschreven) abb's.³⁴⁷ Voorts ontbeert een equivalent van artikel 3:1, lid 2 awb, hetgeen de rechtsonzekerheid verder doet toenemen.³⁴⁸

159. Binnen de rechtsleer en rechtspraak valt er dan ook een variatie aan inzichten te constateren. In de eerste plaats is er de rechtsleer volgens dewelke er een strikte scheiding zou moeten zijn tussen de publiek- en privaatrechtelijke regels. Volgens D'HOOGHE zijn er belangrijke gevolgen verbonden aan de tweewegenleer. Eens de overheid heeft gekozen voor de privaatrechtelijke weg, dan is ze ook onderworpen aan de privaatrechtelijke regels. Publiekrechtelijke beginselen, zoals de prerogatieven van de overheid, zouden in die interpretatie van geen belang zijn. Volgens D'HOOGHE zorgt de naleving van de voorwaarden van de tweewegenleer (waaronder de naleving van de algemene beginselen van publiekrecht) ervoor dat er reeds is voldaan aan de publiekrechtelijke regels. Eens voldaan aan deze voorwaarden, is de overheid volgens D'HOOGHE volledig onderworpen aan de privaatrechtelijke regeling.³⁴⁹ De rechtspraak die hierna zal worden besproken zal aantonen dat dergelijke zuivere scheiding in de praktijk niet van toepassing is.

M.i. is het belangrijkste argument dat in het voordeel van D'HOOGHE pleit, het feit dat de wet niks bepaalt omtrent de toepassing van de (ongeschreven) publiekrechtelijke regels, hetgeen rechtsonzekerheid met zich meebrengt. De voorwaarden van de tweewegenleer pleitten volgens mij echter in het nadeel van de D'HOOGHE.

³⁴⁶ S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 141 - 142.

³⁴⁷ R.J. BOOGERS, "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijk overheidshandelen", *Tijdschrift voor praktisch bestuursrecht* 2014, nr. 4, (8) 8 - 9.

³⁴⁸ Andere handelingen dan bestuurshandelingen doelt dus o.a. op privaatrechtelijke handelingen door de overheid.

³⁴⁹ S. LIERMAN, P.J. VAN DE WEYER en K.J., VANDORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht", in Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Preadviezen 2015*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, (13) 23; K. LEUS, "Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene', de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?" in X. (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, XXXIVe Postuniversitaire cyclus W. Delva, Mechelen, Kluwer, 2008, (405) 435.

De tweewegenleer geeft uitdrukkelijk aan dat o.a. de naleving van de publiekrechtelijke beginselen vereist is, nu kan het voorvallen dat de overheid bepaalde beginselen over het hoofd ziet en onterecht veronderstelt dat ze een bepaalde overeenkomst mag aangaan (bijvoorbeeld een GRUP opstellen naar wens van een particulier omdat dit in het voordeel van de gemeente als geheel is). Eens ze de (onterecht aangeane) overeenkomst heeft afgesloten zou ze volgens de visie van D'HOOGHE enkel nog onderworpen zijn aan het privaatrecht. M.i. is dit niet mogelijk, ook de besproken arresten tonen aan dat niet iedere aangegane overeenkomst per definitie aan de voorwaarden van de tweewegenleer voldoet. In dergelijke gevallen zorgt het publiekrecht er juist voor dat er een naleving is van de regels en beginselen die het gebruik van het privaatrecht beperken (bv. het onpartijdigheidsbeginsel, het verbod op machtsafwijking).³⁵⁰

Naast de wetten van openbare dienst, valt ook bij de doorwerking van abb's rechtsonzekerheid te constateren. VANDENDRIESSCHE gaf in dit verband aan dat de doorwerking van de abb's op de organieke overheid bij de privaatrechtelijke weg, valt te verklaren vanuit het doel van de abb's en vanuit de voorwaarden van de tweewegenleer. De abb's hebben nl. tot doel om ieder overheidsoptreden te vatten, zelfs het privaatrechtelijk optreden. De tweewegenleer geeft aan dat voor de toepassing van de tweewegenleer de overheid de algemene rechtsbeginselen moet naleven. De abb's maken dergelijke rechtsbeginselen uit waardoor het volgens VANDENDRIESSCHE niet valt in te zien waarom deze niet van toepassing zouden zijn.³⁵¹M.i. kunnen de abb's ook worden verbonden aan de voorwaarden van de bescherming van de belangen van derden. De abb's zorgen er nl. voor dat derden genieten van bepaalde waarborgen, men denke aan de hoorplicht, de (materiële en formele) motiveringsplicht, het beginsel van het gewekt vertrouwen, het redelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.³⁵² Ik ben het dan ook eens met de visie van VANDENDRIESSCHE dat de abb's ook moeten doorwerken in de privaatrechtelijke overeenkomsten. Voorts zie ik niet in waarom die zo moeilijk te aanvaarden is, de tweewegenleer geeft immers aan dat er voor de toepassing van het privaatrecht, reeds moet worden voldaan aan de algemene beginselen van publiekrecht.

160. De praktijk toont m.i. een grote mate van rechtsonzekerheid op dit vlak. Het arbeidsrecht vormt een goede illustratie van de rechtsonzekerheid die tot op heden bestaat. In België genieten ambtenaren van een bijzondere bescherming. Zo kennen ze een rechtspositieregeling, verder zijn de geschreven en ongeschreven publiekrechtelijke regels en beginselen onverkort van toepassing. Hierbij kan worden gedacht aan de formele motiveringsplicht en de abb's.³⁵³ Hetgeen een voordeel is voor de ambtenaren, kan echter een moeilijkheid zijn voor de overheid. Overheden opteren er daarom meer en meer voor om werknemers contractueel aan te stellen (hierna: overheidscontractanten), voor de overheid brengt deze weg haar immers meer voordelen, zoals flexibiliteit. Ten tijde van de redactie van deze scriptie maken dan ook circa 65% van het personeel van de overheid "overheidscontracten" uit, terwijl slechts 35% onder de noemer "statutair" vallen.

³⁵⁰ Arrest Peeters; RvS 15 februari 2019, nr. 243.691;Rb. Brussel 16 juni 2017, *TBO* 2018, (63) 65.

³⁵¹ F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur" in *Beginselen van behoorlijke bestuur*, Brugge, Die Keure, 2006, (35) 51 – 52.

³⁵² S. LUST, *De algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de formele motiveringsplicht*, onuitg., 2014, 7 – 8.

³⁵³ Wet 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, *BS* 12 september 1991.

Dit groot percentage van overheidscontractanten wekt echter nieuwe vragen op. Is er voldaan aan de randvoorwaarden van de eerbiediging van de publiekrechtelijke regels enerzijds en de bescherming van de waarborgen van derden anderzijds.

161. Het Hof van Cassatie gaf met zijn arrest van 12 oktober 2015 duidelijkheid omtrent dit vraagstuk. Dit cassatie-arrest had betrekking op een arrest van het Arbeidshof van Gent. Het arbeidshof oordeelde dat de stad Oostende schadevergoeding diende te betalen aan een ontslagen overheidscontract, o.w.v. een miskennis van de hoorplicht en de formele motiveringsplicht. Het Hof van Cassatie was het echter niet eens met het arbeidshof. In het arrest stelt het Hof van Cassatie inzake de motiveringsplicht dat *"Zoals de wetsgeschiedenis aangeeft, volgt uit deze bepalingen niet dat een administratieve overheid die een werknemer ervan in kennis stelt dat zij de tussen hen bestaande arbeidsovereenkomst beëindigt, verplicht is dit ontslag uitdrukkelijk te motiveren"*. Het Hof doelt hier op artikel 1 en 2 van de wet betreffende de formele motivering.³⁵⁴

De conclusie van advocaat-generaal Vanderlinden toont aan dat er een verregaand onderzoek is geweest naar de inhoud en strekking van de wet betreffende de formele motivering. De advocaat-generaal concludeert in dit arrest uiteindelijk dat:

"De overheid verwerft door het sluiten van een arbeidsovereenkomst de hoedanigheid van werkgever, met alle consequenties van dien. Het gaat niet meer om normen die eenzijdig worden opgelegd. Er heeft een horizontalisering plaats tussen de verhouding overheid/werkgever en de werknemer. Hierdoor onderwerpt de overheid zich aan de regels van het arbeidsovereenkomstenrecht en stapt zij af van haar normale publiekrechtelijke rechtpositie. Dit blijkt onder andere uit het feit dat het de werkgever-overheid niet toegestaan is om eenzijdig wijzigingen aan te brengen aan de overeenkomst tijdens de duur van de overeenkomst. In de contractuele relatie gelden de dwingende beschermingsprincipes die vervat zijn in de artikelen 6 en 25 van de Arbeidsovereenkomstenwet".³⁵⁵

162. Ook de hoorplicht is volgens het Hof van Cassatie niet van toepassing op de overheid als werkgever. Hiervoor verwijst het Hof naar artikel 1, lid 2 arbeidsovereenkomstenwet die stelt dat voornoemde wet ook van toepassing is op overheidscontractanten. Aangezien "particuliere" werkgevers geen hoorplicht hebben, zou dit ook niet van toepassing zijn op de "overheid" werkgever. Ook de advocaat-generaal verwijst naar artikel 1, lid 2 arbeidsovereenkomstenwet en haalt bovendien aan dat vanaf het ogenblik van de contractsluiting door de overheid er *"geen nood meer aan de correcties die de beginselen van behoorlijk bestuur aanbrengen op de bevoorrechte positie van een bestuur ten aanzien van een bestuurde"*.³⁵⁶ De Raad van State volgde eveneens dergelijke redenering in haar rechtspraak.³⁵⁷

³⁵⁴HvC, nr. S.13.0026.N/1, https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2015:ARR.20151012.1_NL.pdf.

³⁵⁵ Conclusie van advocaat-generaal Vanderlinden, S.13.0026.N, 4, https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2015:CONC.20151012.1_NL.pdf.

³⁵⁶ Conclusie van advocaat-generaal Vanderlinden, S.13.0026.N, 5, https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2015:CONC.20151012.1_NL.pdf.

³⁵⁷ Zie bijvoorbeeld RvS 27 september 2016, nr. 235.871, *T.Gem.* 2017, 57, noot S. DE SOMER en V. VUYLSTEKE.

163. De arbeidsrechtbank van Brussel stelt met haar arrest van 14 april 2016 enkele punten van kritiek t.a.v. het cassatie-arrest van 12 oktober 2015. De arbeidsrechtbank benadrukt dat het ontslag door een overheid van een overheidscontractant niet vergeleken kan worden met de ontslagen in de privé-sector. Deze vergelijking zou niet mogelijk zijn doordat een overheid steeds (ongeacht horizontale dan wel verticale verhouding) een algemeen belang nastreeft. Het algemeen belang dat de overheid nastreeft zou een vergelijking met het ontslag van een ambtenaar rechtvaardigen. Gelet op voornoemde bedenkingen stelt de rechter een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk, waarbij het vraagt of er een inbreuk is op artikel 10 en 11 van de Grondwet indien overheidscontractanten i.t.t. ambtenaren niet kunnen genieten van de hoorplicht van de overheid.

Het GwH stelt in haar arrest vast, dat ambtenaren en overheidscontracten zich in objectief verschillende situatie's bevinden. Ze zijn niet vergelijkbaar met elkaar, dit impliceert echt niet dat ze zich wel in een vergelijkbare situatie bevinden t.a.v. hun "*een in hun rechtsvordering voor een rechter gestelde rechtsvraag, in een vergelijkbare situatie bevinden*". Vervolgens volgt een gedetailleerde analyse van het beginsel in kwestie, zijnde hoorplicht. Het Hof geeft aan dat dit beginsel de overheid een plicht oplegt om t.a.v. een persoon, bij wie er ernstige maatregelen worden genomen, voorafgaand aan een eventueel ontslag te horen.

164. Net als de verwijzende rechter, gaat het GwH de bijzondere impact van het algemeen belang benadrukken. Volgens het GwH is er een hoorplicht t.a.v. de overheid o.w.v. haar bijzondere aard. Doordat de overheid handelt als hoedster van het algemeen belang is ze gebonden om met volle kennis van zaken een beslissing te nemen, indien ze een ernstige maatregel neemt die verband houdt met het gedrag of de persoon van de adreassaant.³⁵⁸ Om deze reden oordeelt het Hof dat "*Het objectieve verschil tussen de statutaire arbeidsrelatie en de contractuele arbeidsrelatie kan, voor de personeelsleden van een overheid, een verschil in behandeling bij de uitoefening van het door het beginsel van behoorlijk bestuur audi alteram partem gewaarborgde recht niet verantwoorden*".³⁵⁹ Aldus zou een vrijstelling van de hoorplicht een inbreuk uitmaken op artikel 10 en 11 van de Grondwet. Ik ben het eens met deze visie van het GwH, het gaat te ver om vast te stellen dat de overheid volledig afstand kan doen van haar hoedanigheid als hoedster van het algemeen belang, teneinde de hoedanigheid van werkgever aan te nemen. In weze zegt het GwH hier dat het specialiteitsbeginsel met zich meebrengt dat de overheid, steeds het algemeen belang moet nastreven. Dit is ook terecht zo geformuleerd. Krachtens het specialiteitsbeginsel, is de overheid verplicht om altijd te handelen in het kader van het algemeen belang. De overheid in het kader van een arbeidsovereenkomst krachtens het specialiteitsbeginsel, dan ook geen afstand doen van haar hoorplicht, om haar morele overwegingen naar voren te schuiven.³⁶⁰

³⁵⁸ GwH 6 juli 2017, nr. 86/2017, https://www.law.kuleuven.be/arbeidsrecht/pdf_documenten/nieuwsbrieven2017/gwh-2017-086n.pdf.

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ LIERMAN, P.J. VAN DE WEYER en K.J., VANDORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaatrecht en publiekrecht", in Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Preadviezen 2015, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, (13), 16.

165. Niet veel later volgde er een verwijzing naar het Grondwettelijk Hof m.b.t. de vrijstelling van de formele motiveringsplicht bij een overheid die een overheidscontractant ontslaat. De verwijzende rechter stelt zich de vraag of dergelijke verschil tussen overheidscontractanten en ambtenare de toets van artikel 10 en 11 Gw. doorstaat. Dit probleem is interessant omdat de overheidscontractanten niet kunnen genieten van de waarborgen voorzien door de formele motiveringswet enerzijds, maar ook niet van de privaatrechtelijke waarborgen voorzien in CAO nr. 109. Voornoemde CAO zorgt ervoor dat werknemers de redenen van hun ontslag kunnen verzoeken bij de werkgever. Deze CAO is echter niet van toepassing op de publieke sector. Voorts kan er voor de publieke sector geen CAO worden gesloten.³⁶¹ Hier is dus sprake van een ernstige leemte in de wet, ten tijde van de redactie van de scriptie is hier nog steeds geen wettelijke oplossing voor voorzien.

Het GwH geeft wederom aan dat er sprake is van een objectief verschil tussen overheidscontractanten en ambtenaren. Desalniettemin kunnen beide categorieën met elkaar worden vergeleken, want *"in beide gevallen gaat het immers erom de voorwaarden te bepalen waaronder voor die personen op geldige wijze een einde kan worden gemaakt aan hun betrekking"*. Er moet echter worden gekeken naar de specifieke situatie, in dit geval oordeelde het GwH dan ook dat er wel een verschil was tussen overheidscontractanten en ambtenaren, waardoor ze niet met elkaar vergeleken kunnen worden.³⁶²

"Het vaste karakter van de betrekking vormt aldus een substantieel kenmerk van het statutair ambt. Daaruit volgt voor de overheid die een einde maakt aan een statutaire relatie een verplichting om de bij het statuut bepaalde reden van ontslag afdoende te identificeren en voor de statutaire ambtenaar een recht om bij de Raad van State een beroep tot nietigverklaring in te stellen. Aangezien dat beroep binnen een termijn van zestig dagen moet worden ingesteld, moet die ambtenaar snel de redenen van de beslissing van de overheid kennen.

*Het contractuele personeelslid daarentegen is onderworpen aan de regels die van toepassing zijn op de arbeidsovereenkomst, volgens welke elke partij bij de overeenkomst eenzijdig een einde aan de overeenkomst kan maken om vrij gekozen redenen. Een contractuele werknemer beschikt over een termijn van een jaar na de beëindiging van de overeenkomst om bij de arbeidsrechtbank beroep in te stellen. Die termijn biedt hem de mogelijkheid om aan de werkgever te vragen om de redenen van zijn ontslag te kennen".*³⁶³

166. Deze visie is m.i. moeilijk te volgen, het GwH geeft aan dat een ontslagen contractant de mogelijkheid heeft om de redenen op te vragen, doordat ze geen 60 d. maar een jaar tijd heeft om beroep in te stellen. Gedurende dit jaar zou ze de redenen kunnen bekomen. Dit is echter moeilijk vol te houden, indien CAO nr. 109 niet van toepassing is en de wet betreffende formele motivering niet van toepassing is, is er geen plicht voor de overheid om de verzochte redenen te geven. Voorts vormt deze visie een belemmering op de waarborgen van de hoorplicht. Hoe kan een contractant zich verdedigen, indien het niet eens de reden(en) voor zijn ontslag kan achterhalen?

³⁶¹ I. DE WILDE, "Hoor- en (formele) motiveringsplicht bij het ontslag van een overheidscontractant: een stand van zaken na een woelige periode", *TVGEM* 2019, nr. 1, (2) 17 – 18.

³⁶² Grondwettelijk Hof 5 juli 2018, nr. 84/2018, <https://www.const-court.be/public/n/2018/2018-084n.pdf>.

³⁶³ GwH 5 juli 2018, nr. 84/2018, <https://www.const-court.be/public/n/2018/2018-084n.pdf>.

Aan het einde van het arrest geeft het GwH nog aan dat "*in afwachting van het optreden van de wetgever [...] aan de rechtscolleges [toekomt], met toepassing van het algemene verbintenissenrecht, de rechten van alle werknemers in de publieke sector bij een kennelijk onredelijk ontslag zonder discriminatie te vrijwaren, waarbij zij zich in voorkomend geval kunnen laten leiden door de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 109*".³⁶⁴Ten tijde van de redactie van de scriptie is het nog altijd wachten op dit optreden van de wetgever. De arbeidsrechtbank van Antwerpen heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt om in een geval van misbruik van het ontslagrecht door een overheid een bijkomende schadevergoeding toe te kennen, die *de facto* neerkwam op een vergoeding die ze zou bekomen via CAO nr. 109.³⁶⁵ Het lijkt er in de praktijk dus op dat de rechtbanken d.m.v. artikel 1134, lid 3 BW (uitvoering overeenkomst te goeder trouw) alsnog een motivering door de werkgever van de redenen voor het ontslag kunnen afdwingen, de rechter zal dit geval per geval moeten nagaan. Het betreft hier echter een ad hoc oplossing. M.i. toont de huidige regeling m.b.t. het ontslag van een contractant aan dat de voorwaarden van de tweewegenleer niet zo strikt zijn als men zou denken. In dit geval is er immers duidelijk afbreuk gedaan aan de waarborgen voor derden (de werknemers), 65% van de werknemers van de staat kan niet genieten van motiveringsplicht op grond van CAO nr. 109, noch van de motiveringsplicht op grond van de wet betreffende de formele motivering.³⁶⁶

167. Deze bespreking van de beleidsovereenkomsten en de arbeidsovereenkomsten kunnen ons meer vertellen over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. In de eerste plaats valt te constateren dat de privaatrechtelijke niet per definitie is uitgesloten. Via een ruime interpretatie van artikel 1123 BW zou het mogelijk zijn om te voldoen aan het legaliteitsbeginsel. Deze ruime interpretatie is duidelijk geen recent fenomeen en het gebrek aan bezwaren vanuit de wetgever, maar ook het stilzwijgen van de wetgever en zelfs de erkenning van de organisatierechtelijke tweewegenleer door de decreetgever geven aan dat de tweewegenleer a fortiori de mogelijke toepassing van de privaatrechtelijke weg verenigbaar zijn met het legaliteitsbeginsel. In de huidige stand van zaken is er m.a.w. geen sprake van een absolute *summa divisio* tussen publiek- en privaatrecht bij de overheid als actor. De overheid kan, mits eerbiediging van de reeds besproken voorwaarden van de tweewegenleer gebruik maken van het privaatrecht. Naar Belgisch recht kan geen aanhang worden gevonden voor de invullingsleer van TAK, de rechtspraak verwijst zoals besproken immers uitdrukkelijk naar de privaatrechtelijke regels, zoals de arbeidsovereenkomstenwet of in het geval van de beleidsovereenkomsten het BW. De visie van TAK geeft aan hoe het recht zou moeten zijn en is niet zozeer een aanduiding van het hoe het recht is, dit standpunt wordt versterkt door de inhoud van de arresten waar uitdrukkelijk wordt verwezen naar de privaatrechtelijke regels.³⁶⁷

³⁶⁴ GwH 5 juli 2018, nr. 84/2018, <https://www.const-court.be/public/n/2018/2018-084n.pdf>.

³⁶⁵ Arbrb. Antwerpen 24 mei 2017, AR 14/1451/A, onuitg.

³⁶⁶ I. DE WILDE, "Hoor- en (formele) motiveringsplicht bij het ontslag van een overheidscontractant: een stand van zaken na een woelige periode", TVGEM 2019, nr. 1, (2) 2 – 4.

³⁶⁷ A.Q.C. TAK, 'Overheid en burgerlijk wetboek. Naar een invullende rechtsleer', Recht en Kritiek 1993, (174) 189; F. VAN OMMEREN, "Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'", *Ars Aequi* 2012, (562) 569 – 570; J.M.H.F. TEUNISSEN, "De 'wederkerige rechtsbetrekking' als strategisch concept voor nivellerende rechtswetenschap?", in E.C.H.J. VAN DER LINDEN & A.Q.C. TAK (red.), *Eenzijdig en wederkerig?*, Deventer, Kluwer, 1995, (277) 296 – 297; L. VAN DEN BERGE, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2016, 152.

Ten slotte wordt ook voor de voldoening aan de legaliteitsvoorwaarden verwezen naar artikel 1123 BW, er is dus geen absorptie van het privaatrecht in ongeschreven publiekrecht.

De volgende vraag betreft de vervlechttingsintensiteit. Volgens mij kan de Belgische stand van zaken, gelet op de bespreking, niet worden ondegrebracht binnen de zuivere leer. Ter herhaling, volgens deze zuivere leer kan het publiekrecht zich niet mengen met de privaatrechtelijke weg, eens het blijkt dat er is voldaan aan de voorwaarden van de tweewegenleer.

168. Ter argumentatie van dit standpunt is in de context van de beleidsovereenkomsten verwezen naar het verbod op machtsafwending, de niet-miskening van de eigen bevoegdheid en het onpartijdigheidsbeginsel. Deze niet-limitatieve opsomming van publiekrechtelijke beginselen die doorwerken na de afsluiting van een overeenkomst, geven m.i. weer dat het niet mogelijk is om het publiekrecht uit te schakelen van zodra een overeenkomst is afgesloten. Ook in de context van de arbeidsovereenkomsten is aangegeven dat na de afsluiting van een arbeidsovereenkomst, het publiekrecht zijn doorwerking niet verliest. Zo moet de overheid bij het ontslag van een overheidscontractant bijvoorbeeld het publiekrechtelijke beginsel van de hoorplicht eerbiedigen.³⁶⁸

Het is wel van belang om te benadrukken dat de publiekrechtelijke doorwerking niet absoluut is. Zo is de overheid bij het ontslag van een overheidscontract, niet gebonden aan de wet betreffende de motivering van bestuurshandelingen.³⁶⁹ Desalniettemin geven voornoemde argumenten aan dat de zuivere leer geen weergave kan uitmaken van de realiteit.

169. Wat de beleidsovereenkomsten betreft, geven de besproken voorbeelden aan dat deze onder de gemene leer kunnen vallen. Het publiekrecht biedt geen mogelijkheid om een overeenkomst af te sluiten om een plan van aanleg op maat te bekomen of om een rup op maat te bekomen. In deze context wordt bijvoorbeeld gekeken naar het privaatrecht. Bij deze privaatrechtelijke weg is het echter van belang om het publiekrecht te eerbiedigen.³⁷⁰ Dit is in overeenstemming met de visie van de gemene leer, krachtens dewelke het publiekrecht het uitzonderingsrecht uitmaakt. Het enige argument dat tegen de onderbrenging in de gemene leer zou kunnen pleiten, is de mogelijke invoering van een "paaitaks".

OPDEBEEK verduidelijkt dat het hier gaat om *"de lasten die de overheid kan opleggen bij het verlenen van een omgevingsvergunning, zoals de verplichte aanleg van een park of het betalen van een bedrag dat dan bijvoorbeeld wordt gebruikt om wegen aan te leggen of scholen, kinderdagverblijven of sporthallen te bouwen. Deze lasten op zich worden niet in vraag gesteld. De overheid heeft juridisch immers de mogelijkheid dergelijke lasten op te leggen, maar er moet een band zijn tussen "het voordeel dat de begunstigde van de vergunning uit die vergunning haalt en de bijkomende taken die de overheid door de uitvoering van de vergunning op zich moet nemen"*.³⁷¹

³⁶⁸GwH 6 juli 2017, nr. 86/2017, https://www.law.kuleuven.be/arbeidsrecht/pdf_documenten/nieuwsbrieven2017/gwh-2017-086n.pdf.

³⁶⁹GwH 5 juli 2018, nr. 84/2018, <https://www.const-court.be/public/n/2018/2018-084n.pdf>

³⁷⁰ In casu in de vorm van het verbod op machtsafwending, het onpartijdigheidsbeginsel en het verbod op miskenning van de eigen bevoegdheid.

³⁷¹ I. OPDEBEEK, *Voor recht, rechtvaardigheid en Camus. Liber amicorum Bernard Hubeau*, Brugge, die Keure / la Charte, 2018, 58.

Bij de besproken voorbeelden ging het echter om een RUP en plan van aanleg en niet om een omgevingsvergunning, waardoor het m.i. niet correct zou zijn om hier de gemengde rechtsleer toe te passen. *In casu* is er dus voldaan aan de kenmerken van de gemene leer, waardoor we deze zouden kunnen onderbrengen in de gemene rechtsleer.

170. Wat de arbeidsovereenkomsten betreft, is het niet mogelijk om deze onder te brengen in de gemene rechtsleer. Dit is niet mogelijk omdat volgens de gemene rechtsleer het (publiekrechtelijke) ambtenarenrecht de toepassing van het privaatrechtelijke arbeidsovereenkomstenrecht zou uitsluiten, quod non. Naar Belgisch recht in tewerkstelling zowel via het ambtenarenrecht, als via het arbeidsovereenkomstenrecht. Dit kenmerk pleit in het voordeel van de gemengde leer, waarbij de publiek- en privaatrechtelijke regeling naast elkaar kunnen bestaan. De publiekrechtelijke regeling vormt maw geen *lex specialis* die de gemene privaatrechtelijke regeling zou derogeren. Een ander kenmerk die pleit in het voordeel van de gemengde leer is de doorwerking van publiekrechtelijke beginselen, het voorbeeld bij uitstek is de doorwerking van de hoorplicht als onderdeel van de *abb's*.³⁷²

Volledigheidshalve moet echter worden aangegeven dat deze publiekrechtelijke doorwerking niet absoluut is, zo is de overheid niet gebonden aan de wet betreffende de motivering van bestuurshandelingen bij het ontslag van een werknemer. Helaas is de overheid ook niet gebonden aan CAO nr. 109, waardoor er zelfs ten tijde van de redactie van de scriptie geen wetgevende oplossing bestaat voor deze gebrek aan waarborgen voor de overheidscontractant.

171. De gemeenschappelijk leer is moeilijk verenigbaar met de regeling inzake de beleidsovereenkomsten. Het privaatrecht verplicht namelijk niet tot onpartijdigheid *an sich*, noch schrijft het de bevoegdheidsverdelende regels voor. Illustratief in dit verband is het standpunt van de commissie tot hervorming van het verbintenissenrecht, waarbij ze aangeven dat het "*niet tot haar opdracht behoort om wijzigingen aan te brengen aan de draagwijdte van de teksten over de bekwaamheid zoals die in het huidig Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen en die het domein van het verbintenissenrecht overstijgen*". Dergelijke vraagstukken vallen dus moeilijk onder het privaatrechtelijk domein. Wat de arbeidsovereenkomst betreft kan net zoals het GBOL-beginsel, worden verwezen naar het zorgvuldigheidsbeginsel als gemeenschappelijk beginsel. Volgens mij is het, in navolging van het theoretisch kader van de gemeenschappelijk rechtsleer, mogelijk om de motiveringsplicht onder te brengen in een publiekrechtelijke verhouding d.m.v. de wet betreffende de formele motivering van bestuurshandeling.

172. Deze motivering zou kunnen worden gezien als een uitvoering van de meer algemene zorgvuldigheidsplicht. Daarboven zou een algemene motiveringsplicht bestaan, die losstaat van de noemer publiek- en privaatrecht, maar simpelweg onder de noemer 'recht' valt. Deze algemene plicht, zou eveneens zijn grondslag vinden in de zorgvuldigheidsplicht. Hierdoor zou het mogelijk zijn om de zorgvuldigheidsplicht door te laten werken bij overheidscontracten, teneinde een ongelijke behandelingen te voorkomen.

³⁷²GwH 6 juli 2017, nr. 86/2017, https://www.law.kuleuven.be/arbeidsrecht/pdf_documenten/nieuwsbrieven2017/gwh-2017-086n.pdf.

De arbeidsrechtbank van Antwerpen heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt om in een geval van misbruik van het ontslagrecht door een overheid een bijkomende schadevergoeding toe te kennen, die *de facto* neerkwam op een vergoeding die ze zou bekomen via CAO nr. 109.³⁷³

173. Het lijkt er in de praktijk dus op dat de rechtbanken d.m.v. artikel 1134, lid 3 BW (uitvoering overeenkomst te goeder trouw) alsnog een motivering door de werkgever van de redenen voor het ontslag kunnen afdwingen, de rechter zal dit geval per geval moeten nagaan.³⁷⁴ Dit voorbeeld toont aan dat de gemeenschappelijk rechtsleer een geheel nieuwe denkoefening met zich meebrengt. Dit voorbeeld toont eveneens aan dat de gemeenschappelijke rechtsleer niet uitgesloten is in het kader van de tewerkstelling door de overheid.

4.2. Aansprakelijkheidsrecht

4.2.2. Kostenverhaal door de overheid

174. Om een volledig beeld te hebben van de mate van vervlechting binnen het aansprakelijkheidsrecht is het evenwel van belang om na te gaan of de overheid de schade die zij heeft geleden bij de uitvoering van haar taken kan vergoeden via het privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht. Dit betreft het kostenverhaal door de overheid.

Zoals besproken stelde LECLERQ dat "*gouvernants et gouvernés sont hommes de même essence*".³⁷⁵ Toch verschilt de situatie van de overheid van deze van particulieren, doordat de overheid doorgaans handelt ter uitvoering van een verplichting (contractueel, wettelijk of reglementair). *Ab initio* nam het Hof van Cassatie dat de Staat bij de uitvoering van haar taken een vergoeding kon bekomen indien ze schade lijdt door een fout van een ander en dit onder identiek dezelfde voorwaarden als een particulier. Vanuit die redenering kreeg de Belgische Staat dankzij het cassatie-arrest van 25 februari 1936 een schadevergoeding voor de ziekenhuiskosten en het vervangingsinkomen die ze betaalde aan de gewonde werknemer. De derde die aansprakelijk was voor het ongeval moest deze vergoeding betalen aan de Staat.³⁷⁶ Er is in deze fase sprake van een vervlechting doordat het de overheid vrij staat om gebruik te maken van de privaatrechtelijke weg. Binnen de uitwerking van deze vervlechting valt echter te constateren dat enkel het privaatrecht van toepassing was, de hoedanigheid van de overheid was irrelevant voor het kostenverhaal door diezelfde overheid. Deze fase kan dan ook worden ondergebracht bij de 'zuivere leer'.

175. Voornoemde zienswijze bleef echter niet lang overeind. Een eerste nuancering van deze 'zuivere leer' is terug te vinden in het cassatie-arrest van 17 januari 1938. De feiten waren als volgt: De Belgische staat diende de medische kosten en het vervangingsinkomen te betalen van een gewonde militair. De verwondingen van de militair waren *de facto* het gevolg van de fout van een derde. De Staat probeerde dan ook een vergoeding te bekomen door diezelfde derde aansprakelijk te stellen. Het Hof van Cassatie benadrukte evenwel dat hier sprake was van een doorbreking van het oorzakelijk verband.

³⁷³ Arbrb. Antwerpen 24 mei 2017, A.R. 14/1451/A, onuitg.

³⁷⁴ I. DE WILDE, "Hoor- en (formele) motiveringsplicht bij het ontslag van een overheidscontractant: een stand van zaken na een woelige periode", TVGEM 2019, nr. 1, (2) 19 – 21.

³⁷⁵ Cass. 5 november 1920, Pas. 1920, 221.

³⁷⁶ Cass., 25 februari 1936, Pas., 1936, I, 165

De reden dat de overheid handelde, vloeide voort uit een reglementaire verplichting, krachtens dewelke ze moet instaan voor haar militairen (m.i.v. de medische kosten).³⁷⁷ Er is m.a.w. een juridische oorzaak voor het optreden door de Staat.³⁷⁸ In een andere zaak waarbij de NMBS-schade had geleden (in de vorm van de kosten die ze moest betalen voor haar gewonde werknemer) t.g.v. de fout van een derde, oordeelde het HvC in dezelfde zin. Er is niet voldaan aan het causaal verband, doordat het optreden van de NMBS te verklaren valt vanuit een juridische oorzaak. Het Hof van Cassatie stelt in dit verband dat "*entre les charges que la societe defendresse qualifie dommage, et l'accident qui en est seulement l'occasion, s'interposait une cause juridique propre qui, a elle seule, justifie le decaissement dont se plaint la defendresse*".³⁷⁹

176. Dergelijke interpretatie is echter streng gelet op het feit dat de overheid steeds moet optreden op grond van een juridische grondslag. Het Hof van Cassatie had haar rechtspraak inzake de 'juridische grondslag' dan ook verbroken. In een zaak waarbij schade was toegebracht aan de administratie van de gemeente, was er een financiële steunverlening vanuit de Belgische Staat. De Belgische Staat vorderde deze kosten (zijnde de financiële steunverlening) terug van de schadeverwekker. In deze zaak oordeelde het Hof van Cassatie met het arrest van 6 mei 1969 dat de Staat inderdaad een schadevergoeding kon bekomen. Het HvC oordeelde dat zelfs bij het optreden op grond van een juridische grondslag "*het bestaan van de schade daarom niet zou uitgesloten zijn*".³⁸⁰ De rol van de hoedanigheid van de Staat (i.h.b. de juridische grondslag voor het optreden van de Staat), verloor aldus aan belang. Deze zienswijze maakte het voorwerp uit van kritiek binnen de rechtsleer en rechtspraak. Het Hof van Cassatie bracht met het arrest van 28 april 1978 dan ook de nodige verduidelijking.³⁸¹

In voornoemd arrest wou de stad Antwerpen een vergoeding bekomen voor de kosten die ze maakte voor het wegwerken van scheepswrakken n.a.v. een aanvaring in het Albertdok. Deze verplichting tot wegwerking vloeide voort uit een decreet. Het Hof oordeelde dan ook dat de stad Antwerpen deze "*kosten doet alleen om zich te kwijten van haar verplichtingen in verband met waterwegen of havens, zij een door de wet of door een verordening opgelegde verplichting vervult; dat zij door de loutere vervulling van die verplichting geen schade lijdt die in oorzakelijk verband staat, in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek*".³⁸² Het Hof stelde aldus duidelijk vast dat wel degelijk moet worden nagegaan of het optreden van de overheid het gevolg is van een juridische verplichting. Indien dit het geval is, dan kan de overheid geen schade lijden aangezien het gaat om een loutere vervulling van een verplichting. De rechtsonzekerheid bleef echter bestaan en de cassatie-arresten bleven elkaar lange tijd verbreken. De afgelopen jaren blijkt uit meerdere cassatie-arresten echter meer zekerheid omtrent het kostenverhaal door de overheid. Met het arrest van 19 februari 2001 bracht m.i. meer rechtzekerheid, in dit arrest stelde het Hof van Cassatie dat:³⁸³

³⁷⁷ Cass., 17 januari 1938, Pas., 1938, I, 8.

³⁷⁸ E. DIRIX, *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2017, 312.

³⁷⁹ Cass., 11 april 1938, Pas., 1938, I, 145.

³⁸⁰ Cass., 6 mei 1969, Pas., 1969, I, 799.

³⁸¹ Cass., 28 april 1978, R. W., 1978-79, 1695-1709.

³⁸² Cass., 28 april 1978, R. W., 1978-79, 1695-1709.

³⁸³ Cass. 19 februari 2001, C.99.0014.N, www.juridat.be; E. DIRIX, *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2017, 312.

"het bestaan van een contractuele, wettelijke of reglementaire verplichting niet uitsluit dat schade, in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek ontstaat, tenzij wanneer, blijkens de inhoud of de strekking van de overeenkomst, de wet of het reglement, de te verrichten uitgave of prestatie definitief voor rekening moet blijven van diegene die zich ertoe heeft verbonden of die ze ingevolge de wet of het reglement moet verrichten".³⁸⁴

Vooreerst moet dus worden nagegaan of er een juridische grondslag is voor het optreden van de overheid. Zo niet, dan zal het mogelijk zijn om de vergoeding op grond van artikel 1382 te bekomen. Indien de overheid wel een plicht heeft tot optreden, is het kostenverhaal op grond van artikel 1382 BW echter niet uitgesloten. In voornoemde hypothese moet immers worden nagegaan wat de *inhoud of strekking* van de overeenkomst, wet of reglement in kwestie is.

Uit deze inhoud of strekking zal moeten blijken of het de bedoeling is dat de overheid die kosten voor haar eigen doet ontstaan, dan wel of dit niet de bedoeling was. Dit betreft de vraag naar het zogenaamd 'vergoedbare karakter' van de schade. In het cassatie-arrest in kwestie zelf oordeelde het Hof bijvoorbeeld dat:

"krachtens artikel 17 van het koninklijk besluit van 1 juni 1964 betreffende sommige verloven toegestaan aan personeelsleden van de rijksbesturen en betreffende de afwezigheid wegens persoonlijke aangelegenheden, de overheid aan de ambtenaren de activiteitswedde enkel betaalt als voorschot op de door de derde verschuldigde vergoeding; Dat hieruit kan worden afgeleid dat het de bedoeling van de wetgever niet was dat de last van de prestatie definitief voor rekening van de overheid komt".³⁸⁵

Er is dus sprake van een grondslag voor het optreden van de overheid, i.e. het KB van 1 juni 1964.³⁸⁶ Dit sluit niet uit dat er vergoedbare schade is ontstaan. Uit de inhoud en strekking van die bepaling blijkt immers dat de activiteitswedde slechts een voorschot is op de door derde verschuldigde vergoeding. Het was dus niet de bedoeling om de last definitief voor rekening van de overheid op te leggen. In deze zaak was er m.a.w. sprake van een vergoedbare schade.³⁸⁷

177. Latere cassatie-arresten hebben dit toetsingskader voor het privaatrechtelijke kostenverhaal door de overheid verder uitgewerkt.³⁸⁸ De scriptie zal nu nagaan wat de betekenis is van dit toetsingskader is voor de verhaalbaarheid van brandweer- en politiekosten.

³⁸⁴ Cass. 19 februari 2001, C.99.0014.N, www.juridat.be.

³⁸⁵ Cass. 19 februari 2001, C.99.0014.N., www.juridat.be.

³⁸⁶ Koninklijk besluit van 1 juni 1964 tot vaststelling van de administratieve toestand van sommige ambtenaren van de rijksbesturen, die in vreedstijd militaire prestaties verrichten of diensten volbrengen ter uitvoering van de wet van 3 juni 1964 houdende het statuut van de gewetensbezwaarden, BS 23 juni 1964.

³⁸⁷ Cass. 19 februari 2001, C.99.0014.N., www.juridat.be.

³⁸⁸ S. LIERMAN, P.J. VAN DE WEYER en K.J., VANDORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht", in Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Preadviezen 2015*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, (13) 79 – 80.

178. Voor de vervulling van de taken van de brandweer zijn meerdere juridische instrumenten van belang. Zo is er bijvoorbeeld de Wet van 31 december 1963 betreffende de Civiele Bescherming en het KB van 25 april 2007 tot vaststelling van de opdrachten van de hulpdiensten die kunnen verhaald worden en diegene die gratis zijn.³⁸⁹ A.d.h.v. de inhoud of strekking van deze wetgeving moet de wetgever oordelen of het de bedoeling was om de gemaakte kosten te verhalen. Het arrest van 25 oktober 1974 gaf aan dat de brandweer geen vergoeding kon bekomen voor de verwondingen die het heeft opgelopen tegenover de stichter van de brand. Opvallend is dat deze vergoeding niet mogelijk was, omdat het statuut van de brandweer reeds voorzag in vergelijkbare vergoeding.³⁹⁰ M.a.w. indien het publiekrecht voorziet in een vergelijkbaar resultaat, dan moet deze worden gebruikt volgens de logica van vernoemd cassatie-arrest.

179. In een arrest van 24 februari 2017 oordeelde het HvC dat er sprake was van verhaalbare schade voor de brandweer.³⁹¹ Vooraf aan de toetsing geeft het Hof van Cassatie nogmaals het toetsingskader weer voor het kostenverhaal door de overheid. In deze zaak kwam er een lading bonen van een vrachtwagen op de rijbaan terecht. Als gevolg hiervan had de gemeente Pittem een oproep gedaan aan zijn brandweer om de rijbaan op te ruimen. De vraag is dan of dergelijke interventie (het opkuisen van een rijbaan) een verhaalbare schade uitmaakt. Uit een lezing van artikel 2, 2bis, §1 en 2bis/1, §1 van de wet civiele bescherming komt het Hof tot de conclusie dat:

"de gemeente de kosten voor technische hulpverleningswerkzaamheden die niet het gevolg zijn van een noodoproep om mensen te beschermen of te redden, niet definitief ten laste blijven van de gemeente en zij deze kosten kan verhalen op degene die aansprakelijk is voor de werkzaamheden"

De staat kan m.a.w. zelf afbakken welke kosten vergoedbaar zouden moeten zijn en in welke gevallen ze gebruik kan maken van artikel 1382 BW. De wetgever maakt ook effectief gebruik van deze mogelijkheid, de wet betreffende de civiele veiligheid heeft namelijk een wijziging ondergaan. Deze wijziging gebeurde door de wet van 15 juli 2018 Wet houdende diverse bepalingen Binnenlandse Zaken.³⁹²

Deze wet brengt meerdere nieuwe vergoedingsposten met zich mee voor de hulpdiensten. Van belang in de context van brandweerkosten is artikel 178, 3^o We betreffende de civiele veiligheid, volgens dewelke *"volgende interventies worden verhaald door de Staat voor wat betreft de Civiele Bescherming en door de zone voor wat betreft de posten: 3^o ten laste van de dader, de mededader en de medeplichtige van een brandstichting bedoeld in de artikelen 510 tot 518 van het Strafwetboek, die hoofdelijk aansprakelijk zijn, de kosten veroorzaakt aan deze diensten voor de bestrijding van brand en ontploffing en hun gevolgen bedoeld in artikel 11, § 1, 3^o".*

³⁸⁹ Wet van 31 december 1963 betreffende de civiele bescherming, BS 16 januari 1964; Koninklijk besluit van 25 april 2007 tot vaststelling van de opdrachten van de hulpdiensten die kunnen verhaald worden en diegene die gratis zijn, BS 14 mei 2007.

³⁹⁰ Cass. 25 oktober 1974, Arr. Cass., 1975, 260.

³⁹¹ Cass. 24 februari 2017, nr. C.16.0309.N., www.juridat.be.

³⁹² Wet van 15 juli 2018 houdende diverse bepalingen Binnenlandse Zaken, BS 25 september 2019.

Ook uit de MvT blijkt duidelijk de bedoeling "*dat een dader en/of mededader die veroordeeld wordt voor brandstichting de kosten gemaakt door de hulpdiensten voortaan zal moeten vergoeden*".³⁹³

180. Aldus valt een consistente toepassing te constateren van de definitie die het HvC met zijn arrest van 19 februari 2001 naar voren heeft gebracht. Er is sprake van een juridische verplichting voor de brandweer om op te treden i.g.v. een oproep (*in casu* door de gemeente), uit de inhoud en strekking van de wet van 31 december 1963 en het KB van 25 april 2007 blijkt echter dat het niet de bedoeling was om de hierbij gemaakte kosten definitief ten laste van de overheid te leggen.

181. Inzake de kosten gemaakt door de politiediensten stellen politici zich al lange tijd de vraag welke maatregelen kunnen worden genomen om deze extra kosten enigzins onder controle te houden.³⁹⁴ Gemeentebesturen kunnen in dit verband reeds bepaalde maatregelen nemen om bepaalde kosten te compenseren, een voorbeeld hiervan is de zogenaamde 'combi-taks'. Volgens deze taks moet degene die verantwoordelijk is voor het vervoer door de politie, deze vervoerskosten ook betalen (bijvoorbeeld t.g.v. politietussenkost in het kader van overlast of openbaar dronkenschap).³⁹⁵ Voor deze belasting beschikken de gemeente ook over de vereiste wettelijke grondslagen, zijnde artikel 170, §4 van de Grondwet en het Decreet van 30 mei 2008 betreffende de vestiging, de invordering en de geschillenprocedure van provincie- en gemeentenbelastingen.³⁹⁶

De discussie doet zich voor in de gevallen waarin de wetgever niet uitdrukkelijk heeft voorzien in een grondslag voor de vergoeding van de politiekosten. Anticiperend op een groot protest n.a.v. de covid-19 maatregelen nam o.a. de burgemeester van de stad Maasmechelen voorzorgsmaatregelen.³⁹⁷ De politiemacht was in grote getallen aanwezig, maar uiteindelijk kwam er geen protest. In een reactie hierop gaf de burgemeester aan dat: "*Hoeveel de extra inzet dit weekend heeft gekost, is nog niet bekend, maar ik vind wel dat de mensen die de oproepen gelanceerd hebben, moeten opdraaien worden voor die kosten. Al is de rechtsgrond daar niet heel duidelijk over. Zo is het de vraag of die oproep op zich schade heeft berokkend. Ik vind van wel, want de staat en de gemeenschap zitten opgezadeld met dure politiekosten. In dit geval zou de wet duidelijker mogen zijn*".³⁹⁸

³⁹³ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 29 juni 2018 houdende diverse bepalingen binnenlandse zaken, *Parl.St.* Kamer, 2017 – 18, nr. 6.

³⁹⁴ Zie bijvoorbeeld Senaat, *Vr. en Antw.* 2010 – 2014, nrs. 5-2025 t.e.m. 2028; De Kamer, *Vr. en Antw.* 2014 – 2019, nr. 77-443.

³⁹⁵ Zie bijvoorbeeld Belastingreglement Gemeente Lint van 24 november 2020 betreffende de Combitaks, Publicatie 22 december 2020, <https://www.lint.be/download.ashx?id=9565>; Belasting gemeente Aartselaar van 23 november 2020 betreffende het vervoer van personen met een politievoertuig (Combitaks), publicatie 25 november 2020, https://www.aartselaar.be/belasting-vervoer-personen-met-politievoertuig-gr_20201123_22pdf.

³⁹⁶ Decreet van 30 mei 2008 betreffende de vestiging, de invordering en de geschillenprocedure van provincie- en gemeentenbelastingen, BS 4 juli 2008.

³⁹⁷ Ter uitvoering van haar plicht zoals voortvloeit uit artikel 135 nieuwe gemeentewet.

³⁹⁸ X, Het belang van Limburg, "*Genksepolitie zet zich opnieuw schrap voor protestacties komende zaterdag*" <https://www.hln.be/maasmechelen/genkse-politie-zet-zich-opnieuw-schrap-voor-protestacties-komende-zaterdag~a6e74e9f/?referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>.

182. Ook bij de politiediensten kan worden verwezen naar de algemene regel van het HvC waarbij moet worden gekeken naar de *inhoud* of de *strekking* van de overeenkomst, de wet of het reglement.³⁹⁹ Uit de rechtspraak blijkt dat bij gebrek aan wettelijke voorschriften omtrent de verhaalbaarheid van de gemaakte kosten door de politie, een restrictieve interpretatie voorhanden zal zijn. M.i. is deze restrictieve interpretatie terecht, indien het niet duidelijk is wat de bedoeling van de wetgever is m.b.t. bepaalde kosten dan is het moeilijk om deze beoordelingsvrijheid volledig over te hevelen naar de rechter.

183. Zo was er in Brugge een agressiedelict voorhanden, waarbij de agent in kwestie t.g.v. hiervan arbeidsongeschikt was en er dossierkosten (o.a. in de context van rechtspleging) voorhanden waren. De stad Brugge wou deze kosten recupereren door de veroorzaker van dit delict aansprakelijk te stellen. Het Hof van Beroep benadrukt dat het oorzakelijk verband zeker voorhanden is. Het Hof stelt dat *"in de hypothese dat D.B. zich had onthouden van het op 10 januari 2015 plegen van een agressiedelict zou de Stad Brugge effectief minder kosten van haar Politiezone hebben moeten dragen"*.

Toch geeft dit geen aanleiding tot een vergoeding voor deze schade. Naar het oordeel van het Hof *"volgt immers uit de strekking van de ter zake geldende wetgeving op politie en justitie dat deprestaties van overheidsdiensten in het kader van opsporing en bestrijding van (vermeende) misdrijven definitief ten laste van de overheid moeten blijven"*.⁴⁰⁰

In dit arrest verwijst het Hof ook naar de werken van VANSWEEFELT en WEYTS volgens dewelke *"Het uitgangspunt is dat de kosten voor orde- en veiligheidstaken van algemeen belang definitief ten laste van de overheid blijven. Het gaat hier immers om de kerntaken van de overheid"*.⁴⁰¹ De schade die als gevolg van de uitoefening van een orde- en veiligheidstaak ontstaat (bv. administratieve kosten), is dan ook niet vatbaar voor vergoeding. Dezelfde auteurs waar meerdere rechters naar verwijzen geven echter aan dat er twee uitzonderingsgevallen zijn, waar wel een vergoeding kan worden bekomen.

Het eerste geval is deze waarin de wetgever zelf aangeeft welke schade voor vergoeding vatbaar is, men denke hieraan aan het reeds besproken KB van 25 april 2007 tot vaststelling van de opdrachten van de hulpdiensten die kunnen verhaald worden en diegene die gratis zijn.⁴⁰² In de tweede plaats geven de auteurs aan dat een vergoeding ook mogelijk zou zijn i.g.v. opzettelijke fout door de dader.⁴⁰³ De Belgische rechtspraak is ook terughoudend m.b.t. vergoeding zonder wettelijke grondslag, maar sluit zich in weze aan bij het tweede uitzonderingsgeval geformuleerd door VANSWEEFELT en WEYTS.

³⁹⁹Cass. 19 februari 2001, C.99.0014.N., www.juridat.be; S. LIERMAN, P.J. VAN DE WEYER en K.J., VANDORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht", in Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Preadviezen 2015*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, (13) 79 – 80.

⁴⁰⁰ Hof van Beroep Gent, Achttiende kamer, 2016/BB/44, 12 juni 2017, <https://juportal.be/content/ECLI:BE:HBGNT:2015:ARR.20151005.8?HiLi=eNpLtDKxqs60MrAutjI0tFIqyM/JLMIMr crPS1WyzrQyBAqbWcKZGlsYgbhGUFUB/j6eIZ6uUf5+riBhY5gwsuZaAKmgGpY=>.

⁴⁰¹ Hof van Beroep Gent, Achttiende kamer, 2016/BB/44, 12 juni 2017, <https://juportal.be/content/ECLI:BE:HBGNT:2015:ARR.20151005.8?HiLi=eNpLtDKxqs60MrAutjI0tFIqyM/JLMIMr crPS1WyzrQyBAqbWcKZGlsYgbhGUFUB/j6eIZ6uUf5+riBhY5gwsuZaAKmgGpY=>.

⁴⁰²Koninklijk besluit van 25 april 2007 tot vaststelling van de opdrachten van de hulpdiensten die kunnen verhaald worden en diegene die gratis zijn, BS 14 mei 2007.

⁴⁰³ T. VANSWEEFELT en B. WEYTS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 860.

Zo stellen de rechters vast dat "*bijzonder opzet tot het veroorzaken van overlast of berokkenen van schade*" kan leiden tot een kostenverhaal door de overheid. De reden voor deze uitzondering is dat het niet logisch is om iemand strafrechtelijk te veroordelen voor het veroorzaken van schade en overlast, maar tegelijkertijd een burgerrechtelijk schadevergoeding in de regel uit te sluiten.⁴⁰⁴

Aldus valt ook bij het privaatrechtelijk leerstuk van het kostenverhaal door de overheid een publiekrechtelijke doorwerking te constateren bij het criterium van de schade. De rechter zal immers moeten nagaan of er sprake is van vergoedbare schade. Hierbij zullen publiekrechtelijke beginselen, zoals het algemeen belang maar ook het kerntaken criterium, hun doorwerking vinden. Zij vormen in deze context de publiekrechtelijke randvoorwaarden, waar de rechter rekening mee moet houden.

Nu kan men zich de vraag stellen of het wel gepast is, om de rechter te laten bepalen welke taken tot de kerntaken van de overheid behoren. M.i. is deze hypothese minder controversieel dan het geval waarin de rechter zich in de beleidsvrijheid van de overheid gaat inmenging binnen het leerstuk van de staatsaansprakelijkheid. Bij het kostenverhaal gaat het immers om een eventuele 'vergoeding' voor de overheid, terwijl er bij de overheidsaansprakelijkheid sprake is van een eventuele 'veroordeling' tegen de overheid. Bij een veroordeling van de overheid, moet er m.i. in hogere mate rekening worden gehouden met het beginsel van de scheiding van der machten.

184. Toegepast op de casus m.b.t. de covid-19 protesten, zou een vergoeding niet mogelijk zijn op grond van een wettelijke grondslag. Het optreden van de overheid was ter uitvoering van een orde- en veiligheidstaak van algemeen belang. Dergelijke 'kerntaken' blijven definitief ten laste van de overheid. De enige mogelijkheid om vooralsnog een vergoeding te bekomen is het bewijzen van "*bijzonder opzet tot het veroorzaken van overlast of berokkenen van schade*".⁴⁰⁵ In deze zaak zal dus eerst strafrechter moeten nagaan of dit het geval is, rekening houdend met de concrete omstandigheden van de zaak en pas daarna zal de overheid een burgerlijke vordering kunnen instellen om de kosten te recupereren mits er een veroordeling is door de strafrechter.

185. BORUCKI bespreekt het kostenverhaal door de politie in de context van valse bommeldingen. Hij benadrukt eveneens dat uit de inhoud of draagwijdte van de wet moet blijken of de kosten definitief voor de overheid zijn. Hiervoor geeft hij het cassatiearrest van 7 januari 2016.⁴⁰⁶ Uiteraard neemt dit cassatiearrest de definitie uit het arrest van 19 februari 2001 over. BORUCKI geeft aan dat er geen uitdrukkelijke wettelijke regeling is die voorschrijft welke kosten voor de overheid zijn en welke kosten verhaalbaar zijn. Uit arresten van het Hof van Beroep te Gent blijkt echter dat de kosten van orde- en veiligheidstaken van algemeen belang ten laste van de overheid blijven, indien hier geen wettelijke uitzondering op bestaat.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴Hof van Beroep Gent 1 februari 2016, RW 2016-17, nr. 21, (826) 828.

⁴⁰⁵T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, Buitencontractuele aansprakelijkheid, Antwerpen, Intersentia, 2009, 860.

⁴⁰⁶C. BORUCKI, "Valse bommeldingen: wie betaalt de rekening?", *DJK* 2019, nr. 391, (16) 16.

⁴⁰⁷Gent 5 mei 2014, RW 2015-16, (1268) 1269; Gent 5 oktober 2015; Gent 1 februari 2016, RW 2016-17, (826) 827-828; Gent 12 juni 2017

De *ratio* hierachter is dat deze orde- en veiligheidstaken immers tot de *kerntaken* van de overheid behoren. Ook in de context van de valse bommeldingen kunnen we de reeds besproken publiekrechtelijke randvoorwaarden constateren.⁴⁰⁸

BORUCKI geeft eveneens aan dat de kosten toch verhaalbaar i.g.v. "*bijzonder opzet tot het veroorzaken van overlast of berokkenen van schade*", bijkomend geeft deze auteur aan dat vergoeding eveneens mogelijk is in geval van een oproep waarvan de oproeper weet dat deze nutteloos is. Hier dient echter eveneens sprake te zijn van een bijzonder opzet. De rechter zal geval per geval moeten nagaan in welke mate dergelijke opzet voorhanden is.⁴⁰⁹

Het is duidelijk dat ook in de context van het kostenverhaal door de politie het mogelijk is om de definitie uit het cassatiearrest van 19 februari 2001 te hanteren. Bij de brandweerkosten was het duidelijk van welke wet men de inhoud en strekking moet onderzoeken om te besluiten tot de al dan niet vergoedbaarheid van de schade. Bij de politie blijkt de zoektocht naar de relevante wetgeving voor het vaststellen van het vergoedbaar karakter van de schade evenwel complexer te zijn.⁴¹⁰

BORUCKI wijst erop dat er in de eerste plaats een KB is die de minimale dienstverlening waaraan de lokale politie moet voldoen afbakt. Het betreft het KB van 17 september 2001. Voornoemd KB zou een eerste indicatie kunnen zijn van de kerntaken van de lokale politie, voor de taken die daarbuiten vallen zou volgens de rederening van het Hof van Beroep te Gent een vergoeding mogelijk zijn. Naast het KB van 17 september 2001, zijn ook de inhoud en strekking van de wet op het politieambt en de wet op de geïntegreerde politie relevant.⁴¹¹ Beide wetten zijn relevant omdat zowel de gerechtelijke als de bestuurlijke politie volgens de wetgever o.a. instaan voor de handhaving van de openbare orde. Hierdoor oefenen zowel de gerechtelijke als bestuurlijke politie orde- en veiligheidstaken van algemeen belang uit. Dergelijke kosten zijn zoals besproken niet verhaalbaar. Artikel 90 wet op de geïntegreerde politie geeft wederom aan dat voor bepaalde taken van bestuurlijke politie een retributiereglement mogelijk is.⁴¹²

186. Ten slotte is het van belang om bijzondere aandacht te houden voor de kwalificatie van de schade en het oorzakelijk verband. Als men de politie moet inzetten voor een valse melding, dan is er *prima facie* geen sprake van schade. De staat moest hoe dan ook het salaris van de politieagenten betalen. Toch neemt de rechtspraak relatief snel aan, dat hier sprake van een oorzakelijk verband, mits men erin kan slagen om de juiste schade te verhalen. De onbeschikbaarheid van de politieagenten kan worden beschouwd als een verloren voordeel die is veroorzaakt door de valse bommelding. Het is dus van belang om goed te selecteren om welke schade het gaat. M.b.t. de covid-protesten zou de schade kunnen bestaan uit de kosten voor de federale versterking.

⁴⁰⁸C. BORUCKI, "Valse bommeldingen: wie betaalt de rekening?", *DJK* 2019, nr. 391, (16) 16.

⁴⁰⁹*Ibid.*

⁴¹⁰Cass. 19 februari 2001, C.99.0014.N., www.juridat.be; E. DIRIX, *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, Mortsels, Intersentia, 2017, 312.

⁴¹¹Wet van 5 augustus 1992 op het politieambt, BS 22 december 1992; Wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus, BS 5 januari 1999.

⁴¹²Men denke aan het voorbeeld van de combitaks DIRIX, *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, Mortsels, Intersentia, 2017, 312.

Indien de fout (het oproepen tot protest) zich niet had voorgedaan, zou het immers niet nodig zijn om de federale versterking op te roepen *a fortiori* om de bijkomende vergoeding voor deze versterking te betalen. Bij de voorwaarde van het oorzakelijk verband komt de publiekrechtelijke doorwerking echter minder sterk naar voren, deze komt vooral sterk naar voren bij het al dan niet 'vergoedbaar karakter' van de schade.

187. Volgens LIERMAN, VAN DE WEYER en VANDORMAEL is er in de context van het kostenverhaal door de overheid (in het bijzonder bij de brandweerkosten) is er echter geen sprake van een publiekrechtelijke aanvulling, maar van een bijzondere toepassing van de privaatrechtelijke schadeleer. In dit verband stellen voornoemde auteurs dat "*Hoewel rechtscolleges in België en Nederland dus vanuit een verschillend rechtskader redeneren – respectievelijk de privaatrechtelijke schadeleer (voorheen causaliteitsleer) en de publiekrechtelijke doorkruisingsleer – zien we dat de achterliggende logica en de aangedragen oplossing vaak dezelfde zijn*".⁴¹³

188. M.i. vertonen de achterliggende logica en de aangedragen oplossing echter dermate veel gelijkenissen, dat we beter kunnen spreken van publiekrechtelijke randvoorwaarden bij de beoordeling van de schade. Deze publiekrechtelijke randvoorwaarden passen in die zin, grotendeels, binnen het toetsingskader van de doorkruisingsformule. Net als in Nederland dienen de Belgische rechter een 'voorafgaande' vraag te stellen. Volgens deze voorafgaande vraag moet worden onderzocht of de wet in kwestie, de algemene gebruiken, of eerdere rechtspraak een antwoord bieden omtrent de toelaatbaarheid van de privaatrechtelijke weg voor de overheid. Naar Belgisch recht dient eveneens te worden nagegaan wat de wet of het reglement in kwestie voorschrijft. Zoals gezien met de wet civiele veiligheid, kan de wet bijvoorbeeld uitdrukkelijk voorschrijven welke kosten verhaalbaar zijn, waardoor het mogelijk is om in een vroege fase een antwoord te bieden op de voorafgaande vraag.

Indien het niet mogelijk is om dergelijk antwoord te vinden, dan moet via de inhoud of de strekking van de overeenkomst, de wet of het reglement worden nagegaan of de te verrichten uitgave of prestatie definitief voor rekening moet blijven van diegene die zich ertoe heeft verbonden of die ze ingevolge de wet of het reglement moet verrichten. Deze formule neemt letterlijk de bewoording van de Nederlandse doorkruisingsleer over, krachtens dewelke men de *inhoud en strekking van de regeling moet nagaan*. De Nederlandse rechter hanteren bij deze voorwaarden, net als de Belgische rechters, het 'kerntakencriterium'.

Wat de Nederlandse voorwaarde van de 'waarborgen voor derden' betreft, komt deze niet uitdrukkelijk naar voren bij de Belgische regeling inzake de kosten voor brandweerkosten en de politiekosten. Dit heeft m.i. eerder te maken met de materie die voorhanden is, voor het kostenverhaal door de overheid bestaat er geen equivalent die gelijk is aan artikel 1382 BW.

⁴¹³S. LIERMAN, P.J. VAN DE WEYER en K.J., VANDORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht", in Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Preadviezen 2015*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, (13) 67; Men denke aan het voorbeeld van de combitaks DIRIX, *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, Mortsels, Intersentia, 2017, 313 – 314.

Men kan denken aan de combi-taks, maar hier gaat het om een belasting en niet zozeer om een bijzondere aansprakelijkheidsvordering. Een tweede mogelijkheid is om deze bescherming van de belangen toe te wijzen aan het algemeen belang. Doordat overheden taken van algemeen belang uitoefenen, zullen de kosten definitief ten laste van de overheid zijn. In die zin kan het algemeen belang een bescherming vormen tegen burgerrechtelijke procedure jegens de particulier. Desalniettemin komt deze voorwaarde van de 'waarborgen voor derden' niet uitdrukkelijk naar voren binnen de Belgische rechtspraak. Het is echter niet noodzakelijk dat dit criterium uitdrukkelijk naar voren komt, de criteria van de doorkruisingsformule zijn zoals besproken niet cumulatief.

Ten slotte kan m.b.t. het criterium van het vergelijkbaar resultaat worden aangegeven dat de Belgische rechters wel degelijk rekening moeten houden met het al dan niet voorhanden zijn van een vergelijkbaar resultaat. Zo mag de overheid bijvoorbeeld geen privaatrechtelijke vergoeding vorderen voor schade geleden door een brandweerman, indien zijn statuut reeds voorziet in een vergelijkbare vergoeding.⁴¹⁴ M.i. vertoont de Belgische rechtspraak dus voldoende gelijkenissen met de Nederlandse doorkruisingsformule, om te kunnen spreken van een toepassing van publiekrechtelijke randvoorwaarden binnen de beoordeling van het vergoedbaar karakter van de schade.

189. Indien we ons meer bewust worden van deze publiekrechtelijke randvoorwaarden binnen privaatrechtelijke leerstukken, dan kan dit meerdere voordelen met zich meebrengen. Vandaag merken we op dat er niet altijd voldoende bescherming voorhanden is van de waarborgen voor de rechten van derden. Het voorbeeld bij uitstek hiervan zijn de overheidscontractanten, die niet kunnen genieten van de bescherming van CAO nr. 109, noch van de bescherming onder de wet betreffende de uitdrukkelijk motivering van bestuurshandelingen. Via de doorkruisingsformule zou het bijvoorbeeld mogelijk zijn geweest om in dergelijk geval te oordelen tot een onaanvaardbare doorkruising, door het gebrek aan bescherming van de waarborgen voor derden of door het voorhanden zijn van een vergelijkbaar resultaat. Een ander voordeel dat het bewustzijn omtrent de publiekrechtelijke randvoorwaarden met zich meebrengt is het onderzoek door de rechters naar eventuele vergelijkbare resultaten. Zo kan in de context van de beleidsovereenkomsten bijvoorbeeld worden nagegaan of er geen vergelijkbaar resultaat mogelijk door de aanwezigheid van een paaitaks, of kan er in de context van de politiekosten worden verwezen naar het al dan niet voorhanden zijn van een combi-taks. Binnen de huidige rechtspraak komen dergelijke vergelijkbare resultaten immers niet duidelijk naar voren, hetgeen vragen met zich meebrengt in de rechtsleer. Deze vragen hebben vaak ook betrekking naar het rechtmatig karakter van de alternatieven an sich. Zo is de paaitaks bijvoorbeeld het voorbeeld van controverse, doordat het ook de onpartijdigheid van het bestuur in het gedrang zou kunnen brengen.⁴¹⁵

⁴¹⁴Cass. 25 oktober 1974, Arr. Cass., 1975, 260.

⁴¹⁵S. DE SOMER, "De invloed van beleidsovereenkomsten op de onpartijdigheid van het bestuur: 'partij = partijdig'?", TVGEM 2020, nr. 3, 209-223 = 216.; E. HOLLEMAN en B. SCHELSTRAETE, "Lasten opgelegd in een omgevingsvergunning: waar liggen de grenzen voor het vergunningverlenend bestuur?", TNot. 2018, nr. 11, 843-861; I. OPDEBEEK, Voor recht, rechtvaardigheid en Camus. Liber amicorum Bernard Hubeau, Brugge, die Keure / la Charte, 2018, 341-356. I. OPDEBEEK, Voor recht, rechtvaardigheid en Camus. Liber amicorum Bernard Hubeau, Brugge, die Keure / la Charte, 2018, 341-356 = 344.;

190. Om deze redenen is een duidelijke toepassing van de publiekrechtelijke randvoorwaarden wenselijk. Volgens mij is de beste oplossing, om tegemoet te komen aan voornoemde aandachtspunten, de vereenvoudiging en aanvulling van de publiekrechtelijke randvoorwaarden. De eerste voorwaarde zouden we kunnen definiëren als 'eerbiediging van de publiekrechtelijke regels en beginselen'. Onder deze eerste voorwaarden kunnen de voorwaarden 2, 3, 4 en voor een deel 1 worden ondergebracht, doordat deze voorwaarden in weze neerkomen op publiekrechtelijke regels en beginselen. Het is echter ook mogelijk, om naar het Nederlands model het criterium van de 'voorafgaande vraag' op te nemen, waarbij de visie van de wet en de rechtspraak wordt onderzocht. De tweede voorwaarde zou dan het huidige voorwaarde 5 zijn, i.e. de bescherming van de belangen van derden. De laatste voorwaarde zou dan het vergelijkbaar resultaat betreffen. Dergelijke vergelijkbaar resultaat zal de privaatrechtelijke weg echter niet per se uitsluiten, zo bestaan de optie voor een beleidsovereenkomst of een paaitaks naast elkaar, zonder uitsluiting. Toch is het belangrijk om deze voorwaarden mee te nemen, doordat rechtspraak de toepassing van een vergelijkbaar publiekrechtelijk resultaat kan verplichten.⁴¹⁶

191. Dit betreft een eigen aanbeveling, die meer duidelijkheid zou kunnen geven in het landschap van de huidige tweewegenleer. Voor de kwalificatie van de huidige verhouding, zal echter rekening worden gehouden met de reeds besproken rechtspraak en rechtsleer. Aangezien "*gouvernants et gouvernés sont hommes de même essence*", duurde het niet lang vooraleer de overheid gebruik maakte van het privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht om gemaakte kosten te compenseren. De overheid kon dan ook als actor gebruik maken van het privaatrecht, waardoor we in dit verband kunnen spreken van een vervlechting. Het cassatie-arrest van 25 februari 1936 verduidelijkt dat de vervlechtingsintensiteit kon worden ondergebracht binnen de 'zuivere leer'. Het was immers enkel het privaatrecht dat van toepassing was, de hoedanigheid van de overheid en de hieraan verbonden gevolgen, waren volstrekt irrelevant. Reeds in deze fase is hte duidelijk dat de visie van TAK niet toepasselijk is op het Belgisch recht. De rechters maken namelijk geen gebruik van het ongeschreven publiekrechtelijk kostenverhaal door de overheid. Uit de arresten valt uitdrukkelijk af te leiden dat de rechters gebruik maken van artikel 1382 BW. De invullingsleer was van reeds vroeg niet van toepassing op de Belgische regeling. Deze zienswijze bleef niet lang overeind en de hoedanigheid van de overheid werd in rekening gebracht bij de beoordeling van de causaliteit. De overheid handelt immers vanuit een wettelijke of reglementaire plicht, waardoor er sprake is van een juridische oorzaak die het causaal verband verbreekt. In deze fase oefent het publiekrecht een onrechtstreekse invloed uit door zijn beïnvloeding van het causaal verband.

192. Hierna volgde een reeks van verbrekingen van cassatie-arresten, het was onduidelijk of het feit dat de overheid handelt vanuit een verplichting steeds een causaliteitsverbreekende factor vormt. Sinds 19 februari 2001 lijkt de situatie duidelijker, in dit arrest geeft het HvC ook een duidelijke definitie die het mogelijk maakt om te beoordelen of het kostenverhaal door de overheid mogelijk is. Vooreerst moet immers worden nagegaan of er een juridische grondslag is voor het optreden van de overheid. Zo niet, dan zal het mogelijk zijn om de vergoeding op grond van artikel 1382 te bekomen. Indien de overheid wel een plicht heeft tot optreden, is het kostenverhaal op grond van artikel 1382 BW echter niet uitgesloten.

⁴¹⁶Cass. 25 oktober 1974, Arr. Cass., 1975, 260.

In voornoemde hypothese moet immers worden nagegaan wat de *inhoud* of *strekking* van de overeenkomst, wet of reglement in kwestie is. Volgens mij moet deze toetsing aan de inhoud of strekking worden gezien als een publiekrechtelijk toetsingskader binnen de schadeleer en gaat het niet om een puur privaatrechtelijke beoordeling. De reden voor dit standpunt is dat de beoordeling van de inhoud of strekking, vaak een beoordeling van het algemeen belang met zich meebrengt (hetgeen een publiekrechtelijk kenmerk is), daarnaast brengt het ook een beoordeling van het kerntakencriterium met zich mee (wederom een publiekrechtelijk criterium). De Nederlandse regeling neemt het criterium van het algemeen belang en het van de kerntaken dan ook uitdrukkelijk op in de toetsing aan de doorkruisingsformule. Deze publiekrechtelijk aanvulling van het privaatrecht vormt dan ook de hoofdzakelijk reden dat we dit leerstuk kunnen onderbrengen binnen de gemengde leer. Net als bij de staatsaansprakelijkheid constateren we immers publiekrechtelijk randvoorwaarden, hetgeen de zuivere maar ook de gemengde leer uitsluit.

Conclusie

Wat de overheid als subject van het privaatrecht betreft valt een evolutie te constateren, waarbij de publiekrechtelijke rechtsfiguren aan belang inboeten. Toch is het publiekrecht niet volledig uit het beeld verdwenen. Het cassatie-arrest van 27 oktober 2006 toont bijvoorbeeld aan dat de rechter bij de beoordeling van de algemene zorgvuldigheidsplicht van de overheid rekening moet houden met het algemeen belang, de noodwendigheden van dit algemeen belang en het gelijkheidsbeginsel. De rechter moet ook rekening houden met de beleidsvrijheid van de overheid, anders maakt ze zich schuldig aan een inbreuk aan het beginsel van de scheiding van machten. In dit verband kunnen we dus spreken van 'publiekrechtelijke randvoorwaarden'. Ook internationale (mensenrechten)verdragen hebben hun doorwerking in privaatrechtelijke regels, net zoals de grondwettelijke bepalingen (bijvoorbeeld artikel 10 en 11 Gw.).

Het nieuw BW geeft inspiratie voor de reden dat het algemeen belang en overige publiekrechtelijke beginselen niet worden opgenomen in het privaatrecht. Binnen het privaatrecht ligt de focus in essentie nog steeds in de behartiging van het particulier belang. Om tegemoet te komen aan het particulier belang, laat het privaatrecht bewust meer ruimte voor de wilsautonomie. Het privaatrecht gaat zich niet uitspreken over het algemeen belang en de hogere hiërarchische normen, deze leerstukken overstijgen immers het privaatrecht. Deze rol behoort immers toe aan de rechter als hoeder van het algemeen belang. Maar zelfs de rechter moet ervoor waken dat zich niet in de plaats van de overheid gaat stellen, de cassatie-arresten van 4 september 2014 en 12 juni 2017 tonen aan welke gevaren dergelijke overschrijding met zich mee kan brengen. De bespreking van de staatsaansprakelijkheid verduidelijkt dus dat publiek- en privaatrecht zich in een vermenging plaatsvinden. Desalniettemin hebben we gezien dat het publiekrecht regels en beginselen omvat die dermate fundamenteel zijn, dat ze een afzonderlijk juridisch regime vereisen (nl. het publiekrecht). Het gaat *in concreto* om het *beginsel van de scheiding der machten*, het *algemeen belang*, de *noodwendigheden van het algemeen*, het *gelijkheidsbeginsel* en *verdragsverplichtingen*. Hoewel deze regels in principe kunnen worden opgenomen in bijvoorbeeld het BW, zal een afzonderlijke opname in andere regelgeving (bijvoorbeeld de Gw.) m.i. helpen om het bijzonder juridisch statuut te benadrukken en te onderstrepen.

Het GBOL-beginsel is eveneens het voorwerp geweest van een evolutie, die zich tot vandaag de dag doorzet. MAHAUX wees er reeds in 1960 op dat de daadwerkelijke grondslag voor de bovenmatige burenhinder door de overheid (art. 544 BW) terug te vinden is, in het GBOL-beginsel. Met de cassatie-arresten van 28 januari 1991 en 23 mei 1991 werd het duidelijk dat het privaatrecht niet onverkort van toepassing was op de overheid. De rechter moet bij het leerstuk van de burenhinder door de overheid, immers rekening houden met het algemeen belang. Volgens SAGAERT maakt het GBOL-beginsel in navolging van de arresten van 28 januari 1991 en 23 mei 1991, een toetsingskader uit voor de al dan niet miskennis van de evenwichtslaar. Wederom valt dus de publiekrechtelijke doorwerking in het privaatrecht te constateren. Naast deze publiekrechtelijke doorwerking, is het zelfs zo ver gegaan dat het GBOL-beginsel ook nog een autonoom begrip uitmaakt. Volgens het HvC in 24 juni 2010 gaat het om een 'algemeen rechtsbeginsel met een fundamenteel karakter'. Het GwH gaat evenwel verder en geeft aan dat het gaat om een algemeen rechtsbeginsel met grondwettelijke waarde.

Zoals besproken kan het leerstuk van de gelijkheid van de burgers voor openbare lasten binnen de gemeenschappelijke leer worden gebracht. Het GBOL-beginsel zou dan onder de noemer van het 'recht' vallen en naargelang de verhouding, publiekrechtelijke dan wel een privaatrechtelijke uitwerking kunnen ondergaan. In deze hypothese vormt het algemeen belang m.i. geen onderscheidingscriteria meer. Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht is in dit geval terug te vinden in de verhouding in kwestie. De verhouding tussen partijen vormt maw het kenmerkend karakteristiek voor het onderscheid tussen beide rechtstakken. Het nieuw BW toont echter aan dat dergelijke visie niet wenselijk is. Volgens de RvS geniet het GBOL-beginsel als publiekrechtelijk beginsel van een juridisch statuut die los staat van het BW, om verwarring te voorkomen kunnen we het GBOL-beginsel dan ook niet uitdrukkelijk opnemen in het BW. De redacteurs van boek van het nieuw BW hebben het toch opgenomen in het voorstel van nieuw BW, maar werden teruggefloten door de wetgever. Het algemeen belang en zijn bijzonder juridisch statuut verantwoordt m.a.w. nog steeds de summa divisio tussen publiek- en privaatrecht, zelfs indien ze een simultane toepassing kennen.

De overeenkomsten met de overheid vormen een goed voorbeeld om de vervlechting tussen publiek- en privaatrecht aan te tonen bij de overheid als actor. Hetzelfde voorbeeld geeft meteen aan dat een samensmelting tussen beide rechtstakken niet mogelijk, noch wenselijk is. Bij de overeenkomsten met de overheid hebben we gezien dat het publiekrecht de randvoorwaarden voorschrijft opdat de overheid gebruik kan maken van het privaatrecht. Deze toegangspoort staat bekend als de 'tweewegenleer'. Dit toegangspoort is echter geen vrijbrief voor de overheid om afbreuk te doen aan de privaatrechtelijke regels.

In de rechtsleer is er discussie omtrent de vraag, of de overheid nog gebonden is aan het publiekrecht, eens ze door de toegangspoort is geraakt. Uit de bespreking van rechtspraak inzake overeenkomsten met de overheid, constateren we dat de overheid nog steeds gebonden zal zijn aan het publiekrecht. Bij de besproken voorbeelden ging het namelijk om miskenning van het onpartijdigheidsbeginsel, het verbod op machtsafwending en de hoorplicht. Tegelijk valt een inconsistentie te constateren omtrent de toepasselijke regels, het voorbeeld bij uitsteking is de motiveringsplicht bij overheidscontracten. Ten tijde van de redactie van de scriptie is niet de publiekrechtelijke regeling (wet betreffende motivering van bestuurshandeling, noch de privaatrechtelijke regeling (CAO nr. 109) van toepassing op de overheidscontracten. In dit geval zijn het de rechters die moeten voorzien in adequate rechtsbescherming binnen hun rechtspraak. Desalniettemin valt te constateren dat het publiekrecht in grote mate blijft doorwerken in privaatrechtelijke verhouding. Dit is nodig omdat deze publiekrechtelijke regels voorschrijven hoe de overheid zich moet gedragen bij de behartiging van het algemeen belang. De overheid dient als hoeder van het algemeen belang bijvoorbeeld onpartijdig op te treden, ze mag haar bevoegdheid niet gebruiken voor andere (persoonlijke) doelstellingen. Vanuit die optiek speelt het algemeen belang nog steeds een rol voor de publiekrechtelijke beperkingen op het privaatrechtelijk handelen.

Het algemeen belang zien we ook terugkomen bij het kostenverhaal door de overheid. Zo dient de rechter na te gaan of een bepaalde handeling behoort de orde- en veiligheidsmaatregelen van algemeen belang. Dergelijke taken behoren immers tot de 'kerntaken' van de overheid.

Het algemeen belang gaat m.a.w. het kerntaken-criterium afbakken. Het kerntakencriterium gaat op zijn beurt dienen als instrument om het privaatrechtelijke kostenverhaal tegen te houden. M.i. maakt de toetsing aan het kerntaken-criterium dan ook een publiekrechtelijk toetsingskader binnen een privaatrechtelijk leerstuk. Dit toont aan dat het algemeen belang ook bij het kostenverhaal van de overheid zijn doorwerking heeft.

M.i. kunnen we uit de besproken voorbeelden in de scriptie afleiden dat er naar Belgisch recht vooralsnog geen zuivere toepassing van het privaatrecht voorhanden is. Het publiekrecht zal zich blijven manifesteren indien de overheid betrokken is, als subject, dan wel als actor. Het is dus goed om in te zien dat het publiek- en privaatrecht zich in een vervlechting bevinden, toch moeten we m.i. niet uit het oog verliezen hoe en waarom het publiekrecht zich in deze vervlechting onderscheidt van het privaatrecht. We hebben immers gezien dat het negeren van de publiekrechtelijke eigenheid, zware gevolgen met zich mee kan brengen (men denke aan het cassatie arrest van 12 juni 2017, maar ook aan de rechterlijke veroordeling van de overheid voor het negeren van publiekrechtelijke beginselen zoals het onpartijdigheidsbeginsel of het verbod op machtsafwijking). De gemeenschappelijke leer kan helpen om het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht te richten op de verhouding in kwestie. De houding van de rechtscollèges en de wetgever bij de aanneming van het nieuwe BW tonen echter aan dat de gemeenschappelijke leer nog geen ingang kan vinden naar Belgische recht. Het is m.i. dan ook beter om onze focus te richten op het algemeen belang. Het algemeen belang manifesteert zich rechtstreeks (bv. bij de beoordeling van de zorgvuldigheidsnorm bij de overheidsaansprakelijkheid), dan wel onrechtstreeks (bv. bij de beoordeling van het kerntakencriterium) in privaatrechtelijke verhouding en maakt dan ook een goed houvast om het onderscheid tussen beide rechtstakken niet uit het oog te verliezen. Indien we hierin slagen, komen we tot een daadwerkelijke vervlechting. Een bundel van twee rechtstakken die in elkaar gevlochten zijn, doch waarvan we iedere rechtstak nog herkennen binnen de vlechting.

Bibliografie

1. Wetgeving

1.1. Europese Unie:

- Verdrag van 25 maart 1957 betreffende de werking van de Europese Unie, *Pb.C.* 306, 17 december 2007.
- Verdrag van 7 februari 1992 betreffende de Europese Unie, *Pb.C.* 306, 26 oktober 2012.
- Richtlijn Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG, nr. 2003/54/EG, *PB.L.* 176/37, 15 juli 2003.

1.2. België:

1.2.1. Wetten:

- Besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de (afdeling bestuursrechtspraak) van de Raad van State, *BS* 21 november 1948.
- Wet van 31 december 1963 betreffende de civiele bescherming, *BS* 16 januari 1964.
- Wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *BS* 7 mei 1965.
- Gerechtelijk wetboek van 10 oktober 1967, *BS* 31 oktober 1967.
- Gecoördineerde wetten van 12 januari 1973 op de Raad van State, *BS* 21 maart 1973.
- Bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, *BS* 15 augustus 1980.
- Nieuwe gemeentewet van 24 juni 1988, *BS* 3 september 1988.
- Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, *BS* 12 september 1991.
- Wetboek van 10 april 1992 betreffende de inkomstenbelasting, *BS* 30 juli 1992.
- Wet van 5 augustus 1992 op het politieambt, *BS* 22 december 1992.
- Gecoördineerde Grondwet, *BS* 17 februari 1994.
- Wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur, *BS* 30 juni 1994.
- Wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus, *BS* 5 januari 1999.

- Wet van 6 januari 2014 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming inzake de aangelegenheden bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, *BS* 31 januari 2014.
- Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, *BS* 14 juli 2016.
- Wet van 15 juli 2018 houdende diverse bepalingen Binnenlandse Zaken, *BS* 25 september 2019.
- Wetboek van 23 maart 2019 betreffende vennootschappen en verenigingen, *BS* 4 april 2019.
- Wet van 13 april 2019 tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van boek 8 "Bewijs" in dat Wetboek, *BS* 14 mei 2019.
- Wet van 4 februari 2020 houdende boek 3 "Goederen" van het Burgerlijk Wetboek, *BS* 17 maart 2020.

1.2.2. Decreten:

- Decr.VI. van 18 juli 2003 betreffende publiek-private samenwerking, *BS* 19 september 2003.
- Decr. VI. van 30 mei 2008 betreffende de vestiging, de invordering en de geschillenprocedure van provincie- en gemeentenbelastingen, *BS* 4 juli 2008.
- Decreet van 25 april 2014 betreffende de omgevingsvergunning, *BS* 23 oktober 2014.
- Decr.VI. 22 december 2017 betreffende het lokaal bestuur (DLB), *BS* 15 februari 2018.
- Decr.VI. van 7 december 2018 betreffende het bestuur, *BS* 19 december 2018.

1.2.3. Koninklijke besluiten:

- Koninklijk besluit van 1 juni 1964 tot vaststelling van de administratieve toestand van sommige ambtenaren van de rijksbesturen, die in vreedstijd militaire prestaties verrichten of diensten volbrengen ter uitvoering van de wet van 3 juni 1964 houdende het statuut van de gewetensbezwaarden, *BS* 23 juni 1964.
- Koninklijk Besluit van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State, *BS* 14 januari 1992.
- Koninklijk besluit van 25 april 2007 tot vaststelling van de opdrachten van de hulpdiensten die kunnen verhaald worden en diegene die gratis zijn, *BS* 14 mei 2007.

1.2.4. Overige documenten:

- Parl.St. Senaat B.Z. 1939, nr. 80, 34-36.
- Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 29 juni 2018 houdende diverse bepalingen binnenlandse zaken, *Parl.St. Kamer*, 2017 – 18, nr. 6.
- Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot invoeging van boek 5 'Verbintenissen' in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr.3709/1, 57 – 58.

- Raad van State afdeling Wetgeving, advies nr. 63.490/2 van 10 juli 2018 over een voorontwerp van wet "houdende invoeging van Boek 3 « Goederen » in het nieuw Burgerlijk Wetboek".
- Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 4 januari 2016 inzake overheidsopdrachten, *Parl.St.* Kamer, 2015 – 16, nr. 1541/001.
- Memorie van toelichting bij het ontwerp van bestuursdecreet van 9 juli 2018, *Parl.St.* VI.Parl., 2017-18, nr. 1656/001.
- Memorie van toelichting bij het ontwerp van bestuursdecreet van 9 juli 2018, *Parl.St.* VI.Parl., 2017-18, nr. 1656/001.
- Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot invoeging van boek 5 'Verbintenissen' in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, 2018 – 19, nr. 3709/001.
- Raad van State afdeling Wetgeving, advies van 23 mei 2018, nr. 63.268/2.
- Wetsvoorstel van 16 juli 2019 houdende invoeging van boek 3 "Goederen" in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2019 - 2020, nr. 173-1.
- Senaat, *Vr. en Antw.* 2010 – 2014, nrs. 5-2025 t.e.m. 2028.
- De Kamer, *Vr. en Antw.* 2014 – 2019, nr. 77-443.
- Belasting gemeente Aartselaar van 23 november 2020 betreffende het vervoer van personen met een politievoertuig (Combitaks), publicatie 25 november 2020, https://www.aartselaar.be/belasting-vervoer-personen-met-politievoertuig-gr_20201123_22pdf.
- Belastingreglement Gemeente Lint van 24 november 2020 betreffende de Combitaks, Publicatie 22 december 2020, <https://www.lint.be/download.ashx?id=9565>.

1.3. Nederland

- Nederlands BurgerlijkeWetboek.

1.4. Frankrijk

- Code civil des Français de 21 mars 1804, *Code Napoléon* 3 september 1809.

2. Rechtspraak

2.1. België:

2.1.1. Hof van Justitie:

- Hof van Justitie 19 november 1991, Andrea Francovich en Danila Bonifaci e.a. t. Italië, C-6/90, www.curia.eu.

2.1.2. Hof van Cassatie:

- Cass. 4 november 1920, *Pas.* 1920, I, 201.
- Cass. 12 juni 2017, nr. C.16.0428.N/1, https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20170612.1_NL.pdf.
- Cass. 19 december 1991, *RW* 1992-93, 396.
- Cass. 27 juni 1845, *Pas.* 1845, I, 392, met concl. Proc.-Gen. M. LECLERCQ.
- Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920.
- Cass. 25 februari 1936, *Pas.*, 1936, I, 165.
- Cass. 17 januari 1938, *Pas.*, 1938, I, 8.
- Cass. 11 april 1938, *Pas.*, 1938, I, 145.
- Cass. 6 april 1960, *Pas.* 1960, I, 915, conclusie advocaat-generaal Mahaux.
- Conclusie Advocaat-Generaal Mahaux bij Cass. 6 april 1960, *Pas.* 1960, I, 928.
- Cass. 7 maart 1963, *pas.*, 1963, I, 744, met conclusie van advocaat-generaal W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH.
- Cass. 16 december 1965, *RCJB* 1969, 308, noot bij C. GOOSSENS.
- Cass. 6 mei 1969, *Pas.*, 1969, I, 799.
- Cass. 23 april 1971, noot F. DELPEREE, *RCJB* 1975, 5.
- Cass. 25 oktober 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 260.
- Cass. 28 april 1978, *R. W.*, 1978-79, 1695-1709.
- Cass. 28 april 1978, *R. W.*, 1978-79, 1695-1709.
- Cass. 16 juni 1980, *Pas.* 1980, I, 1341, conclusie J. VELU.
- Cass. 13 mei 1982, *Arr. Cass.* 1981 – 82, 1134.
- Cass. 28 januari 1991, *Pas.* 1991, I, 509.
- Cass. 23 mei 1991, *Pas.* 1991, I, 827.
- Cass. 19 februari 2001, C.99.0014.N, www.juridat.be.
- Cass. 19 februari 2001, C.99.0014.N, www.juridat.be.
- Cass. 27 oktober 2006, *T.Gem.* 2007, 63, noot E. VAN DE VELDE, *Pas.* 2006, 2170.
- Cass. 24 juni 2010, *RW* 2010-2011, afl. 29, 1217.

- Cass. 24 juni 2010, AR C.06.0415.N, RW 2010-11, 1219, concl. Adv. Gen. VANDEWAL en noot S.
- Cass. 13 juni 2013, C.12.0458.F, www.juridat.be.
- Cass. 4 september 2014, nr. C.12.0535.F., <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2014:ARR.20140904.2/FR?HiLi=eNpLtDKwqq4FAAZPAf4>.
- Cass. 12 oktober 2015, nr. S.13.0026.N/1, https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2015:ARR.20151012.1_NL.pdf.
- Cass. 24 februari 2017, nr. C.16.0309.N., www.juridat.be.
- Cass. 3 december 2018, C.2018.0288.N., www.juridat.be.
- Cass. 20 februari 2020, *TMR* 2020, afl. 4, 455.

2.1.3. Raad van State:

- RvS 24 oktober 1949, nr. 137.
- RvS 23 mei 1961, nr. 8595, Arr.RvS. 1961, 445.
- RvS 21 april 1966, nr. 11.762.
- RvS 15 maart 1988, nr. 29.560.
- RvS 20 maart 1996, nr. 58.727.
- RvS 25 september 2007, nr. 174.964.
- RvS 5 mei 2011, nr. 212.929.
- RvS 27 november 2014, nr. 229.365.
- RvS 6 oktober 2015, nr. 232.441.
- RvS 7 juli 2016, nr. 235.392.
- RvS 27 september 2016, nr. 235.871, *T.Gem.* 2017, 57, noot S. DE SOMER en V. VUYLSTEKE.
- RvS 14 juni 2018, nr. 241.786.
- RvS 14 november 2018, nr. 242.934.
- RvS 15 februari 2019, nr. 243.691.
- RvS 12 maart 2019, nr. 243.917.
- RvS 22 maart 2019, nr. 244.015.

- RvS 26 september 2019, nr. 245.537.
- RvS 24 oktober 2019, nr. 245.872.
- RvS 30 januari 2020, nr. 246.895.
- RvS 20 februari 2020, nr. 247.084.
- RvS 18 mei 2020, nr. 247.573.

2.1.4. Grondwettelijk Hof:

- GwH 29 juli 2010, nr. 94/2010, www.const-court.be.
- GwH 19 april 2012, nr. 55/2012, www.const-court.be.
- GwH 16 juli 2015, nr. 103/2015.
- GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015.
- GwH 21 januari 2016, nr. 7/2016, www.const-court.be.
- GwH 23 februari 2017, nr. 29/2017.
- GwH 6 juli 2017, nr. 86/2017, www.const-court.be.
- GwH 5 juli 2018, nr. 84/2018, www.const-court.be.
- GwH 23 mei 2019, nr. 70/2019, www.const-court.be.

2.1.5. Rechtbanken en Hoven:

- Gent 5 mei 2014, RW 2015-16, (1268) 1269.
- Hof van Beroep Gent 1 februari 2016, RW 2016-17, nr. 21, (826) 828.
- Arbrb. Antwerpen 24 mei 2017, A.R. 14/1451/A, onuitg.
- Hof van Beroep Gent, Achttiende kamer, 2016/BB/44, 12 juni 2017, <https://juportal.be/content/ECLI:BE:HBGNT:2015:ARR.20151005.8?HiLi=eNpLdKxqs60MrAutjI0tFIqyM/JLMIMrcrPS1WyzrQyBAqbWckZGlsYgbhGUFUB/j6eIZ6uUf5+riBhY5gwsuZaAKmgGpY=>.
- Rb. Brussel 16 juni 2017, TBO 2018, (63) 65.

2.2. Nederland:

2.2.1. Hoge Raad:

- HR 20 november 1924, NJ 1925, 89.
- HR 13 april 1962, ARB 1962, p. 487 m.nt. J.R. Stellinga, AB Klassiek 2003/9 m.nt. D.A. Lubach.

- HR 27 maart 1987, AB Klassiek 2009/13 m.nt. M. Scheltema (Amsterdam/Ikon).
- HR 26 januari 1990, NJ 1991/393, AB 1990/408 m.nt. G.P. Kleijn, AB Klassiek 2009/15 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.
- HR 9 juli 1990, AB 1990/547 m.nt. G.P. Kleijn, NJ 1991/394 m.nt. M. Scheltema.
- HR 8 juni 1991, AB 1991/659 m.nt. F.H. van der Burg, NJ 1991/691 m.nt. M. Scheltema.
- HR 11 december 1992, AB 1993, 301.
- HR 26 april 1996, AB 1996, 327 (Rasti Rostelli).
- HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 m.nt. ARB (Apeldoorn/Duisterhof).

2.2.2. AB Raad van State:

- AB RvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB (Van Vlodrop).
- AB RvS 13 januari 2000, JB 2000, 27.

2.2.3. Rechtbanken:

- Utrecht 12 maart 2008, LJN BC7477.

2.3. Frankrijk:

2.3.1. Tribunal des conflits:

- Tribunal des conflits, 8 février 1873, *Blanco*, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/tribunal-des-conflits-8-fevrier-1873-blanco>

2.3.2. Conseil d'état:

- Conseil d'état, 13 décembre 1889, *Cadot*, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-13-decembre-1889-cadot>

3. Rechtsleer:

3.1. Boeken:

- ALEN, A. en MUYLE, K., *Compendium van het Belgisch Staatsrecht (Deel I)*, Brugge, Die Keure, 2014, 192 p.
- ALEN, A. en MUYLLE, K., *Compendium van het Belgisch staatsrecht (deel II)*, Brugge, Die Keure, 2014, 376 p.
- BATSELE, D. en YERNA, A., *Les marchés publics pas à pas*, Waver, Anthemis, 2018, 758 p.
- BATSELÉ, D., MORTIER, T. en SCARCEZ, M., *Algemeen administratief recht*, Brussel, Bruylant, 2012, 1031 p.

- BEHRENDT, C. en VRANCKEN, M., *Beginnelsen van het Belgisch staatsrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2020, 840 p.
- BELLEFLAMME, F., BONBLED, N., DE JONGHE, D., HENRARD, P-F., JOASSART, P., MORIS, M. en MOSSOUX, Y., *Actualité des principes généraux en droit administratif, social et fiscal*, Limal, Anthemis, 2015, 200 p.
- BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu: een onderzoek naar de doelmatigheid, in functie van de bescherming en het beheer van het leefmilieu...*, Brussel, Bruylant, 1979, 500 p.
- BREGMAN, A., KONING, R. en DE WIN, R., *Juridisch handboek gebiedsontwikkeling*, Den Haag, Instituut voor bouwrecht, 2017, 370 p.
- CARRE DE MALBERG, R., *Contribution a la théorie générale de l'état*, Paris, Dalloz, 1920, 878 p.
- CORNELIS, L., *Beginnelsen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. 1: De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 744 p.
- D'HOOGHE, D. en VANDENDRIESSCHE, F., *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 251 p.
- DE BROUX, P.-O., LOMBAERT, B., LEONARD, T. en VAN MEERBEECK, J. (eds.), *La distinction entre droit public et droit privé*, Limal, Anthemis, 2019, 489 p.
- DE SOMER, S. en OPDEBEEK, I., *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 782 p.
- DELVAUX, B., VANHEUSDEN, B., WAUTERS, K., BAEKELAND, C., BAETEN, S., BROUWERS, S., DE SOMER, S., VAN DRIESSCHE, F. en VAN OEVELEN, A., *Invloed van het EU-recht op het Belgische bestuursrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 331 p.
- DIRIX, E., TILLEMANN, B. en VAN ORSHOVEN, P., *De valks juridische woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 621 p.
- ENGELHARD, E.F.D. en VAN MAANEN, G.E., *Aansprakelijkheid voor verkeersongevallen*, Nijmegen, Ars Aequi Libr, 1998, 82 p.
- FEENSTRA, R., *Vergelding en vergoeding: Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, 91 p.
- GOEDERTIER, G., VANDE LANOTTE, J. en DE PELSMAEKER, T., *Handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2013, 1517 p.
- LANCKSWERDT, E., *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure / la Charte, 2009, 687 p.
- LESAFFER, R., *Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis*, Leuven, Universitaire pers Leuven, 2018, 481 p.

- LIERMAN, S., *Besturen zonder grenzen: over grijze zones en blinde vlekken*, Mortsel, Intersentia, 2015, 56 p.
- LUST, S., *De algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de formele motiveringsplicht*, onuitg., 2014, 63 p.
- LUST, S., *Raad van State, Afdeling administratie 6: Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, Die Keure, 2000, 526 p.
- LUST, S., *Rechtsbescherming tegen de (administratieve) overheid. Een inleiding*, Brugge, Die Keure, 2014, 184 p.
- LUYPAERS, P. en BROUWERS, S., *Tussen algemeen belang en toegewijde zorg*, Mortsel, Intersentia, 2014, 504 p.
- MARTYN, G., *Geschiedenis van de politiek en van het publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2011, 261 p.
- MAST, A., DUJARDIN, J., VAN DAMMEN, M. en VANDE LANOTTE, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 1277 p.
- OPDEBEEK, I. en DE SOMER, S., *Algemeen bestuursrecht (tweede editie) - gebonden editie*, Mortsel, Intersentia, 2019, 782 p.
- PALMANS, R., SAGAERT, V. en VERRIJDT, W. (eds.), *Eigendomsbeperkingen: de erfdiensbaarheid van openbaar nut*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 309 p.
- SAGAERT, V., *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 785 p.
- SCHELTEMA, M. en SCHELTEMA, M.W., *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn, Kluwer 2008, 664 p.
- SCHOLTEN, P., *Algemeen deel*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willing, 1974, 198 p.
- STEIN, P., *Roman law in European history*, Cambridge university press, Cambridge, 2018, 137 p.
- STEVENS, R. en DIDDEN, K., *Raad van State / I. Afdeling bestuursrechtspraak / 2. Het procesverloop*, Brugge, Die Keure, 2018, 831 p.
- STIJNS, S. en SAMOY, I., *Leerboek verbintenissenrecht – boek 1*, Brugge Die Keure, 2016, 590 p.
- STIJNS, S. en SAMOY, I., *Leerboek verbintenissenrecht – boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2020, 408 p.
- STIJNS, S. en SAMOY, I., *Leerboek verbintenissenrecht – boek 2*, Brugge, Die Keure, 2020, 193 p.
- STIJNS, S. en VUYE, H., *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 532 p.
- STORME, M., *Rechtsvergelijking – rechtsrelativiteit*, cursus 2006, 68 p.

- SWINNEN, K., MUYLLE, M., BELLINCK, L., BRULEZ, P., DEMEYERE, S., DE VULDER, K., SCHEERLINCK, K. en VERKEMPINCK, B., *De contractuele fout*, Brugge, Die Keure, 2019, 156 p.
- TAK, A.Q.C., *De overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag, VUGA, 1997, 546 p.
- TEUNISSEN, J.M.H.F., *Het burgerlijk kleding van de staat : beschouwingen over de tweewegenleer*, Zwolle, W.E.J. Tjeen Willing, 1996, 371 p.
- THEUNIS, J., *De exceptie van onwettigheid : onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge, Die Keure, 2011, 777 p.
- THIRIAR, P., VANLERBERGHE, B., LAENENS, J., SCHEERS, S. en RUTTEN, S., *Handboek gerechtelijk recht (vijfde editie) – gebonden editie*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 969 p.
- ULPIANUS, *Digesten*, 1.1.2.
- VAN DEN BERGE, L., *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2016, 374 p.
- VAN ETTEKOVEN, B.J., *Vlaamse en Nederlandse bestuursrechtspraak in vergelijkend perspectief*, Brugge, Die Keure, 2018, 120 p.
- VAN GARSSE, S. (ed.), *Handboek bestuursrecht*, ASP, Brussel, 2016, 366 p.
- VAN GARSSE, S., *De concessie in het raam van publiek-private samenwerking: een analyse van het openbaar en het privaat domein, van de domeinconcessies, de concessies van openbare werken, de concessies van diensten en hun aanbesteding*, Brugge, Die Keure, 2007, 745 p.
- VAN GERVEN, W. en COVEMAEKER, S., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 719 p.
- VAN GERVEN, W., *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 89 p.
- VANDE LANOTTE, J., GOEDERTIER, G., HAECK, Y., GOOSSENS, Y. en DE PELSMAEKER, T., *Belgisch publiekrecht (boekdelen 1 en 2)*, Brugge, Die Keure, 1625 p.
- VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2017, 672 p.
- VELAERS, J., *Wetboek Staatsrecht*, 8e uitgave, Antwerpen, Maklu, 2015, 706 p.
- VERBIST, S., *De onteigening ten algemene nutte als instrument van de ruimtelijke ordening*, Mortsel, Intersentia, 2011, 756 p.
- VNG, *De doorkruisingsleer in perspectief*, 2010, <https://vng.nl/publicaties/de-doorkruisingsleer-in-perspectief>, 115 p.
- WAUTERS, K., *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, Intersentia, 2009, 394 p.

- WEYTS, B.en VANSWEEVELT, T., *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2009, 935 p.

3.2. Bijdragen:

- ALEN., A. en VERRIJDT, V., "Recente evoluties inzake de bescherming van het eigendomsrecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof" in GHYSELS, J., BOES, M., LINDEMANS, D. en PALMANS, R. (eds.), *Vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 1 – 26.

- BIJNENS, D., BORTELS, H.en THEUNIS, J., "Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (2017 – 18)", *TvW* 2019, 52 – 81.

- BOOGERS, R.J., "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijk overheidshandelen", *Tijdschrift voor praktisch bestuursrecht*, 2014, nr. 4, 8 – 23.

- BORUCKI, C., "Valse bommeldingen: wie betaalt de rekening?", *DJK* 2019, nr. 391, 16.

- CARETTE, A., "De begroting van de vergoeding voor milieuschade geleden door milieuverenigingen: de laatste horde op de weg naar daadwerkelijk herstel?", *TMR* 2016, vol. 3, 331-335.

- COOREMAN, I. en PEETERS, L., "De wettelijke erfdienstbaarheid van openbaar nut versus de onteigening. Een vergelijking aan de hand van erfdienstbaarheden opgelegd door de Gaswet van 12 april 1962 [1965]" in GHYSELS, J., BOES, M., LINDEMANS, D. en PALMANS, R. (eds.), *Vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 63.

- D'HOOGHE, D. en DE KEYSER, P., "Het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), in X. (eds.), *Algemene Beginselen van behoorlijk bestuur*, Administratieve rechtsbibliotheek Algemene Reeks, Brugge, die Keure, 2006, 390 – 412.

- DE SMAELE, H., "Eclectisch en toch nieuw. De uitvinding van het Belgisch parlement in 1830-1831", *BMGN* 2005, afl. 3, 408 – 416.

- DE SOMER, S., "De invloed van beleidsovereenkomsten op de onpartijdigheid van het bestuur: 'partij = partijdig'?", *TVGEM* 2020, nr. 3, 209-223.

- DE SOMER, S., "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van *a never ending story*", *RW* 2011 - 12, afl. 37, 1614-1639.

- DE WILDE, I., "Hoor- en (formele) motiveringsplicht bij het ontslag van een overheidscontractant: een stand van zaken na een woelige periode", *TVGEM* 2019, nr. 1, 2 – 21.

- DECLERQ, D., "Een peiling naar het begrip algemeen belang in het bestuursrecht", *RW* 1967, 513 – 560.
- DEFOORT, P.J., "Kan het gbol-beginsel dienen als aanvullende of vervangende rechtsgrond voor een te lage of onbestaande planschadevergoeding?", *TROS* 2020, nr. 97, 54 – 61.
- EGGERMONT, F., "Rechtsmacht en belang bij het middel", *TBP* 2017/7-8, 380 – 387.
- HUISMAN, P. en VAN OMMEREN, F., "De bijzondere positie van de overheid in het Nederlandse privaatrecht. De tweewegenleer en het overheidsovereenkomstenrecht" in D. ASSER, *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen 2015. Overheidscontracten. Verdedigingsrechten van rechtspersonen in het strafproces. De rechter en de rechtsgronden*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2015, 83 – 142.
- KORTMANN, C.N.J. en LIERMAN, S., "Het beginsel van de gelijkheid van burgers voor openbare lasten: een beginsel op de snijlijn van publiek- en privaatrecht", *TPR* 2014, afl. 2, 689 – 721.
- LEUS, K., "Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene', de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?" in X. (eds.), *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVe Postuniversitaire cyclus W. Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, 405 – 437.
- LIERMAN, S. en VERBEYST, S., "Het contractueel beleidsinstrument in het omgevingsrecht: een casusbespreking van de activiteitencontracten en -convenanten.", *TROS* 2019, nr. 95, 189 – 201.
- LIERMAN, S. en VERRIJDT, W., "Recente ontwikkelingen bij de compensatie voor schade door rechtmatige overheidsdaad" in PALMANS, R., LINDEMANS, D., TOURY, J., e.a., *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik*, Mortsel, Intersentia, 2017, 19-60.
- LIERMAN, S., "Gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten: wel fundamenteel, (nog) niet absoluut" (noot onder Cass. 24 juni 2010), *RW* 2010 - 11, 1223 – 1227.
- LIERMAN, S., VAN DE WEYER, P.J. en VANDORMAEL, K.J., "Overheidscontracten in het Belgische -recht: besturen op de snijlijn van privaats- en publiekrecht" in *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland Preadviezen 2015*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2015, 13 – 82.
- MATHIEU, C., "De nieuwe bevoegdheid van de Raad van State: de schadevergoeding tot herstel", *Jura Falconis* 2013-2014, nr. 1, 77 – 111.
- MULLER, F., "Entre exhortations doctrinales et résistances judiciaires : La laborieuse création du Conseil d'État belge (1831-1946)" in CRHIDI (eds.), *Les modes de résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés*, Brussel, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, 67 – 97.
- MULLER, F., "Le Conseil d'État : un accident de l'histoire?", *JT* 2013, 613 – 614.
- MUYLLE, K., "Overheidsaansprakelijkheid voor een fout van het Parlement na het 'Sektenarrest' van het Hof van Cassatie"(noot onder Cass. 1 juni 2006) in *TBP*, 2006, 434 – 440.

- OPDEBEEK, I., "Het onpartijdigheidsbeginsel in het omgevingsrecht. Over Gecoro's, Uplace, 't Fornuis, de "paaitaks" en andere dozen van Pandora", in OPDEBEEK, I, ea., *Voor recht, rechtvaardigheid en Camus. Liber amicorum Bernard Hubeau*, Brugge, die Keure / la Charte, 2018, 341-356.
- SAGAERT, V., "De hervorming van het goederenrecht", *TPR* 2020, nr. 1-2, 389 – 654.
- SAGAERT, V., "Verantwoordelijkheid en eigendom: het aansprakelijkheidsrecht op zijn kop?", in X., *Verantwoordelijkheid en recht*, Antwerpen, Kluwer, 2008, 41 - 83.
- SCHELTEMA, M. W., "Doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht in drievoud", *Vermogensrechtelijke Analyses*, 2009, 12 – 57.
- STANGHERLIN, K., "Aansprakelijkheid na schorsing en vernietiging door de Raad van State" (noot onder Gent 11 februari 2005), *RABG* 2005, nr. 15, 1379 – 1384.
- STIJNS, S. en VUYE, H., "Burenhinder, openbare werken, overheden, het "beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten" en de verplichting tot compensatie: meanders in de rechtspraak van het Hof van Cassatie", *TBBR* 2001, afl. 6, 329 – 358.
- STIJNS, S., "Het aankomend nieuw verbintenissenrecht", *TBBR* 2018, 227 – 252.
- STORME, M.E. en HEIRBAUT, D., "De Belgische rechtstraditie: van een lang zoeken naar onafhankelijkheid tot een verlangen naar afhankelijkheid?", *TPR* 2008, vol. 45, 979 – 1041.
- TAK, A.Q.C., "Overheid en Burgerlijk Wetboek, Naar een invullende rechtsleer", *Recht en Kritiek* 1993, nr. 2, 174.
- TEUNISSEN, J.M.H.F., "De 'wederkerige rechtsbetrekking' als strategisch concept voor nivellerende rechtswetenschap?", in VAN DER LINDEN, E.C.H.J. en TAK, A.Q.C. (red.), *Eenzijdig en wederkerig?*, Deventer, Kluwer, 1995, 277 – 322.
- THEUNIS, J., "De 'exceptie van onwettigheid' (artikel 159 G.W.): meer vragen dan antwoorden?", *RW* 2007 – 08, nr. 31, 1266 – 1281.
- TJITTES, R.P.J.L., "Relativering van rechtsverwerking", *NTBR* 1999/7, 193 – 198.
- VAN GERVEN, W. en WYCKAERT, M., "Overeenkomsten met de overheid", *TPR* 1987, 1709-1754.
- VAN GERVEN, W., "beleidsovereenkomsten", *AA* 1984, 37 – 63.
- VAN GOETHEM, H., "Het recht van de Franse revolutie. Een bourgeois-recht?", *RW*, 1989-90, 209 – 240.
- VAN LANGENDONCK, J., "De 'actieve' welvaartsstaat" in RAYMAEKERS, B. en VAN RIEL, G. (red.), *Hoe dichtbij is de toekomst?*, reeks Lessen voor de eenentwintigste eeuw, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, 241 – 254.

- VAN OMMEREN, F.J., "Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht - Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijke rechtsleer'", *AA* 2012, afl. 7/8, 562 – 572.
- VAN OMMEREN, F.J., "Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht: multifunctioneel en contextafhankelijk. De betekenis van het publieke taak criterium", *NTB* 2014, vol. 8, 248 – 252.
- VAN OMMEREN, F.J., "Van de overheidsvennootschap en de overheidsstichting: De publiekbelangbenadering", *RMThemis* 2018, vol. 179, 39 – 57.
- VANDAELE, A.S., "Bezint eer ge begint: enkele bedenkingen bij de herziening van artikel 144 Gw.", *CDPK* 2012, afl. 2, nr. 7, 263 – 271.
- VANDENBERGHE, H., "Overheidsaansprakelijkheid. Aansprakelijkheid van de uitvoerende macht" in VANDENBERGHE, H., VAN OEVELEN, A., VUYE, H. en WYNANT, L., *Overheidsaansprakelijkheid*, Brugge, Die Keure, 2005, 1 – 123.
- VANDENDRIESSCHE, F., "Het toepassingsgebied van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur" in X. (eds.), *Beginselen van behoorlijke bestuur*, Brugge, Die Keure, 2006, 35 - 67.
- VERBEYST, S., "De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen", *TBP* 2017, afl. 4, 233-242.
- VERRIJDT, W., "Het individueel klachtrecht voor het EHRM en voor het Grondwettelijk Hof en hun onderlinge verhouding" in A. ALEN et al. (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke standpunten 3*, 2012, 466 – 476.
- VOORTER, J., "Grondwettelijke eigendomsbescherming en de bouwshift: Show me the money!" in X (eds.), *Themis 116 - Publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2021, 83 – 111. 89 – 90.
- VOORTER, J., e.a., "Het GBOL-beginsel verder afgelijnd?! [Gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten]", *TMILRE* 2020, nr. 4, 455 – 459.
- WOLF, A., "Die Kurfürsten des Reiches" in Mario Kramp, *Krönungen. Könige in Aachen Geschichte und Mythos*, Bd. 1, Mainz 2000, 87 - 96.
- YERNAULT, D., "La contractualisation (force' e) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public", *Rev.dr.* 2006, 67-206.

4. Overige:

- J. ANDERSON, E. BERGAMINI, S. BREKELMANS, A. CAMERON, Z. DARVAS, M. DOMÍNGUEZ JÍMÉNEZ, K. LENAERTS, C. MIDÕES, "fiscal response to the economic fallout from the coronavirus" in BRUEGEL DATASETS, <https://www.bruegel.org/publications/datasets/covid-national-dataset/> (raadpleging op 22/12/2020).
- X, "Coronavirus (COVID-19) Deaths", <https://ourworldindata.org/covid-deaths> (raadpleging op 22/12/2020).