

DOMEINGOEDEREN – WELKE CONTRACTUELE RECHTEN?

Kris WAUTERS* en Ann-Sophie VANWINSEN**

De NV van publiek recht 'Meetjeskanalen' sloot een concessieovereenkomst op een terrein deel uitmakend van haar domein, waarop een herder schapen kon laten grazen. De onderneming 'Grandbeton' wenst op deze grond, wegens de goede ligging langs het kanaal, haar activiteiten uit te baten. Dit houdt in dat de onderneming op deze grond een constructie wil bouwen, waarin zij haar commerciële activiteiten zal uitoefenen.

Wat is de aard van de overeenkomst gesloten door de NV van publiek recht met de herder? Heeft de overheid de mogelijkheid om de bestaande overeenkomst zomaar te beëindigen? Welke rechten kan de onderneming hierop verwerven, indien de NV van publiek recht de overeenkomst op een gepaste wijze kan beëindigen? Op welke wijze kan de NV van publiek recht deze rechten toewijzen?

I. AANLOOP

Het gebruik van domeingoederen en het betrekken van privépersonen hierbij is van alle tijden. In België sluiten overheden sinds 1831 concessies, waarbij ondernemingen of particulieren vanwege administratieve overheden onroerende goederen ter beschikking krijgen om ofwel deze te bezetten, ofwel om ze te gebruiken in het raam van een economische activiteit.¹

Voor al sinds de meest recente millenniumwissel en gezien de financiële moeilijkheden waarmee vele overheden begonnen te kampen, ontstond het bewustzijn bij vele overheden dat zij een enorm patrimonium ter beschikking hadden en dit

* Professor UCL, Gastprofessor Ulg, Advocaat-Counsel.

** Advocaat.

¹ Over het gebruik van concessies vanaf 1831 in België zie reeds de vermeldingen in C. DE BROUCKÈRE en F. TIELEMANS, *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, T. 5, Brussel, Weissenbruch Père, 1838, v° *Concession*.

dienden te gaan valoriseren.² Deze valorisatie kwam onder meer tot uiting in het raam van het opzetten van publiek-private samenwerkingsvormen.³ Het bevestigt de tendens van overheden om het instrument van de overeenkomst te gebruiken teneinde zichzelf te organiseren, teneinde taken van algemeen belang te beheren en teneinde beleid te voeren.

In het raam van het gebruik van de overeenkomst door de overheid rijzen een heleboel juridische vragen. In tegenstelling tot Frankrijk of Nederland⁴ zijn in België buiten een resem bijdragen in boeken of tijdschriften weinig of geen handboeken of proefschriften volledig of gedeeltelijk gewijd aan het juridische fenomeen van de overeenkomst met de overheid.⁵ De huidige bijdrage kan ook niet als doel hebben om dit fenomeen juridisch in haar geheel te analyseren en te beschrijven. Daarbij maakt de bijdrage ook abstractie van de overheidsopdracht. Op grond van de gestelde casus heeft de bijdrage vooral als bescheiden doel een aantal kleine bouwstenen toe te voegen aan wat een volledige juridische constructie kan worden aangaande het sluiten, uitvoeren en beëindigen van overeenkomsten met de overheid in België.

De eerste vraag, voortvloeiend uit de casus, vereist een nader onderzoek rond de kwalificatie van een overeenkomst met de overheid: bepalen partijen de kwalificatie van de overeenkomst, wat onderscheidt een aantal overeenkomsten met de overheid van elkaar en is de aard van een domeingoed bepalend voor de te hantieren overeenkomst (II). In de tweede plaats komen een aantal recente evoluties in de rechtspraak aan bod aangaande de wijze waarop een overheid overeenkomsten moet gunnen (III). In de derde plaats rijst de vraag in welke mate een overheid eenzijdig overeenkomsten kan beëindigen. Moet men daarbij een onderscheid maken tussen verschillende soorten overeenkomsten (IV). Ten slotte passen de auteurs de beginselen toe op onderhavige casus (V).

² D. LAGASSE, "La gestion active du domaine public", *APT* 2003, 87 e.v.; E. GILLET, "La privatisation de la gestion de l'espace public – Le cas du stationnement payant", *Rev.dr.comm.* 2004, 53; J. DE STAERCCKE, "De valorisatie van het openbaar domein", *TBO* 2005, 186-187; N. APPERMONT, "Enkele recente ontwikkelingen inzake parkeerheffingen toegelicht", *T.Gem.* 2014, 114.

³ Zie hierover uitgebreid P. BOUCQUEY en V. OST, "La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé" in B. LOMBAERT (dir.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.)*, Brussel, La Charte, 2005, 265-285.

⁴ Zie voor vrij recente bibliografieën inzake Frankrijk en België K. WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsvereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 367-377.

⁵ O.a. F. DE VISSCHERE, *Algemene theorie der rechtshandelingen van het openbaar bestuur*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1966, 191 p.; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten en het toezicht door de Raad van State en de gewone rechtbanken*, Brugge, die Keure, 1993, 818 p.; D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2004, 251 p.; P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Brussel, 1961, 392 p.; M. PAQUES, *De l'acte unilatérale au contrat dans l'action administrative*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 450 p.; S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2007, 745 p.

II. KWALIFICATIE OVEREENKOMST

A. UITGANGSPUNT

Het Hof van Cassatie bevestigt de laatste 10 à 15 jaar dat het uitgangspunt om een privaatrechtelijke overeenkomst te kwalificeren de kwalificatie door partijen is. Volgens diezelfde rechtspraak kan de rechter echter deze kwalificatie uitsluiten op grond van de elementen die partijen hem hebben voorgelegd.⁶ Deze rechtspraak heeft echter betrekking op overeenkomsten gesloten tussen particulieren. De vraag rijst in welke mate deze rechtspraak ook toepasselijk is op overeenkomsten waarbij een overheid partij is.

De toonaangevende rechtsleer aanvaardt in het algemeen dat ook op de overeenkomsten gesloten door een overheid in beginsel het burgerlijk recht, en dus het verbintenissenrecht, toepasselijk is.⁷ Bijgevolg zou in die hypothese voornoemde rechtspraak van het Hof van Cassatie ook hier relevant zijn. Daarnaast blijkt uit de rechtspraak van de Raad van State dat zij de verschillende elementen van een zaak gaat analyseren teneinde tot de kwalificatie van een overeenkomst te komen.⁸ Zij kijkt naar het voorwerp van de overeenkomst. De rechtsleer verwijst, voor de kwalificatie van een overeenkomst, naar het engagement van de partijen⁹, naar de wil van de partijen¹⁰ of naar het voorwerp van de overeenkomst.¹¹

Wanneer een overeenkomst, gesloten door de overheid, eveneens rechtstreeks onder toepassing van het Europees Unierecht valt, dan zal men bovendien moeten kijken hoe het Hof van Justitie een overeenkomst kwalificeert. De uiteengezette casus betreft mogelijkwerijze een overeenkomst waarover het Europees Unierecht haar zeg heeft.¹² Zowel de overheidsopdracht als de concessie van diensten komt

⁶ Cass. 23 december 2003, *JTT* 2003, 271; Cass. 10 oktober 2011, *RABG* 2012, 954, noot V. DOOMS. Zie ook W. RAUWS, “De kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst”, *JTT*, 2006, 93-101.

⁷ K. WAUTERS, “Zin of onzin van een leer van het administratief contract in België?” in D. D’HOOGHE, K. DEKETELAERE en A.M. DRAYE, *Liber amicorum Marc Boes*, Brugge, die Keure, 2011, 590-591.

⁸ K. WAUTERS, “Overheidsovereenkomsten in België onder invloed van het Europees Unierecht” in K. WAUTERS, B. DELVAUX en B. VANHEUSDEN (eds.), *Invloed van het EU-recht op het Belgische bestuursrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 299-300. Zie o.a. RvS 3 juli 2012, nr. 220.141, *NV JC Decaux Belgium*: in dit arrest overweegt de Raad impliciet dat men voor de kwalificatie van een overeenkomst men rekening moet houden met alle juridische en feitelijke elementen van een dossier. RvS 14 april 2011, nr. 212.659, *NV Medina Factory*: in dit arrest gaat de Raad na of een sponsoringovereenkomst geen overheidsopdracht is.

⁹ F. MAUSSON, “Le sort des concessions domaniales lors de la désaffectation de parcelles du domaine public” in *Liber Amicorum Ludovic De Gryse*, Bruxelles, Larcier, 2010, 666.

¹⁰ D. RENDERS en B. GORS, *Les biens de l’administration*, Brussel, Bruylant, 2014, 71.

¹¹ S. VAN GARSE en S. WYCKAERT, “Les partenariats public-privé en Belgique” in F. LICHÈRE (ed.), *Partenariats public-privé rapports du VIIIe congrès de l’Académie Internationale de Droit Comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 204.

¹² Volgens het Hof van Justitie is het Europees Unierecht toepasselijk wanneer de door de overheid te sluiten overeenkomst een grensoverschrijdend belang heeft. HvJ 13 november 2007,

aan bod in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Aan beide begrippen geeft het Hof een eigen invulling. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat de elementen van elke zaak heel sterk bepalen welke kwalificatie men aan een overeenkomst geeft.¹³ De kwalificatie door partijen is volgens het Hof totaal niet determinerend, noch de kwalificatie die een overeenkomst krijgt in een nationaal rechtstelsel.

Wanneer men de rechtspraak van het Hof van Justitie, het Hof van Cassatie en de Raad van State bij elkaar legt, dan zijn voor een rechter vooral de specifieke elementen van een situatie bepalend voor de kwalificatie van een overeenkomst gesloten met een overheid. Deze vaststelling houdt ook in dat gelijkaardige situaties niet altijd dezelfde kwalificatie van een overeenkomst tot gevolg kunnen hebben. Bijvoorbeeld, het onderscheid tussen een overheidsopdracht en een concessie van diensten hangt in sommige gevallen af van het feit of de uitvoerder van de dienst het risico van de uitbating voor een substantieel gedeelte draagt.¹⁴

B. AARD VAN DE OVEREENKOMST

Traditioneel maakt men in België – naar het voorbeeld van Frankrijk – een onderscheid tussen de ‘*contrats administratifs*’ (administratieve contracten) en de ‘*contrats de l’administration*’ (contracten met de overheid).¹⁵ De meeste Belgische auteurs erkennen echter dat dit onderscheid niet eenzelfde belang heeft als in Frankrijk.¹⁶ Anders bijvoorbeeld dan in Frankrijk, bepaalt dit onderscheid niet de bevoegdheid van de Belgische Raad van State. Het Hof van Cassatie baseert de bevoegdheidsverdeling tussen de Raad van State en de gewone rechter op de

Commissie/Ierland, C-507/03, punt 30; HvJ 17 juli 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, punt 59; HvJ 14 november 2013, C-221/12, *NV Belgacom*, punt 28.

¹³ Professor DURVIAUX kenmerkt de kwalificatie van een overeenkomst in het raam van het EU-recht als heel onzeker: A.L. DURVIAUX, “Regard croisé sur la contractualisation du droit administratif de l’économie: illustration sur le thème des partenariats publics privés” in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Brussel, Bruylant, 2006, 212-215.

¹⁴ Zie o.a. HvJ 10 maart 2011, C-274/09, *Privater Rettungsdienst*; HvJ 10 november 2011, C-348/10, *Norma-A SIA, Dekom SIA*.

¹⁵ J. MERTENS, “De contractuele verantwoordelijkheid van de Openbare Besturen”, *TBP* 1948, 117; P. WIGNY, *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1962, 247, nr. 335; P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Brussel, 1961, nrs. 15 e.v.; F. DE VISSCHERE, “Het administratief contract, de stand van het vraagstuk naar Belgisch recht”, *RW* 1961-62, 2394; A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, Brussel, Larcier, 1966, 355, nr. 381; C. CAMBIER, *Droit administratif*, Brussel, Larcier, 1968, 272; M.A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Brussel, Bruylant, 1969, I, nrs. 85 e.v.; W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Overeenkomsten met de overheid”, *TPR* 1987, 1714; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 164-166; D. RENDERS, *Droit administratif général*, Brussel, Bruylant, 2014, 371-372.

¹⁶ D. D’HOOGHE, “Overeenkomsten met de overheid” in *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 132: deze auteur schrijft dat de meeste auteurs het onderscheid zonder veel enthousiasme en met zin voor nuancering hebben aanvaard.

leer van het werkelijke en rechtstreekse voorwerp van het geschil.¹⁷ De rechtsleer handhaaft het onderscheid vooral omdat voor zogenaamde administratieve contracten een aantal afwijkingen op het burgerlijk recht zouden gelden.¹⁸

Het uitgangspunt van de casus is dat een administratieve overheid via een overeenkomst een domeingoed ter beschikking stelt van een privépersoon. De privépersoon gebruikt het goed louter ten persoonlijk titel. De partijen kwalificeerden de overeenkomst als een concessie. De vraag rijst of de partijen inderdaad door een concessieovereenkomst gebonden zijn. Gezien de feitelijke elementen, kunnen hier twee hypothesen voorliggen: ofwel handelt het om een domeinconcessie, ofwel betreft het een private huurovereenkomst. Rechtscolleges hebben in het verleden al domeinconcessies als private huurovereenkomsten geherkwalificeerd.¹⁹

De kwalificatie ‘domeinconcessie’ of ‘huurovereenkomst’ lijkt af te hangen van de aard van het domein waarop de overheid het recht vestigt: openbaar of privaat domein. Op beide soorten goederen is een apart rechtsregime toepasselijk. Deze tweedeling verantwoordt men traditioneel door de aard en de bestemming van de goederen.²⁰ In principe heeft de kwalificatie van een domeingoed als privaat dan wel als openbaar domein een directe impact op de juridische instrumenten die een openbare rechtspersoon aangaande het domein kan hanteren. Doordat goederen behorend tot privaat domein niet dienen tot het gebruik van allen of voor het beheer van een openbare dienst, zijn hierop in beginsel de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek toepasselijk.²¹ De kwalificatie ‘openbaar’ of ‘privaat’ domein kan men niet afleiden uit de casus.²² Bijgevolg behandelt de bijdrage beide hypothesen.

In een eerste hypothese behoort het goed toe aan het openbaar domein. De Raad van State omschrijft een domeinconcessie als *“een concessie waarbij door middel van een overeenkomst de overheid een persoon het recht verleent om een gedeelte van het openbaar domein tijdelijk en op een wijze die het recht van anderen uitsluit*

¹⁷ K. WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 51.

¹⁸ W. VAN GERVEN, “Beleidsvereenkomsten”, *Academiae Analecta*, 1984, 40; R. ANDERSEN, “Autorité et contrat dans l’administration moderne en Belgique”, *Annuaire Européen d’Administration Publique*, Vol. XX, 1997, 37.

¹⁹ Cass. 4 januari 1974, RW 1973-74, 2259; Cass. 2 september 1982, *Pas.* 1983, I, 1; Cass. 25 september 2000, *JT* 2001, 379, RW 2002-03, 775; Rb. Brussel 26 maart 1996, *JT* 1996, 280. M. PAQUES, D. DÉOM, P.-Y. ERNEUX en D. LAGASSE, *Domaine public, domaine privé, Biens des pouvoirs publics*, Brussel, Larcier, 2008, 198.

²⁰ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van Belgisch Administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 328, nr. 313.

²¹ A. MAST *et al.*, *o.c.*, 339.

²² De casus vermeldt wel dat het terrein langs een kanaal ligt, doch zonder verder te concretiseren. In bepaalde omstandigheden kunnen gronden langs een kanaal ook tot het openbaar domein behoren. Zie D. RENDERS en B. GORS, *Les biens de l’administration*, Brussel, Bruylant, 2014, 44.

in gebruik te nemen en die om redenen ontleend aan het openbaar belang éénzijdig kan worden herroepen”.²³ Onder domeinconcessie begrijpt de rechtsleer een contract *sui generis* waarmee de overheid aan een bepaalde persoon toestaat een deel van het openbaar domein te gebruiken voor eigen doeleinden en voor een bepaalde tijd. Met andere woorden, de domeinconcessie laat zich omschrijven als de overeenkomst waarbij het bestuur tijdelijk en mits betaling van een vergoeding aan een persoon de toelating verleent om exclusief en voor een welbepaald doel het openbaar domein te bezetten.²⁴

Indien de overeenkomst een goed betreft dat tot het openbaar domein behoort, dan hebben partijen de overeenkomst in de casus correct gekwalificeerd. Een huurovereenkomst op een perceel grond behorend tot het openbaar domein is in beginsel uitgesloten.²⁵ Het Hof van Cassatie oordeelde in dat kader, terecht, dat het zuiver benoemen van een overeenkomst als een huurovereenkomst een goed behorend tot het openbaar domein niet desaffecteert.²⁶ Bijgevolg is de wil van partijen in dat kader niet doorslaggevend om de overeenkomst te kwalificeren. Een overheid moet uitdrukkelijk²⁷ beslissen dat een goed het openbaar domein verlaat. Enkel op grond van dergelijke uitdrukkelijke beslissing is in een tweede fase het sluiten van een huurovereenkomst mogelijk. Immers, vanaf de uitdrukkelijke beslissing behoort het goed tot het privaat domein.

In een tweede hypothese betreft de concessieovereenkomst een goed dat tot het privaat domein behoort. De rechtscollages lijken op dit ogenblik weinig uitspraak te hebben gedaan over deze situatie. Twee uitspraken van lagere rechters lijken een concessie op het privaat domein toe te staan.²⁸ VAN GARSSE lijkt deze benadering in zijn proefschrift genegen.²⁹ Volgens huidige bijdrage mag het recht om

²³ RvS 21 juni 1994, nr. 48.082, *Seaport Terminals*.

²⁴ D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 1997, 214.

²⁵ Voor een genuanceerde en actuele analyse zie A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Brussel, La Chartre, 2013, 582-585, nrs. 495-496.

²⁶ Cass. 3 mei 1968, *RCJB* 1969, 5, noot A. MAST. Het Hof van Cassatie heeft dit principe herbevestigd in een betwisting aangaande een overeenkomst die als handelshuurovereenkomst was bestempeld. De kritieken op dit arrest zijn legio. Cass. 25 september 2000, K. VANHOVE, “Het private gebruik van overheidsgoederen”, *Themis* 2008, nr. 52, 17.

²⁷ DE STAERCKE wijst er nochtans op dat zowel affectatie als desaffectatie in de praktijk vaak impliciet gebeuren, als gevolg van een bestuurshandeling die niet noodzakelijk een dergelijke affectatie of desaffectatie tot voorwerp heeft, of als gevolg van een simpel feit: J. DE STAERCKE, *Domeingoederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, die Keure, 2007, 53-54. VAN GARSSE pleit voor een minder stroef regime van affectatie en vooral desaffectatie dan de uitdrukkelijke beslissing die op dit ogenblik door het Hof van Cassatie wordt vereist: S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van publiek-private samenwerking*, die Keure, 2007, 94-95, nrs. 179-180.

²⁸ Vred. Lier 13 juli 1971, *T.Vred.* 1973, 222; Rb. Turnhout 12 oktober 1992, *TBBR* 1993, 181.

²⁹ S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van publiek-private samenwerking*, die Keure, 2007, 262-268.

op privaat domein ook preciaire rechten te vestigen³⁰ (bv. een bezetting ter bede), niet verward worden met de mogelijkheid om dienaangaande een concessieovereenkomst te sluiten.

Huidige bijdrage verdedigt dat zolang het Belgische recht het onderscheid openbaar en privaat domein erkent, een concessieovereenkomst gesloten aangaande een goed behorend tot het privaat domein niet kan.³¹ Een concessieovereenkomst sluit *in se* een uitzonderingsregime in voor de particulier die een overeenkomst met de overheid sluit. De verantwoording voor dit uitzonderingsregime bestaat in het feit dat het goed waarop de particulier een recht verkrijgt, tot het gebruik van allen dient of dienstig is voor het beheer van de openbare dienst. Een dergelijk uitzonderingsregime is niet verenigbaar met goederen die in beginsel vrij beschikbaar zijn. Het zou een ongerechtvaardigde inbreuk maken op de persoonlijke rechten van een particulier, die hij normaal kan laten gelden op dergelijke goederen. Volgens de huidige bijdrage is het element ‘openbaar domein’ een essentieel, een intrinsiek element in de definitie van het begrip ‘domeinconcessie’, definitie gehanteerd door de meerderheidsrechtsleer en door de rechtspraak.³² De Belgische rechtsleer heeft vanaf 1831 de domeinconcessie steeds beschouwd als een toegift, waarbij een overheid een goed toebehorend aan het algemeen belang beperkt in haar gebruik door een persoonlijk recht hierop toe te kennen.³³

In haar arrest van 12 maart 2003 heeft het Grondwettelijk Hof nergens gesteld dat een concessieovereenkomst mogelijk is op goederen behorend tot het privaat domein.³⁴ Wel bevestigde het Hof de mogelijkheid voor overheden om de rechten van de huurder in te perken op grond van overwegingen van algemeen belang. Het Hof ging echter niet zover te bevestigen dat een concessieovereenkomst en een huurovereenkomst dezelfde inhoud hebben en dezelfde rechten toekennen. Als uitgangspunt lijkt het Hof het onderscheid tussen beide te erkennen, juist op grond van het onderscheid openbaar en privaat domein.

³⁰ Recht erkend o.a. door P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Brussel, Bruylant, 2006, v° *Concession domaniale*.

³¹ Zie ook F. MAUSSON, “Le sort des concessions domaniales lors de la désaffectation de parcelles du domaine public” in B. DAUWE, B. DE GRUYSE, E. DE GRIJSE, B. MAES en K. VAN LINT (eds.), *Liber Amicorum Ludovic De Gryse*, Bruxelles, Larcier, 2010, 659 ; V. Sagaert, *Goederenrecht in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 201, 122-123, nr. 147. VAN GARSE noemt het een wijdverspreid idee: S. VAN GARSE, *De concessie in het raam van publiek-private samenwerking*, die Keure, 2007, 228, nr. 480.

³² Zie *supra*. RvS 22 november 2004, nr. 137.417, *Singule*; Cass. 27 oktober 1932, *Pas.* 1932, I, 283; Brussel 17 september 2010, AR 05/8916/A, OoO 2011, 497. RvS 3 juli 2012, nr. 220.141, *NV JC Decaux Belgium*: de toelating om het openbaar domein te gebruiken kadert in een domeinconcessie.

³³ C. DE BROUCKÈRE en F. TIELEMANS, *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, T. 5, Brussel, Weissenbruch Père, 1838, v° *Concession*; *Pand.b.*, v° *Concession*, nr. 6-13.

³⁴ GwH 12 maart 2003, nr. 32/2003.

III. GUNNING VAN DE OVEREENKOMST

De overeenkomst tussen 'Meetjeskanalen' en 'Grandbeton' leent zich tot een aantal rechtsvragen gekoppeld aan het sluiten van overeenkomsten met de overheid buiten het toepassingsgebied van overheidsopdrachten. De goede ligging langs het kanaal van het perceel grond waar 'Grandbeton' haar activiteiten op wil uitoefenen, zou immers ook andere ondernemingen kunnen zijn opgevallen. Indien deze ondernemingen bereid zijn een interessantere tegenprestatie te geven voor het gebruik van de grond of voor de grond zelf dan 'Grandbeton', is de overheid, en onrechtstreeks de belastingbetaler, meer gebaat bij een overeenkomst met deze andere onderneming. In welke mate rust er op 'Meetjeskanalen' een plicht om een rondvraag te doen naar geïnteresseerde ondernemingen? Welke vorm moet deze informatieronde nemen? Welke procedure moet 'Meetjeskanalen' vervolgens toepassen om haar medecontractant te selecteren?

In onderhavig onderdeel bespreken de auteurs de totstandkoming van overeenkomsten met de overheid buiten het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten.^{35, 36} Bij elke totstandkoming van een dergelijke overeenkomst onderscheiden zich drie fases: de keuze voor een bepaalde overeenkomst³⁷, de bekendmaking van de te sluiten overeenkomst en de selectie van een medecontractant. De auteurs zoeken een antwoord op voormelde vragen door het regelgevend kader (III.A) en de rechtspraak (III.B) in synthese te overlopen.

A. REGELGEVEND KADER

Het Belgisch regelgevend kader voor overeenkomsten met de overheid buiten het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten, is beperkt: met uit-

³⁵ VAN GERVEN en WYCKAERT wezen in 1987 reeds op een ongekennde hoeveelheid overeenkomsten, niet in het minst de politieke akkoorden, pacts met sociale partners, samenwerkingsafspraken tussen gemeenten, gentlemen's agreements tussen overheden en ondernemingen ... Zij verwijzen ook naar de oplijstingen in J. LE BRUN, "L'administration économique par voie contractuelle en Belgique" in *Renaissance du phénomène contractuel*, Université de Liège, Faculté de droit, 1971, 40; P. QUERTAINMONT, "Le concurrence du secteur publique aux entreprises privées", *Adm. Publ.* 1982, 119 e.v.; J. SAROT, "Le contract, instrument d'organisation des services publics", *Adm. Publ.* 1976-77, 100 (W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, "Overeenkomsten met de overheid", *TPR* 1987, 1710).

³⁶ Hiermee doelen we op de "overeenkomsten waarbij gebruik wordt gemaakt van het privaatrecht op zich en die steunen op het gebruik van subjectieve privaatrechtelijke rechten van de overheid, zonder dat afspraken omtrent het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid worden gemaakt" (M.W. SCHELTEMA en M. SCHELTEMA, *Gemeenschappelijk recht*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2008, 187).

³⁷ We maken in dit artikel abstractie van de keuze die de overheid moet maken tussen het sluiten van een overeenkomst of het uitvaardigen van een reglement. Zie hierover J. LE BRUN, "L'administration économique par voie contractuelle en Belgique" in *Renaissance du phénomène contractuel*, Université de Liège, Faculté de droit, 1971, 40.

zondering van de ruilverkaveling³⁸, bepaalde domaniale concessies³⁹, openbare leningen⁴⁰ en overeenkomsten in het kader van ruimtelijke economie⁴¹, blijft de overeenkomst louter onderworpen aan de privaatrechtelijke beginselen en de bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek.⁴²

In principe beschikken de administratieve overheden, die steeds in het algemeen belang handelen, over een ruime vrijheid (de discretionaire bevoegdheid)⁴³ om te beslissen. De vraag rijst of dit ook geldt als de overheid een overeenkomst sluit. FLAMME waarschuwde er in 1968 reeds voor dat men al te snel uitgaat van de gedachte dat een overheid slechts overeenkomsten kan sluiten mits het volgen van een openbare aanbestedingsprocedure.⁴⁴ Voor zover het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten beperkt blijft, is er geen enkele reden om te vermoeden dat de vrijheid van administratieve overheden tot contracteren zou zijn ingeperkt. De rechtspraak is echter fel geëvolueerd.

De bestuurlijke vrijheid staat immers tegenover de vereisten van een adequaat bestuur. De rechtsonderhorige ziet zich, ten aanzien van de contracterende overheid, beschermd door de algemene principes die de gedragingen van de overheid sturen. De beginselen van behoorlijk bestuur verplichten de overheid bij het nemen van een beslissing, ook inzake contractsluiting, om het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het onpartijdigheidsbeginsel na te leven. Voordat deze beginselen in de rechtspraak hun toepassing vonden, diende de

³⁸ Wet 22 juli 1970 op de ruilverkaveling van landeigendommen uit kracht van de wet, BS 4 september 1970.

³⁹ Bv. art. 6 wet 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, BS 11 mei 1999; jo. KB 8 mei 2014 betreffende de voorwaarden en de procedure voor de toekenning van domeinconcessies voor de bouw en de exploitatie van installaties voor hydro-elektrische energieopslag in de zeegebieden waarin België rechtsmacht kan uitoefenen overeenkomstig het internationaal zeerecht, BS 6 juni 2014.

⁴⁰ Zie bv. de 'energielening', voorzien in art. 96 Decr.VI. 19 december 2014 tot begeleiding van de begroting 2015, BS 30 december 2014.

⁴¹ Decr.VI. 13 juli 2012 betreffende de ruimtelijke economie, BS 16 augustus 2012.

⁴² GOFFAUX verdedigt echter dat voor overheden het burgerlijk recht, ook in de contractuele relaties tussen overheid en burger, zelden als rechtsgrond wordt aangevat. Volgens hem zijn rechters (en in het bijzonder de administratieve rechters), bij afwezigheid van specifieke reglementering van publiek recht, veeleer geneigd om zich te beroepen op algemene rechtsbeginselen of op ongeschreven regels van recht, en dus niet op het burgerlijk recht. Hij leidt hieruit af dat het een fictie is om aan te nemen dat contracten met de overheid zomaar in dezelfde categorie kunnen worden geplaatst als overeenkomsten tussen private rechtssubjecten. P. GOFFAUX, *L'inexistence des privilèges de l'Administration et le pouvoir d'exécution forcée*, Brussel, Bruylant, 2002, 153.

⁴³ C. CAMBIER, *Droit administratif*, Brussel, Larcier, 1968, 262; D. D'HOOGHE, "Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid", RW 1993-94, 1091, 4.

⁴⁴ M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Brussel, Bruylant, 1969, 144-147.

overheid enkel de bepalingen van burgerlijk recht⁴⁵ na te leven, en meer in het bijzonder: de vrije keuze van medecontractant.

Voor overeenkomsten met de overheid gelden, deels in overlapping met de beginselen van behoorlijk bestuur, het uit de Europese rechtspraak voortvloeiende gelijkheidsbeginsel en de transparantieplicht⁴⁶ als primaire toetsstenen wanneer de overeenkomst een grensoverschrijdend belang heeft.

B. RECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

De rechtspraak van de Raad van State inzake het sluiten van overeenkomsten door de overheid is sinds twee decennia relatief stabiel, met één enkele uitzondering. Vreemd genoeg vormt precies deze uitzondering de kapstok op grond van dewelke bepaalde theorieën werden verdedigd.⁴⁷

Contractvrijheid – Een eerste fase in de evolutie van de rechtspraak betreft de periode vóór de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur. Een ruime contractvrijheid voor de administratieve overheid gold als stelregel. Een representatief arrest voor deze periode dateert van 9 november 1972 en betrof de verkoop van een overheidsgebouw.⁴⁸ De Raad van State oordeelt, niet verrassend, dat er geen enkele wettekst is die de gemeenten verplicht te verkopen via een openbare aanbesteding. Zelfs als de toezichthoudende overheid hiertoe zou aanzetten, zo stelt de Raad laconiek, dan nog zou de enkele sanctie op de onderhandse verkoop bestaan in het niet geven van hun goedkeuring aan deze verkoop.

Contractvrijheid ingeperkt door de beginselen van behoorlijk bestuur – Het arrest *Integan* van 31 mei 1979 heeft een tweede fase ingeleid.⁴⁹ De zaak betrof een overeenkomst tussen een gemeente en een teledistributienetbeheerder, voor het gebruik van het openbaar domein. De Raad stelt eerst vast dat de overheid in beginsel zelf kiest op basis van welke procedure zij een dergelijke overeenkomst sluit (dit hoeft met andere woorden niet via een openbare aanbesteding te gebeuren), maar vervolgt dat op de overheid wel een verplichting rust om een adequate

⁴⁵ Zie voetnoot 42.

⁴⁶ HvJ 1 juni 1985, 197/84, *Steinhauser*; HvJ 18 november 1999, C-275/98, *Unitron Scandinavia*; HvJ 7 december 2000, C-324/98, *Telaustria Verlag GmbH*; HvJ 13 oktober 2005, C-258/03, *Parking Brixen*.

⁴⁷ Zie D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 1997, 12, nr. 31: de auteur leidt uit het arrest een mogelijke veralgemeende verplichting tot inmededingingstelling af. *Contra*: K. WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 147, nr. 243.

⁴⁸ RvS 9 november 1972, nr. 15.560, *Jacques*. Gelijkaardig: RvS 6 juni 1974, nr. 16.461, *Denoncin*.

⁴⁹ RvS 31 mei 1979, nr. 19.671, *S.A. Intercommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen Integan*.

beslissing te nemen, zowel in het belang van de gemeente als in het belang van de inschrijvers. In toepassing van het gelijkheidsbeginsel erkent de Raad een verplichting in hoofde van de overheid om de offertes van inschrijvers effectief te vergelijken. Over de wijze waarop de overheid de overeenkomst openbaar moet maken, spreekt het arrest zich niet uit. De Raad van State handhaaft op consequente wijze deze rechtspraak.⁵⁰ Met het arrest *Seaport Terminals*⁵¹ lijkt de Raad ook voor de eerste maal impliciet de transparantieplicht te bevestigen. Een overheid moet, wanneer zij een overeenkomst gunt, een bepaalde bekendmaking waarborgen.

Vreemd genoeg kiest het Vlaamse Gewest voor een ander beleid. In haar omzendbrief BA-G-89/15 van 6 september 1989 over de vervreemding van onroerende goederen door de gemeenten⁵² verkondigt het Vlaamse Gewest dat zij de openbare verkoop onderschrijft als verplicht te volgen procedure bij de verkoop van onroerende goederen. Voor een dergelijke restrictieve houding bestond nochtans geen enkele jurisprudentiële aanleiding.

Arrest De Backer – Een vreemde kronkel in de vrijwel stabiele rechtspraak van de Raad van State deed zich voor in het arrest *De Backer* van 28 mei 1997.⁵³ Het betrokken arrest schorste de beslissing van de gemeenteraad van Merksplas om een perceel grond onderhands te verkopen. In dit arrest oordeelt de Raad dat het gelijkheidsbeginsel het bestuur er in principe toe verplicht de “weg van de openbare verkoop” te volgen. De Raad voegt hieraan toe dat op dit principe uitzonderingen mogelijk zijn voor zover hiervoor precieze redenen voorliggen die in feite juist en in rechte aannemelijk zijn.

Het arrest *De Backer*, overigens geen vernietigingsarrest maar ‘slechts’ een schorsingsarrest, vormt achteraf beschouwd een vreemde eend in de bijt. Uiteindelijk volgde ook een vernietigingsarrest, zij het niet op grond van het motief van het gelijkheidsbeginsel.⁵⁴ Het schorsingsarrest heeft geen enkele opvolging gekend in de rechtspraak van de Raad, zoals blijkt uit de hierop volgende arresten. De rechtsleer greep dit arrest wel stelselmatig aan om te verkondigen dat de verkoop door een overheid openbaar moet gebeuren. De Franstalige kamers van de Raad van State oordeelden in diezelfde periode nochtans anders.⁵⁵

⁵⁰ Gelijkaardig: RvS 13 maart 1991, nr. 36.637, *Robert*; RvS 21 juni 1994, nr. 48.082, *N.V. Seaport Terminals*.

⁵¹ RvS 21 juni 1994, nr. 48.082, *N.V. Seaport Terminals*.

⁵² BS 14 oktober 1989. Diezelfde procedure werd eveneens verplicht gesteld voor de vervreemding van onroerende goederen door provincies (Omz. 6 augustus 1990 over de vervreemding van onroerende goederen door de provincies, BS 5 oktober 1990).

⁵³ RvS 28 mei 1997, nr. 66.428, *BVBA De Backer*.

⁵⁴ RvS 28 oktober 1997, nr. 69.199, *BVBA De Backer*.

⁵⁵ RvS 7 januari 2008, nr. 178.294, *El Bahoudi*; RvS 21 november 2011, nr. 100.966, *Ponsaerd*.

Overigens blijft ook het Vlaamse Gewest⁵⁶ vasthouden aan de rechtspraak *De Backer*. In zijn omzendbrief van 12 februari 2010 hervat de Vlaamse minister-president het standpunt dat de openbare verkoop de algemene regel moet blijven.⁵⁷ Volgens ons voegt deze omzendbrief een rechtsregel toe aan het rechtsverkeer. Met haar arrest *Grondmaatschappij van België* bevestigt de Raad van State dat de plicht tot openbare verkoop niet voortvloeit uit de bestaande regelgeving. In die zin heeft voornoemde omzendbrief aangaande dat aspect een verordenend karakter. De Vlaamse minister-president heeft deze omzendbrief echter nooit voorgelegd voor advies aan de afdeling wetgeving van de Raad van State. Reeds om die reden is deze omzendbrief onwettig.⁵⁸

De Raad van State heeft het opportuun geacht om een uitdrukkelijk standpunt in te nemen ten aanzien van het schorsingsarrest *De Backer*. Voor een eerste maal in het arrest *NV Grondmaatschappij van België* van 5 mei 2011⁵⁹ wijst de Raad erop dat *“dit arrest een uitspraak betreft in het kader van een vordering tot schorsing. De bedoelde principiële verplichting komt ter sprake bij de beoordeling van het tweede, als ernstig beschouwde middel. Verzoeksters zullen evenwel opmerken dat het middel niet meer aan bod komt in het arrest ten gronde, nr. 69.199 van 28 oktober 1997, waarin finaal tot de nietigverklaring wordt besloten op grond van een ander – het vijfde – middel.”* De Raad van State neemt zodoende uitdrukkelijk afstand van het arrest *De Backer*. Voor het overige oordeelt de Raad dat een rechtssubject zich slechts op de mededinging kan beroepen, indien het effectief geen kennis had van de te sluiten verkoop. Zodra het hier op nuttige wijze aan heeft kunnen deelnemen, kan het zich uiteraard niet meer beroepen op een schending van de mededinging. Volgens huidige bijdrage bevestigt de Raad met dit arrest dat het gelijkheidsbeginsel een overheid niet verplicht een goed openbaar te verkopen. Bij uitbreiding geldt bij de sluiting van elke soort overeenkomst, buiten een overheidsopdracht, dat een openbare procedure of een procedure tot inmededingingstelling niet noodzakelijk is opdat een overheid de gelijke behandeling zou waarborgen. De keuze voor een onderhandse procedure behoort tot de discretionaire bevoegdheid van de overheid.

⁵⁶ Minister COURARD heeft evenwel voor het Waalse Gewest een omzendbrief uitgevaardigd waarbij hij de vrije keuze van overheden voor een openbare of onderhandse verkoop bevestigt. Hij benadrukt wel dat adequate maatregelen van openbaarmaking moeten worden genomen in geval van onderhandse verkoop (Circulaire 20 juillet 2005 relative aux ventes d'immeubles ou acquisitions d'immeubles par les communes, les provinces et les C.P.A.S. ainsi qu'à l'octroi de droit d'emphytéose ou de droit de superficie, BS 3 augustus 2005).

⁵⁷ Omz. 12 februari 2010 (BB 2010/02) betreffende de vervreemding van onroerende goederen door de provincies, gemeenten, O.C.M.W.'s en besturen van de erkende erediensten, BS 17 maart 2010.

⁵⁸ Vgl. RvS 6 mei 1992, nr. 39.325, *a.s.b.l. Infor-jeunes Namur*.

⁵⁹ RvS 5 mei 2011, nr. 212.929, *NV Grondmaatschappij van België*.

De Franstalige kamer van de Raad van State leidt in een arrest van 2 mei 2011 uit de rechtspraak van het Hof van Justitie een transparantieplicht af voorafgaand aan de gunning van een concessie van openbare dienst.⁶⁰ De overheid moet een passende mate van openbaarheid en een bepaalde mededinging waarborgen. De Raad spreekt niet van een plicht om een openbare procedure te organiseren.

In een arrest *Belgacom* van 2 mei 2012 bevestigt de Nederlandstalige kamer dat elke overheidsbeslissing die kadert in een overheidsopdracht met het doel de uitoefening van een economische activiteit, onderworpen is aan het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieplicht.⁶¹ Op grond hiervan moet een administratieve overheid, volgens de Raad van State, een passende mate van openbaarheid en mededinging waarborgen, zelfs wanneer de “bestaande contractuele verplichtingen” zich verzetten tegen een transparante marktbevraging.⁶² De overheid dient daarenboven de aanbiedingen effectief te vergelijken.⁶³

Ten slotte lijkt ons ook het arrest *Immorocha* voornoemde beginselen te bevestigen.⁶⁴ Het gelijkheids- en het transparantiebeginsel (op te merken valt dat de Raad van State hier spreekt over een beginsel, wat er lijkt op te wijzen dat de transparantie een beginsel van behoorlijk bestuur is) vereisen een effectieve bekendmaking. Dit impliceert een algemene bevraging, maar conform de eerdere rechtspraak is geen openbare procedure verplicht. De Raad van State bevestigt impliciet ook dat in uitzonderlijke omstandigheden geen bevraging nodig is.⁶⁵ De overheid moet dan wel deze uitzonderlijke omstandigheden uitdrukkelijk omschrijven in haar gunningsbeslissing. Voor zover deze omstandigheid overeenkomt met de werkelijkheid en deze op een redelijke wijze de keuze voor één partner kunnen verantwoorden, zal het moeilijk zijn voor een andere gegadigde om dergelijke beslissing te laten sanctioneren. In een *obiter dictum* bevestigt de Raad nogmaals dat deze beginselen geldend voor een ruil ook gelden voor een verkoop. Ook hier spreekt de Raad niet van een openbare procedure, wat nogmaals bewijst dat dit niet noodzakelijk is.

⁶⁰ RvS 2 mei 2011, nr. 212.886, *La Renaissance*, OoO 2013, 49 e.v., noot K. WAUTERS en T. CAMBIER.

⁶¹ RvS 2 mei 2012, nr. 219.116, *Belgacom*.

⁶² Dit wordt vervolgens bevestigd door het Hof van Justitie in het kader van prejudiciële vragen gesteld door de Raad over de verhouding tussen de transparantieverplichting krachtens de art. 49 en 56 VWEU, en een bestaand, niet betwist contractueel kader tussen een publiekrechtelijke rechtspersoon en een privaatrechtelijke onderneming. Het Hof van Justitie oordeelt hierover dat het rechtszekerheidsbeginsel wel rechtvaardigt dat een overeenkomst in acht wordt genomen, maar dat dit beginsel niet kan worden aangevoerd om een overeenkomst die op zich strijdt met de beginselen van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel, uit te breiden (HvJ 14 november 2013, C-221/12, *NV Belgacom*).

⁶³ RvS 26 mei 2014, nr. 227.535, *NV Belgacom*.

⁶⁴ RvS 30 januari 2015, nr. 230.062, *NV Immorocha*. Zie tevens het schorsingsarrest: RvS 13 juli 2012, nr. 220.328, *NV Immorocha*.

⁶⁵ Zie ook RvS 6 december 1988, nr. 31.547, *Tilmans*.

Besluit – De overheid, die een overeenkomst wil sluiten, beschikt over een ruime discretionaire bevoegdheid. In de uitoefening van deze bevoegdheid is zij uiteraard wel gehouden tot de beginselen van behoorlijk bestuur, en in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel. Deze principes verplichten de overheid om, indien zij een overeenkomst wil sluiten, hier een aantal geïnteresseerden van op de hoogte te brengen, en hun respectievelijk aanbod effectief te vergelijken (met uitzondering van de ruilverkaveling, in welk geval er een bijzondere motiveringsplicht rust op de overheid). Op de overheid rust, zo blijkt uit de rechtspraak van de Raad van State, geen verplichting (tenzij zij zich dit zelf heeft opgelegd⁶⁶) tot het organiseren van een openbare procedure.

IV. BEËINDIGING VAN DE OVEREENKOMST

In het privaatrecht kunnen partijen in beginsel de door hen gesloten overeenkomst slechts beëindigen op grond van een wilsovereenstemming. Dit is anders bijvoorbeeld wanneer één van beide partijen een fout heeft begaan of wanneer de overeenkomst zelf is aangetast door een gebrek. De vraag rijst of de aanwezigheid van een administratieve overheid als contractpartner tot een ander besluit kan leiden.

Een administratieve overheid staat in voor de uitvoering van het algemene beleid uitgetekend door de wetgevende macht. Bij het nemen van individuele rechtshandelingen voert zij bovendien ook het beleid uit bepaald door de uitvoerende macht of door haarzelf. De beslissingen van de administratieve overheid hebben ook betrekking op de organisatie en het beheer van de openbare dienst. Deze taken krijgt de administratieve overheid rechtstreeks van de grondwetgever. Het is de taak van alle organen van de Staat om het algemeen belang te dienen: de wetgevende macht als rechtstreekse vertolker van de wil van het volk, de uitvoerende macht als uitvoerder van die wil en de rechterlijke macht ter bescherming van die wil tegen het optreden van de andere machten.

De Belgische Grondwet weerspiegelt deze gedachten. De grondwetgever heeft geoordeeld dat op die wijze het algemeen belang het best wordt gewaarborgd.⁶⁷ Het beheren en het organiseren van de taken van algemeen belang (van de open-

⁶⁶ Ingeval de overheid zichzelf de verplichting heeft opgelegd om een openbare procedure te organiseren, vormt het niet-respecteren daarvan een grond tot nietigverklaring van het besluit tot het sluiten van die overeenkomst, dat zonder naleving van de openbare procedure werd aangenomen. Dit is een toepassing van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, met name dat de overheid de regels dient na te leven die zij zelf heeft uitgevaardigd.

⁶⁷ DELPÉRÉE is van oordeel dat een grondwet een geheel van rechtsregels is die een maatschappij creëert teneinde op een efficiënte wijze het algemeen belang (*le bien public*) te dienen: F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Brussel, Bruylant, 2000, 11, nr. 5.

bare dienst) zijn missies die de uitvoerende macht rechtstreeks via de Grondwet heeft gekregen.⁶⁸ De Raad van State heeft de taken van de uitvoerende macht reeds gekoppeld aan artikel 33 Gw.⁶⁹ Doorheen haar handelen maakt anderzijds een administratieve overheid duidelijk wat van algemeen belang is of wat het algemeen belang dient.⁷⁰ Een administratieve overheid handelt immers enkel in het algemeen belang.⁷¹ Enkel dit kan haar handelen rechtvaardigen: het vormt de grondslag en de finaliteit van het overheidshandelen.⁷² De overheid heeft haar bestaan te danken aan deze finaliteit.⁷³

Omdat een administratieve overheid krachtens de Grondwet bevoegd is om het algemeen belang te dienen, heeft zij ook bijzondere voorrechten.⁷⁴ Die bijzondere voorrechten houden allemaal verband met de uitzonderlijke mogelijkheid die overheden hebben, om eenzijdig te handelen. Aldus kan een administratieve overheid, in naam van het algemeen belang, zonder toestemming van een andere (rechts)persoon rechten en plichten creëren en dus op eenzijdige wijze het rechtsverkeer wijzigen.⁷⁵ Het eenzijdig handelen of beslissen is de natuurlijke wijze van optreden van een overheid. Het algemeen belang vereist een doortastend optreden, waarbij de burgers hun 'bevoegdheid' hebben overgedragen aan de specifieke rechtspersoon 'de Staat'. De overheid treedt op namens die burgers en zij wordt geacht de toestemming te hebben van die burgers.

Een overheid kan er ook voor kiezen een contractuele relatie aan te gaan betreffende de organisatie of het beheer van de taken van algemeen belang. Deze keuze steunt echter ook op een voorafgaande eenzijdige administratieve rechtshandeling. De keuze voor de overeenkomst kan echter niet inhouden dat de overheid op absolute wijze afstand doet van haar eenzijdig handelen in het algemeen belang. In die zin kan de keuze voor de overeenkomst, volgens huidige bijdrage, geen onvoorwaardelijke keuze zijn voor de absolute toepassing van het privaatrecht.⁷⁶

⁶⁸ Zie D. RENDERS en L. VANSNICK, "La place des lois du service public dans la hiérarchie des normes" in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public. Les 'lois' du service public*, Brussel, La Chartre, 2009, 50, nr. 98: deze auteurs stellen dat het algemeen belang als rode draad doorheen de Grondwet loopt.

⁶⁹ RvS 27 augustus 1991, nr. 37.538, *Lens*, aangehaald door P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, v° *Intérêt général*.

⁷⁰ Vgl. F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004, 53, nr. 44.

⁷¹ GwH 12 maart 2003, n° 32/2003; C. CAMBIER, *Droit administratif*, Brussel, Larcier, 1968, 7-8.

⁷² E. LANCKSWERDT, "Naar een andere constructie van het algemeen belang", *TBP* 2011, 103.

⁷³ J. DEMBOUR, *Droit administratif*, Liège, Faculté de droit, 1972, 17, nr. 4; D. RENDERS, *Droit administratif général*, Brussel, Bruylant, 2014, 1.

⁷⁴ P. LEWALLE m.m.v. L. DONNAY, *Contentieux administratif*, Brussel, Larcier, 2008, 23-24.

⁷⁵ A. VAN MENSEL, I. CLOECKAERT, W. VANDERDONCK en S. WYCKAERT, *De administratieve rechtshandeling. Een proeve*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 31, nr. 79.

⁷⁶ Zie in andere zin D. D'HOOGHE en Ph. DE KEYSER, "Het continuïteits- en het veranderlijkheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 389-390.

Bijgevolg zou een overheid, zelfs wanneer zij zich contractueel heeft verbonden, steeds eenzijdig moeten kunnen tussenkomen in deze overeenkomst. Deze mogelijkheid baseert de huidige bijdrage niet op het onderscheid tussen de '*contrats administratifs*' en de '*contrats de l'administration*'. Het eenzijdig en contractueel handelen vertrekt niet vanuit een opvatting dat een overheid handelt als twee verschillende personen, maar vanuit de opvatting dat eenzijdig en contractueel handelen twee modaliteiten zijn die een overheid gebruikt om haar taken van algemeen belang te organiseren en te beheren. Het is aan die overheid om te kiezen wanneer het ene of het andere handelen beter of noodzakelijk is in het algemeen belang. Deze keuze moet de overheid wel motiveren vanuit het algemeen belang.

Het *Flandria*-arrest⁷⁷ verzet zich ook niet tegen een opvatting waarbij een overheid, zelfs ze als zich contractueel verbindt, bepaalde prerogatieven behoudt. In dit arrest bevestigt het Hof dat een overheid onderworpen is aan de toepassing van artikel 1382 BW. Men kan echter dit arrest niet gebruiken om te verdedigen dat als een overheid kiest voor een burgerrechtelijke rechtsfiguur, de overeenkomst, dat zij dan volledig onderworpen is aan het verbintenissenrecht.⁷⁸ Het *Flandria*-arrest betreft een situatie waarbij een overheid onwettig heeft gehandeld en bijgevolg in strijd met het algemeen belang. In die situatie is het logisch dat de overheid op dezelfde wijze wordt behandeld als andere rechtsonderhorigen. Wanneer de overheid een overeenkomst sluit, handelt zij in het algemeen belang, doch moet zij in het raam van datzelfde algemeen belang ook eenzijdige beslissingen kunnen nemen. In die zin blijft zij als dezelfde persoon handelen. Het is juist wanneer men de overheid zou ontzeggen om eenzijdig te handelen in aanwezigheid van een overeenkomst, dat men haar opnieuw ontdubbelt.

Procureur-generaal LECLERCQ erkende in conclusies voorafgaand aan een arrest van het Hof van Cassatie van 5 maart 1917, conclusies waarop deze zelfde LECLERCQ heeft voortgebouwd in zijn conclusie voorafgaand aan het arrest *Flandria*, reeds dat een overheid steeds een rechtssituatie die het algemeen belang benadeelt, eenzijdig kan opheffen.⁷⁹ Volgens LECLERCQ bestaat deze mogelijkheid enkel als de organisatie van de openbare dienst⁸⁰ het vereist. Daarbij moet men volgens hem geen onderscheid maken tussen de situatie waarbij de particulier een recht heeft op grond van een verkoopovereenkomst, en een overeenkomst met de overheid of een concessie. Ingeval de situatie van de particulier aldus wijzigt, heeft hij wel recht op een vergoeding. Een overheid zou volgens ons juist tegen

⁷⁷ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193, concl. Eerste Adv. Gen. P. LECLERCQ.

⁷⁸ Vgl. M. CORNIL, "Portée de l'arrêt de la Cour de Cassation du 5 novembre 1920", *La Belgique Judiciaire* 1939, 449 e.v.

⁷⁹ Concl. PG LECLERCQ onder Cass. 5 maart 1917, *Pas.* 1917, I, 130.

⁸⁰ LECLERCQ spreekt niet van openbare dienst, maar zegt het als volgt: "*ce pouvoir est limité par la nécessité qui le justifie, et par la nature juridique de l'organisation de la nation*".

haar grondwettelijke taak handelen, indien zij niet zou optreden wanneer het algemeen belang dat vereist. Daarbij moet de overheid wel altijd die weg kiezen die het minst schadelijk is voor de burger.

Deze visie moet men echter nog verenigen met de principes van het verbintenissenrecht. Immers, de persoon die zich verbindt, is in beginsel ook verplicht zich hieraan te houden. Huidige bijdrage gaat akkoord met de visie dat als een overheid kiest om een bepaald type overeenkomst te sluiten, zij zich in beginsel ook onderwerpt aan de rechtsregels toepasselijk op deze overeenkomst. De aanwezigheid van een overheid bij de uitvoering van een overeenkomst houdt niet de toepasselijkheid in van een bijzonder afwijkend recht. Anderzijds behoudt zij haar hoedanigheid als overheid en zal haar gedrag binnen een overeenkomst ook worden afgetoetst ten aanzien van een normaal handelende overheid. Bovendien kunnen dwingende redenen van algemeen belang de overheid noodzaken op een bepaalde wijze te handelen, die van invloed kan zijn op de overeenkomst. De mate van invloed is afhankelijk van het soort overeenkomst dat de overheid sluit.

In het raam van een concessie een openbare dienst is het voorwerp zelf het beheer van een openbare dienst. De beginselen van de openbare dienst maken dat in dat kader de overheid zich moet aanpassen aan de noden van de openbare dienst, waardoor wijzigingen noodzakelijk zijn⁸¹ of waardoor de overeenkomst moet worden beëindigd. De wijzigingen, die noodzakelijk zijn, betreffen echter het beheer van de openbare dienst en zullen slechts onrechtstreeks een invloed hebben op de contractuele rechten van de beheerder. Zij treffen eerder de gebruikers van de openbare dienst. Hieruit volgt een eventueel onderscheid, waarbij enerzijds de overheid door beslissingen extern aan de overeenkomst eenzijdig de situatie kan beïnvloeden en anderzijds de overheid geen eenzijdige wijzigingen kan aanbrengen aan de contractuele rechten.

In de eerste situatie handelt het om wat men in het verbintenissenrecht “*le fait du Prince*” noemt. Het handelt om een bevel of een verbod van de overheid, die onvoorzienbaar en onoverkomelijk⁸² was. In dat geval heeft de beslissing van de overheid een bevrijdende werking ten aanzien van de plichten van contractanten⁸³, waarbij de contractpartij niet riskeert gesanctioneerd te worden.⁸⁴

In de tweede situatie lijkt het beginsel van het consensualisme, vervat in artikel 1134 BW, zich te verzetten tegen de mogelijkheid van een overheid om contractuele rechten eenzijdig te wijzigen. Artikel 37 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de over-

⁸¹ Zie P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Brussel, 174-179.

⁸² Zie bv. Brussel 25 januari 2000, *JT* 2000, 790.

⁸³ Cass. 15 februari 1951, *Pas.* 1951, I, 388.

⁸⁴ Cass. 5 november 1996, *Larcier Cass.* 1997, nr. 252.

heidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken⁸⁵ erkent wel dergelijk recht in het raam van de uitvoering van overheidsopdrachten. Echter, enkel niet-essentiële wijzigingen zijn toegelaten.⁸⁶ Dit doet ons ertoe besluiten dat als een overheid in het algemeen belang genoodzaakt is de bepalingen van een overeenkomst te wijzigen, dit eigenlijk neerkomt op de eenzijdige beëindiging van de overeenkomst.

Wanneer een overheid handelt in het algemeen belang, dan moet zij op die basis de mogelijkheid hebben om een overeenkomst eenzijdig te beëindigen. Wanneer een overheid bijvoorbeeld een goed, behorend tot het privaat domein, nodig heeft voor het beheer van de openbare dienst, zal zij dit affecteren tot het openbaar domein. Op dat ogenblik beëindigt zij ook automatisch eventuele private rechten die rusten op dat goed via een huurovereenkomst (gemene huur, handelshuur, pacht of leasing) of een leen- of ruilovereenkomst. Eventueel moet dergelijke handeling worden gezien als een onteigening met het recht voor de ‘onteiende’ op de overeenkomstige schadevergoeding. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens definieert het begrip ‘onteiende’ heel ruim. Ook contractuele rechten heeft het Hof als eigendom beschouwd.⁸⁷ Dit wil echter niet zeggen dat er een algemeen eenzijdig beëindigingsrecht is voor alle overeenkomsten gesloten door een overheid. Inzake overheidsopdrachten erkent de regelgever dit recht niet buiten de situaties voorzien in artikel 1794 BW.

In het raam van een concessie zijn de rechten van de contractpartner *in se* precair en lijkt in die zin het eenzijdige beëindigingsrecht besloten te zitten in de aard van dit soort overeenkomsten. De beëindiging van deze overeenkomsten kan wel recht geven op een vergoeding, maar geen onteigeningsvergoeding.

V. TOEPASSING

De voorgaande principes leiden, in toepassing op de gegeven casus, tot de volgende resultaten.

Openbaar domein/Privaat domein – Uit de casus blijkt dat een concessieovereenkomst werd gesloten. Auteurs concluderen hieruit dat het om openbaar domein gaat. Wanneer *in casu* het perceel grond evenwel zou behoren tot het privaat

⁸⁵ BS 14 februari 2013.

⁸⁶ De volgende voorwaarden moeten blijken art. 37 KB 14 januari 2013 cumulatief zijn vervuld opdat een wijziging als niet-essentieel geldt:

- het voorwerp van de opdracht blijft onveranderd;
- de wijziging in waarde blijft beperkt tot vijftien procent van het oorspronkelijke opdrachtbedrag;
- zo nodig wordt voorzien in een passende compensatie voor de opdrachtnemer.

⁸⁷ EHRM 19 december 1989, *Mellacher t. Oostenrijk*, Publ. Hof, Seria A, Vol. 169, § 43.

domein, is een herkwalificatie van de overeenkomst met de herder naar een huur-overeenkomst op haar plaats. Niets verzet er zich in het absolute tegen dat de overheid een openbaar domein zou herbestemmen tot privaat domein.

Gunning van de overeenkomst – De initiële casus luidde dat Meetjeskanalen een overeenkomst zou willen sluiten met ‘Grandbeton’ voor het gebruik van de grond. Er zijn geen indicaties dat de bestemming van de grond zich verzet tegen een gebruik ervan door een private onderneming.⁸⁸ De grond leent zich er dus toe dat de overheid hier rechten op verstrekt.

Meetjeskanalen zal moeten beslissen welke rechten zij wil verstrekken en welke overeenkomst zij hiertoe zal sluiten. De soort overeenkomst hangt af van het domeingoed. De beslissing tot gunning behoort tot de discretionaire bevoegdheid van Meetjeskanalen, maar is onderworpen aan de beginselen van behoorlijk bestuur. Het belang van de materiële en de formele motiveringsplicht speelt hierin voornamelijk een rol voor zover Meetjeskanalen met deze beslissing reeds bepaalde potentiële geïnteresseerde marktspelers zou uitsluiten.

Na deze keuze zal Meetjeskanalen de nodige transparantie moeten verlenen: zij kan niet zomaar een overeenkomst sluiten met Grandbeton. Deze transparantie kan op verschillende wijzen: zij kan meerdere ondernemingen zoals Grandbeton aanschrijven omtrent de te sluiten overeenkomst, en hun bod vragen. Indien het over een substantieel stuk grond gaat dat zich ook tot andere industriële activiteiten strekt, dient zij in het oog te houden dat zij ook buitenlandse ondernemingen met een potentieel belang hiervan op de hoogte stelt. Meetjeskanalen is niet verplicht om deze overeenkomst te sluiten via een openbare procedure.

Nadat Meetjeskanalen de nodige transparantie aan de te sluiten overeenkomst heeft verleend, en een redelijke termijn⁸⁹ heeft verleend aan geïnteresseerden om een bod in te dienen, zal zij de ingediende aanbiedingen effectief moeten vergelijken. Indien er slechts één nuttig aanbod zou zijn geformuleerd, dan is geen vergelijking nodig en dient Meetjeskanalen dit als dusdanig aan te geven in de gunningsbeslissing. Indien er wel een vergelijking kon plaatsvinden, dient Meetjeskanalen aan te geven in haar motivering op basis van welk criterium zij een bepaalde inschrijver heeft gekozen. Gewoonlijk zal dit de prijs zijn, maar het is ook denkbaar dat een bepaald bod andere economische toegevoegde waarde heeft of binnen een bepaald stimuleringsbeleid van de betrokken overheid valt.

Beëindiging van de overeenkomst – Ten slotte rijst de vraag naar de beëindiging van de concessieovereenkomst tussen Meetjeskanalen en de herder. Uit wat

⁸⁸ J. DE STAERCKE, *Domeingoederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 82.

⁸⁹ RvS 21 juni 1994, nr. 48.082, *N.V. Seaport Terminals*.

voorafgaat, blijkt dat Meetjeskanalen wel over een eenzijdig beëindigingsrecht beschikt ten aanzien van de concessieovereenkomst met de herder, maar ook dat deze herder hiervoor een recht zou kunnen hebben op een vergoeding. De concedant kan met andere woorden de concessieovereenkomst te allen tijde om redenen van algemeen belang beëindigen, tegen betaling van een schadevergoeding.⁹⁰ In het raam van een dergelijke eenzijdige beëindiging is de rechtsleer en rechtspraak het erover eens dat de concessionaris een mogelijke schadevergoeding kan verkrijgen zowel tot vergoeding van de *damnum emergens* (geleden schade) als van de *lucrum cessans* (gederfde winst).⁹¹

⁹⁰ RvS 26 oktober 1949, nr. 142, *Smets Use*: “Overwegende dat de bevoegde ministers, wanneer het algemeen belang zulks vereist, aan een zelfs regelmatig toegewezen concessie voor haar tijd een einde mag maken; dat de mogelijkheid, voor de concessiehouder, om ingevolge het intrekken van de concessie schadeloosstelling ten laste van de Staat te bekomen, niet van die aard is dat zij deze macht opheft of beperkt”; Cass. 4 september 1958, *Pas.* 1959, I, 7; Cass. 31 mei 1978, *Pas.* 1978, I, 1126.

⁹¹ Cass. 4 september 1958, *Pas.* 1959, I, 7; S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2007, 505, nr. 946.