

2022 | Faculteit Rechten



UHASSELT

KNOWLEDGE IN ACTION



Maastricht University

Proefschrift voorgelegd tot het behalen van de graad van doctor
in de Rechten, te verdedigen door

Marie DeCock

DOCTORAATSPROEFSCHRIFT

De hybriditeit van
intergemeentelijke
samenwerkingsverbanden:
geklemd tussen publiek en
privaat, tussen overheid en
onderneming

Promotor: Prof. dr. Steven Van Garsse | Hasselt University

Copromotor: Prof. dr. Alexander De Becker | Ghent University

D/2022/2451/36

Proefschrift voorgelegd tot het behalen van de graad van doctor in de Rechten

Marie DeCock

Promotor:	Prof. dr. Steven Van Garsse
Copromotor:	Prof. dr. Alexander De Becker
Begeleidingscommissie:	Prof. dr. Niels Appermont & prof. dr. Frederik Vandendriessche
Doctoraatsjury:	Prof. dr. Stéphanie De Somer, prof. dr. Pim Huisman & prof. dr. Yseult Marique

*Aan mijn oma,
Jeannine Vereecken*

*Time is too slow for those who wait, too swift for those who fear,
too long for those who grieve, too short for those who rejoice,
but for those who love, time is not.*

Henry Van Dyke, 1904

DANKWOORD

DANKWOORD

Precies tien jaar geleden, zat ik als eerste bachelorstudent in de aula's van de Universiteit Gent. Afkomstig uit mijn veilige thuishaven Oostende, was ik nieuwsgierig naar en toch ook wat angstig voor wat de komende jaren zouden brengen. Vijf en een half jaar later – na een korte omzwerving als advocaat-stagiair in Gent – besloot ik om mijn vleugels opnieuw uit te slaan. Op 16 januari 2018 begon ik als doctoraatsonderzoeker in de rechtenfaculteit in Hasselt. Een beslissing waar ik nog geen moment spijt van heb gehad.

Aan de Universiteit Hasselt werkte ik de afgelopen jaren aan het onderzoek waarvan dit proefschrift het eindresultaat is. Het schrijven van dit proefschrift zie ik als een van mijn mooiste ervaringen. Ik ben zo dankbaar voor de kansen die ik heb gekregen en de mensen die ik heb ontmoet. Net zoals er geen einde is zonder een begin, zou dit proefschrift er niet zijn zonder mijn promotor, prof. dr. Steven Van Garsse. Vanaf mijn eerste werkdag zorgde Steven ervoor dat ik me thuis voelde aan de Universiteit Hasselt. Dat hij zo overtuigd was van mijn kunnen en dit keer op keer herhaalde, zorgde ervoor dat mijn onzekerheid stilletjes aan plaatsmaakte voor nieuwsgierigheid en enthousiasme. Met zijn onafgebroken geloof in de capaciteiten van mensen en met zijn talent om hen aan te moedigen, zorgde Steven ervoor dat ik het beste van mezelf kon geven. Zonder aarzeling deelde hij zijn internationale netwerk met mij, hij spoorde me aan om te spreken op conferenties en congressen, hij gaf me mijn academische vrijheid om het schrijven van mijn doctoraat steeds te combineren met publiceren over wat ik op dat moment interessant vond en hij was oprecht begaan met mijn persoonlijk geluk. De combinatie van gedrevenheid, menselijkheid en inhoudelijke kennis, maken van Steven een eersteklas mentor. Bedankt voor de toewijding, voor de kansen en om zo de ideale promotor te zijn voor mij.

Bedankt aan de leden van de doctoraatsjury, prof. dr. Stéphanie De Somer, prof. dr. Pim Huisman en prof. dr. Yseult Marique voor de interesse waarmee ze mijn proefschrift hebben doorgenomen en voor de waardevolle feedback. Bedankt aan mijn copromotor, prof. dr. Alexander De Becker, en aan de leden van mijn begeleidingscommissie, prof. dr. Niels Appermont en prof. dr. Frederik

DANKWOORD

Vandendriessche, voor de vele interessante én aangename gesprekken en voor de kritische inzichten. De opbouwende feedback die ik steevast van hen kreeg, motiveerde me om beter te doen en deed me steeds uitkijken naar de volgende doctoraatscommissie.

Bedankt aan alle experten, beleidsmakers en *stakeholders* met wie ik de afgelopen jaren heb gesproken, om jullie kennis over dit thema met mij te delen. In het bijzonder wil ik Walter Aerts, Luc Vandekerckhof en Marc Verhulst (Agentschap Binnenlands Bestuur – ABB) bedanken, net als Christof Delatter en Karen Alderweireldt (Vereniging van Vlaamse Steden en Gemeenten – VVSG), Filiz Körkmazer (Raadgeefster economisch recht kabinet Geens), Bram Opsomer (Adjunct-kabinetschef Binnenlands Bestuur kabinet Somers), Adrien Fostier en François Vandevenne (SPW Intérieur et Action sociale), Sofie Arickx, Dieter Bornauw, Stefan Decaluwe, Ian De Ruyver en Katrien Van Langenhove (Fluvius), Wijnand de Vries (Ministerie Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties), Wim Meuwissen en Claudia Moonen (Risse Groep), en Tina Coen, Matthias De Groot, Karel-Jan Vandormael, Simon Vanhove, Bart Voorn en Kris Wauters. Bedankt aan Laura Deruytter en Elizaveta Gjurova voor de vele multidisciplinaire gesprekken over onze gedeelde interesse: intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.

Bedankt aan de collega's van het *Kooijmans Institute for Law and Governance* van de Vrije Universiteit Amsterdam (VU) om me met open armen te ontvangen tijdens mijn onderzoeksverblijf in de Nederlandse hoofdstad. In het bijzonder wil ik prof. dr. Pim Huisman, prof. dr. Frank van Ommeren, drs. Rob de Greef, prof. dr. Niels Jak en prof. dr. Sjoerd Zijlstra bedanken voor de boeiende en inspirerende gesprekken die het rechtsvergelijkend onderzoek enkel ten goede zijn gekomen. Ik wil ook het Fonds Wetenschappelijk Onderzoek (FWO) bedanken om mijn internationaal onderzoeksverblijf financieel te ondersteunen.

Bedankt aan de collega's van mijn huidige werkgever, de Universiteit Maastricht (UM), voor de flexibiliteit om mijn onderwijs de afgelopen maanden te combineren met het finaliseren van dit proefschrift en met alles wat erbij komt kijken.

Dat ik zoveel plezier heb gevonden in het schrijven van mijn proefschrift heb ik ongetwijfeld te danken aan de mensen rondom mij. Zo ook aan mijn collega's van het Centrum voor Overheid en Recht (CORE) van de Universiteit Hasselt. Ik wil

DANKWOORD

hen bedanken voor de vele gedachtewisselingen (en soms ook verzuchtingen) over ons onderzoek en onderwijs, gezond afgewisseld met tal van koffiepauzes, barbecues, uitstappen en gezellige telefoontjes tijdens de opeenvolgende *lockdowns*. Ik ben bijzonder trots om deel te hebben kunnen uitmaken van de Universiteit Hasselt en haar vooruitstrevende visie op onderwijs en onderzoek. De expertise die de rechtenfaculteit in huis heeft op het vlak van het publiekrecht en het recht van lokale besturen, maakte dit de ideale plaats om me als jonge onderzoeker te ontpoppen.

De keuze om dit proefschrift te schrijven, zorgde wel dat ik plots minder tijd had om in West- en Oost-Vlaanderen te vertoeven. Daarom wil ik graag mijn vrienden en familie bedanken. Ze vonden de weg naar Hasselt en als dit te ver was, spraken we toch nog zoveel als mogelijk af in Gent, Brugge, Oostende en omstreken. In het bijzonder bedankt aan mijn zus, Eva, voor het luisterend oor en de lieve steun. Voor het doorzettingsvermogen en de volharding waarmee jij jouw eigen doctoraat hebt geschreven en recent succesvol hebt verdedigd, heb ik enkel maar diepe bewondering.

Dat Hasselt een stad is waar ik niemand kende is gelukkig al even verleden tijd. Het schrijven van dit proefschrift zorgde er immers niet alleen voor dat ik een droom kon verwezenlijken. Daan, dat ik jou heb mogen ontmoeten is de kers op de taart. Hoe druk je het ook hebt, je maakt keer op keer tijd om me bij te staan en me aan te moedigen – net zoals jouw familie dit doet – en daar ben ik zo dankbaar voor. Jouw kijk op het leven doet me relativeren. Bedankt om het beste in me naar boven te halen en het avontuur met mij te willen aangaan.

Tot slot, bedankt aan mijn ouders. Mama en papa, bedankt voor alle kansen die jullie me sinds jaar en dag geven. Bedankt om me zoveel moois bij te brengen. Bedankt voor alle opofferingen. Woorden schieten te kort... Bedankt voor alles.

Oostende, 8 mei 2022

DANKWOORD

SAMENVATTING

SAMENVATTING

KERNWOORDEN: Bestuurlijk organisatierecht, (economisch) bestuursrecht; gemeenterecht; lokale besturen; intergemeentelijke samenwerking; wisselwerking publiek- en privaatrecht.

Twee of meer gemeenten kunnen intergemeentelijke samenwerkingsverbanden oprichten met het oog op de gemeenschappelijke behartiging van doelstellingen van gemeentelijk belang. Kenmerkend aan intergemeentelijke samenwerkingsverbanden is dat het hybride creaties zijn: ze zijn geklemd tussen publiek- en privaatrecht en tussen overheid en onderneming. Precies die hybriditeit van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden maakt het voorwerp uit van dit onderzoek. Is die klemming tussen publiek- en privaatrecht en tussen overheid en onderneming er altijd al geweest en hoe is die ontstaan? In welke mate zijn intergemeentelijke samenwerkingsverbanden vandaag hybride en waarom? Welke problemen veroorzaakt die klemming? Tot slot, welke oplossingen kunnen die klemming werkbaar maken? Uit, enerzijds, een rechtshistorisch onderzoek en, anderzijds, een analyse en evaluatie van de bestaande organieke regelgeving omtrent intergemeentelijke samenwerking blijkt dat de hybriditeit van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden moeilijkheden veroorzaakt. Het organiek kader omtrent intergemeentelijke samenwerking dat zijn oorsprong vindt in 1922 – en dus precies honderd jaar geleden werd aangenomen – is immers niet fundamenteel herdacht en dus ook niet mee geëvolueerd met juridische en maatschappelijk evoluties van de afgelopen decennia zoals de toenadering tussen 'de overheid' en 'de onderneming', het federaliseringsproces, de toenemende economische rol van de overheid en de Europeanisering. Het samengaan van, enerzijds, deze maatschappelijke en juridische ontwikkelingen en, anderzijds, de standvastigheid van de hybride organieke regelgeving leidt intussen tot moeilijkheden en problemen. Schandalen en rechtsonzekerheid wijzen op de nood aan remediëring. Via krachtlijnen en een menu aan aanbevelingen beoogt dit onderzoek de aanzet te zijn voor een moderne,

SAMENVATTING

toekomstbestendige intercommunalisatie die is aangepast aan de noden van 21^{ste} eeuw en waarbij er een duurzaam evenwicht wordt gevonden tussen traditionele en economische overheidstaken. Functionele differentiatie en uniformiteit vormen volgens mij het beste antwoord op de hybriditeit van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.

INHOUDSOPGAVE

DANKWOORD	I
SAMENVATTING	V
INHOUDSOPGAVE	VII
INLEIDING, PROBLEEMSTELLING, ONDERZOEKSVRAGEN EN ONDERZOEKSMETHODEN	1
1. STAND VAN ZAKEN EN PROBLEEMSTELLING.....	1
2. OPZET EN ONDERZOEKSVRAGEN.....	9
3. METHODOLOGIE EN AFBAKENING.....	11
DEEL I – DE GESCHIEDENIS VAN INTERGEMEENTELIJKE SAMENWERKING: RECHTSHISTORISCHE ANALYSE	17
1. MIDDELEEUWEN-1922: HET PRILLE BEGIN, OVER HET ONTSTAAN VAN BELGIË, NAAR EEN ALGEMENE WET.....	19
1.1. <i>Periode vóór de Belgische onafhankelijkheid</i>	19
1.2. <i>Het ontstaan van België en de opmars van intergemeentelijke samenwerking</i>	21
1.2.1. Belgische onafhankelijkheid.....	21
1.2.2. Eerste initiatieven tot samenwerking en eerste wetgevend optreden	25
1.2.3. Van verbod naar een algemene wet.....	55
1.3. <i>Grondwettelijke verankering</i>	62
1.4. <i>Tussentijdse conclusie</i>	69
2. DE WET VAN 1 MAART 1922 OMTRENT DE VERENIGING VAN GEMEENTEN TOT NUT VAN 'T ALGEMEEN.....	74
2.1. <i>Rechtsvorm</i>	78
2.2. <i>Deelnemers</i>	81
2.3. <i>Doel, aard en karakter</i>	88
2.3.1. De wet van 1 maart 1922 en het doel, de aard en het karakter	88

INHOUDSOPGAVE

2.3.2.	De parlementaire voorbereidingen en het doel, de aard en het karakter	92
2.3.3.	De rechtsleer en het doel, de aard en het karakter	97
2.4.	<i>Toezicht</i>	107
2.5.	<i>Intergemeentelijke overeenkomsten</i>	114
2.6.	<i>Tussentijdse conclusie</i>	115
3.	1922-1986: OVER EEN 'ONGECOÖRDINEERDE' PERIODE NAAR EEN TWEEDE ALGEMENE WET	119
3.1.	<i>Rechtsvorm</i>	123
3.2.	<i>Deelnemers</i>	124
3.3.	<i>Doel, aard en karakter</i>	130
3.4.	<i>Toezicht</i>	148
3.5.	<i>Hervorming binnenlands bestuur en 'gedeeltelijke' regionalisering</i>	156
3.6.	<i>Toenadering publiek- en privaatrecht</i>	159
3.7.	<i>Tussentijdse conclusie</i>	162
4.	DE WET VAN 22 DECEMBER 1986 BETREFFENDE DE INTERCOMMUNALES ..	167
4.1.	<i>Rechtsvorm</i>	168
4.2.	<i>Deelnemers</i>	171
4.3.	<i>Doel, aard en karakter</i>	178
4.4.	<i>Toezicht</i>	180
4.5.	<i>Het Sint-Michielsakkoord: intergemeentelijke samenwerking als volledige gewestbevoegdheid</i>	183
4.6.	<i>Het Waalse decreet van 5 december 1996 houdende de intercommunales</i>	186
4.7.	<i>Tussentijdse conclusie</i>	190
5.	HET DECREET VAN 6 JULI 2001 HOUDENDE DE INTERGEMEENTELIJKE SAMENWERKING	194
5.1.	<i>Rechtsvorm</i>	196
5.2.	<i>Deelnemers</i>	207
5.3.	<i>Doel, aard en karakter</i>	214
5.4.	<i>Toezicht</i>	218
5.5.	<i>Tussentijdse conclusie</i>	222
6.	2001-HEDEN: EEN HANDVOL SPECIFIEKE MAAR FUNDAMENTELE WIJZIGINGEN	227
6.1.	<i>Rechtsvorm</i>	228
6.2.	<i>Deelnemers</i>	230

INHOUDSOPGAVE

6.3. Doel, aard en karakter	237
6.4. Toezicht	239
6.5. Code de la démocratie locale et de la décentralisation	242
6.6. De ordonnantie van 5 juli 2018 betreffende de samenwerking tussen gemeenten	244
6.7. Tussentijdse conclusie.....	247
7. SAMENVATTENDE CONCLUSIE EN ANTWOORD OP DE SUBONDERZOEKSVRAAG	
252	

DEEL II – ONDERZOEK NAAR DE HYBRIDITEIT VAN INTERGEMEENTELIJKE SAMENWERKINGSVERBANDEN 265

1. DE AARD EN HET KARAKTER VAN HET INTERGEMEENTELIJK SAMENWERKINGSVERBAND.....	267
1.1. 'Geen handelskarakter'.....	267
1.1.1. Betekenis van 'geen handelskarakter'	270
1.1.2. Nuancering van 'geen handelskarakter': het ondernemingsbegrip.....	279
1.1.3. De impact van recente hervormingen op intergemeentelijke samenwerking	294
1.1.4. Hedendaagse interpretatie van 'geen handelskarakter' en complicaties	309
1.2. <i>Uitdrukkelijke kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon</i> 316	
1.2.1. Betekenis van de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon.....	317
1.2.2. De impact van de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon op de toepassing van wetgeving en beginselen	327
1.3. <i>Tussentijdse conclusie</i>	393
2. DE (SUPPLETIEVE) ROL VAN HET VENNOOTSCHAPSRECHT BIJ DE SUI GENERIS-RECHTSVORM	397
2.1. <i>De hybride vormgeving: (historische) beweegredenen en vigerend recht</i>	398
2.2. <i>Bevoegdheidskwestie: decretale afwijkingen op het vennootschaps- en verenigingsrecht</i>	417

INHOUDSOPGAVE

2.3. De impact van het WVV op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden	431
2.3.1. Het nieuwe vennootschapsrecht	433
2.3.2. Het principe van de dynamische verwijzing	435
2.4. Doorkruisingsleer en tweewegenleer	443
2.5. Tussentijdse conclusie.....	457
3. DOEL EN ACTIVITEITEN: DE VERPLICHTING TOT DE BEHARTIGING VAN HET GEMEENTELIJK BELANG	461
3.1. Wettelijke verankering	463
3.2. 'Het gemeentelijk belang': onbepaald maar niet onbegrensd 473	
3.2.1. Het gemeentelijk belang in het algemeen	473
3.2.2. Het gemeentelijk belang en de intercommunale	480
3.3. Evolutie van maatschappij en activiteiten: de gewijzigde (economische) rol van het intergemeentelijk samenwerkingsverband 512	
3.4. Het doel en de activiteiten kritisch bekeken: verenigbaarheid met het gemeentelijk belang en consequenties bij het overschrijden 540	
3.4.1. (On)verenigbaarheid met het gemeentelijk belang?	541
3.4.2. Consequenties van het overschrijven van het gemeentelijk belang 558	
3.5. Tussentijdse conclusie.....	563
4. SAMENVATTENDE CONCLUSIE EN ANTWOORD OP DE SUBONDERZOEKSVRAAG 568	

DEEL III – ONE SIZE FITS ALL? FUNCTIONELE DIFFERENTIATIE EN UNIFORMITEIT ALS ANTWOORD OP HYBRIDITEIT 581

1. INSPIRATIEBRONNEN VOOR NORMATIEF ONDERZOEK.....	584
1.1. De verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn	586
1.2. De federale autonome overheidsbedrijven	610
1.3. Nederlandse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden 636	
1.4. Tussentijdse conclusie.....	666

INHOUDSOPGAVE

2. OPTIMALISATIE VAN HET ORGANIEK KADER: KRACHTLIJNEN EN AANBEVELINGEN VOOR EEN TOEKOMSTBESTENDIGE INTERGEMEENTELIJKE SAMENWERKING VANUIT EEN CONSERVATIEVE EN MODERNE BENADERING	671
2.1. Aard en karakter	673
2.1.1. Geen handelskarakter	673
2.1.2. 'Publiekrechtelijke rechtspersoon'	695
2.1.3. Samenvatting	708
2.2. Rechtsvorm	710
2.2.1. Conservatieve benadering	710
2.2.2. Moderne benadering	720
2.2.3. Samenvatting	727
2.3. Doel en activiteiten	730
2.3.1. Conservatieve benadering	731
2.3.2. Moderne benadering	758
2.3.3. Samenvatting	772
3. TYPOLOGIE: NAAR EEN UNIFORM KADER MET TWEEVOUDIGE FUNCTIONELE DIFFERENTIATIE VAN INTERGEMEENTELIJKE SAMENWERKINGSVERBANDEN	777
4. SAMENVATTENDE CONCLUSIE EN ANTWOORD OP DE SUBONDERZOEKSVRAAG	786
ALGEMEEN BESLUIT	791
SAMENVATTEND SCHEMA	807
BIBLIOGRAFIE	811
BOEKEN	811
BIJDRAGEN IN VERZAMELWERKEN	817
BIJDRAGEN IN TIJDSCHRIFTEN	824

INLEIDING, PROBLEEMSTELLING, ONDERZOEKSVRAGEN EN ONDERZOEKSMETHODEN

1. Stand van zaken en probleemstelling

1. De laatste decennia valt er een tendens tot het overdragen van taken aan lokale overheden waar te nemen.¹ Gelet op het toenemende belang van het subsidiariteitsbeginsel wordt het lokale niveau immers het meest aangewezen geacht om bepaalde opdrachten te vervullen.² Dit heeft tot gevolg dat het takenpakket van de lokale besturen groeit, waardoor de druk op hun (beperkte) bestuurskracht op zijn beurt toeneemt. Om het hoofd te kunnen bieden aan het vervullen van de lokale behoeften, kunnen gemeenten beslissen om samen te werken met het oog op de gemeenschappelijke behartiging van doelstellingen van gemeentelijk belang.³ Samenwerking stelt gemeenten in staat om hun taken efficiënter uit te oefenen, gemeentegrensoverschrijdende problemen aan te pakken, schaalvergroting tot stand te brengen, expertise te delen, risico's te verminderen en de onnodige dubbele aanbidding van diensten te vermijden.⁴

¹ I. PROELLER, "Trends in local government in Europe", *Public Management Review* 2006, (7) 14-16; C. PANARA en M. VARNEY (eds.), *Local Government in Europe. The 'fourth level' in the EU multilayered system of governance*, Londen/New York, Routledge, 2013, 448 p.

² Voor de keuze van de Vlaamse regering om het subsidiariteitsbeginsel voorop te stellen, zie K. DE CEUNINCK en H. REYNAERT, "Central-local relations in Flanders: structural reforms, scale and decentralisation", *Croatian and comparative public administration* 2016, afl. 1, 6-8; W. VANDENBRUWAENE, "Het subsidiariteitsbeginsel naar Belgisch Grondwettelijk Recht", *TBP* 2013, afl. 2-3, (150) 153, met verwijzing naar de resolutie van het Vlaams Parlement betreffende de algemene uitgangspunten en doelstellingen van Vlaanderen inzake de volgende staatshervorming, *Parl.St.* VI.Parl. 1998-99, nr. 1339/3; K. REYBROUCK, "De grondwettelijke waarborg van de gemeentelijke autonomie, federalisme en Brussel" in S. VAN GARSSE en K. WILLEMS (eds.), *Themis 114 - Actualia gemeenterecht*, Brugge, die Keure, 2020, (83) 89-90; K. VANWINCKELEN, "Het gemeentelijk belang" in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeenteraad. Bevoegdheden*, Brugge, die Keure, 2011, (1) 4.

³ Art. 389, eerste lid DLB; art. L1512-3, eerste alinea van de CDLD; art. 52 van de ordonnantie van 5 juli 2018.

⁴ In K. DE CEUNINCK, "Over bestuurskrachtmetingen en hun gevolgen", Brussel, Vlabest, 2013, 13-14 worden er factoren weergegeven die in het onderzoek van HERWEIJER en FRAANJE (2011) worden omschreven als factoren die de gemeentelijke bestuurskracht wat betreft intergemeentelijke samenwerking – zowel in positieve als in negatieve zin –

INLEIDING VAN HET ONDERZOEK, PROBLEEMSTELLING, ONDERZOEKSVRAGEN EN ONDERZOEKSMETHODEN

Indien steden en gemeenten de krachten bundelen door op geïnstitutionaliseerde wijze een afzonderlijke rechtspersoon op te richten, creëren ze een intergemeentelijk samenwerkingsverband of een 'intercommunale'.

2. Er bestaan vandaag in België honderden⁵ intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die samen een bonte verzameling aan overheidsrechtspersonen vormen: intergemeentelijke samenwerkingsverbanden met slechts twee gemeenten, meerdere gemeenten, of zelfs met alle gemeenten van een gewest; samenwerkingsverbanden met of zonder private deelname; al dan niet met filialen; actief op allerhande domeinen zoals onder meer de water-, energie-, afval-, IT-, crematoria-, streekontwikkelings-, en gezondheidssector, of zelfs in meerdere sectoren tegelijk, enzovoort.⁶ Aangezien de samenwerking tussen steden en gemeenten binnen de Belgische federale staatsstructuur een gewestelijke bevoegdheid is, vinden ze hun juridische grondslag en uitwerking in het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur⁷, in de *Code de la démocratie locale et de la décentralisation*⁸ en in de ordonnantie van 5 juli 2018

beïnvloeden. Dit zijn met andere woorden redenen waarom er intergemeentelijk zou kunnen worden samengewerkt; zie ook M. LOTTINI en M. GIANNINO, "When Inter-Municipal Cooperation Meets EU Internal Market Law: The Story of a Troublesome Relationship", *EPPPL* 2009, afl. 4, (199) 199; volgens een *Briefing Note* opgesteld in de schoot van de DG Internal Policies of the Union – Policy Department Economic and Scientific Policy zijn de volgende vijf redenen de voornaamste redenen om intergemeentelijk samen te werken: "*The main motivations for inter-communal cooperation are: cost-effectiveness through increased economies of scale; the provision of a service that individual municipalities may be unable to provide on their own; the use of existing expertise; the avoidance of unnecessary duplications in the provision of a service; and the reduction of risk.*" in Policy Department Economic and Scientific Policy, "The Applicability of Internal Market Rules for Inter-Communal Co-operations" – Briefing Note, (IP/A/IMCO/FWC/2005-33/SC8), 1.

⁵ Uit het antwoord op de parlementaire vraag van WARNEZ blijkt dat er in 2022 in het Vlaamse Gewest alleen al 153 intergemeentelijke samenwerkingsverbanden bestaan. Aangezien het Agentschap Binnenlands Bestuur enkel de gegevens bijhoudt van samenwerkingsverbanden waarop een uitgebreid of beperkt bestuurlijk toezicht van toepassing is, is dit waarschijnlijk een onderschatting. Zie schriftelijke vraag van 14 januari 2022 van Brecht Warnez aan minister Bart Somers, *Parl.St.* VI.Parl. 2021-22, nr. 126.

⁶ Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden worden niet enkel in België, maar ook in grote mate in tal van andere Europese landen opgericht, zie hieromtrent G. CITRONI, A. LIPPI en S. PROFETI, "Remapping the state: inter-municipal cooperation through corporatisation and public-private governance structures", *Local Government studies* 2013, afl. 2.

⁷ *BS* 15 februari 2018.

⁸ *BS* 12 augustus 2004.

INLEIDING VAN HET ONDERZOEK, PROBLEEMSTELLING, ONDERZOEKSVRAGEN EN ONDERZOEKSMETHODEN

betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten⁹. Die wetskrachtige normen boetsen de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden onder meer op het vlak van hun rechtsvorm, hun doelstellingen, hun aard en karakter, hun mogelijke deelnemers, en het toezicht dat op hun werking dient te worden uitgeoefend.

De Belgische intergemeentelijke samenwerkingsverbanden worden voorts gekenmerkt door hun hybriditeit. De bevoegde wetgever voorziet op verschillende vlakken in een combinatie van zowel publiek- als privaatrechtelijke elementen. Zo grijpt de wetgever terug naar het – intussen in het ondernemingsrecht geïntegreerde – handelsrecht door te stellen dat een intercommunale geen commercieel karakter (geen handelskarakter) heeft. Ook de rechtsvorm is gebaseerd op een mix aan vennootschapsrechtelijke en 'eigen' publiekrechtelijke bepalingen. Andere bepalingen voorzien dan weer dat private entiteiten kunnen deelnemen in de intercommunale en laten toe dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zelf filialen oprichten of deelnemen in private bedrijven. Waar de verplichting om het gemeentelijk belang te behartigen decretaal is verankerd, betreden bepaalde intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in verregaande mate bedrijfsmatig de markt. Desondanks kwalificeert de wetgever de intercommunale tegelijkertijd uitdrukkelijk als een 'publiekrechtelijke rechtspersoon', dient ze door twee of meer gemeenten te worden opgericht, is er voorzien in een bestuurlijk toezicht op de intercommunale werking, enzovoort. Alles samengenomen, hebben intergemeentelijke samenwerkingsverbanden een ambigue finaliteit en bevinden intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zich op de snijlijn tussen het publieke en het private en tussen overheid en onderneming. Het feit dat ze op de grens tussen het publiek- en het privaatrecht te situeren zijn, zorgt dat er sprake is van een hybride of 'duale rechtsfiguur'.¹⁰

⁹ BS 12 juli 2018.

¹⁰ "Dès lors, l'intercommunale est soumise à un régime juridique hybride." in C. GOETHALS, "La physionomie des intercommunales en Belgique", Les @nalyses du CRISP en ligne, 14 maart 2017, www.crisp.be, 2; LEUS maakt het onderscheid tussen het intern en extern duaal karakter van een rechtsfiguur, zie K. LEUS, "Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene, de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?" in X., *Bijzondere overeenkomsten 2007-2008. Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (405) 436.

INLEIDING VAN HET ONDERZOEK, PROBLEEMSTELLING, ONDERZOEKSVRAGEN EN ONDERZOEKSMETHODEN

QUERTAINMONT kleeft er zelfs de term 'dubbele persoonlijkheid' op. HAUTPENNE heeft het dan weer over de intercommunale als 'tweeslachtige' rechtspersoon.¹¹ "Deze organisaties laten zich niet meer omschrijven als publiek óf privaat, als staat, markt óf middenveld. Simpel gezegd, ze zijn van alles een beetje. Die vermenging noemen we hier hybriditeit (...)", aldus BRANDSEN, VAN DE DONK en KENIS.¹² Het is precies deze hybriditeit van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die het voorwerp uitmaakt van dit onderzoek.

3. Ondanks hun hedendaagse populariteit, is de toevlucht tot intergemeentelijke samenwerking – en ook hun hybride bestaan – geen recent fenomeen. Samenwerking tussen steden en gemeenten in specifiek daartoe gecreëerde (hybride) rechtspersonen is een van de oudste vormen van functioneel en territoriaal gedecentraliseerd lokaal bestuur in België. Die lokale organisatievorm kent bijgevolg diepe historische wortels en vertakkingen die zich reeds meer dan een eeuw uitstrekken doorheen het juridische landschap. Werkzame intercommunales die reeds vele decennia geleden werden opgericht, zijn dan ook geen uitzondering.¹³

Sinds de aanneming van de eerste wet van 1 maart 1922 omtrent de vereniging van gemeenten tot nut van 't algemeen¹⁴, voerde de wetgever uiteraard *ad hoc* wijzigingen door aan het organiek kader. Het lijkt er evenwel op dat hij de voorbije eeuw schijnbaar niet op fundamentele wijze sleutelde aan de uitgangspunten van

¹¹ P. QUERTAINMONT, "Le concurrence du secteur public aux entreprises privées", *APM* 1982, afl. 2-3, (119) 134, vn. 111; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 95.

¹² T. BRANDSEN, W.B.H.J. VAN DE DONK en P.N. KENIS, "De opkomst van hybride organisaties" in T. BRANDSEN, W. VAN DER DONK en P. KENIS (eds.), *Meervoudig bestuur: Publieke dienstverlening door hybride organisaties*, Den Haag, Lemma, 2006, 17; volgens www.juridischwoordenboek.nl kan onder 'hybride' worden verstaan: "*waar verschillende juridische regimes van toepassing zijn. Bijv. nationale en Europese, privaatrechtelijke en publiekrechtelijke.*" (eigen onderlijning).

¹³ Zo vierde Leiedal, de eerste streekontwikkelingsintercommunale, in 2020 haar zestigste verjaardag (Oprichtingsakte Leiedal, <https://www.leiedal.be/sites/default/files/2019-12/19600609%20oprichtingsakte.pdf>); de Provinciale Intercommunale Drinkwatermaatschappij der Provincie Antwerpen (PIDPA) werd opgericht in 1913, wat haar één van de oudste nog werkzame intergemeentelijke samenwerkingsverbanden van België maakt (Oprichtingsakte PIDPA, https://www.pidpa.be/sites/default/files/2019-12/Stichtingsakte_Pidpa_oprichtingsakte.pdf).

¹⁴ BS 16 maart 1922.

INLEIDING VAN HET ONDERZOEK, PROBLEEMSTELLING, ONDERZOEKSVRAGEN EN ONDERZOEKSMETHODEN

intergemeentelijke samenwerking. De maatschappij stond daarentegen niet stil. Er vonden aanmerkelijke maatschappelijke ontwikkelingen plaats, zoals het federaliseringsproces, een toenemend economisch overheidsinterventionisme, de toenadering tussen het publiek- en het privaatrecht en het Europeaniseringsproces. Er is sprake van een veranderende realiteit en juridische context die op hun beurt zekere spanningsvelden doen ontstaan. De complexiteit van de bevoegdheidsverdeling zorgt voor prangende vragen over de interactie tussen regelgeving op federaal en op deelstatelijk niveau. De creatie van de Europese Unie met bijhorende vrije markt werkt door in de nationale rechtsorde via de primauteit van het Unierecht. Dit alles doet de vraag rijzen of de ingewortelde structuur van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden wel nog voldoende is afgestemd op de realiteit.

De relevantie van die vraag lijkt te worden aangetoond door het in toenemende mate plaatsgrijpen van schandalen en het uitspreken van impactvolle arresten. De uitbarsting van 'het Publifinschandaal' in december 2016 wees niet alleen op het opstrijken van excessieve zitpenningen en het bovenmatig aanhouden van mandaten door lokale mandatarissen.¹⁵ Onderliggend aan het in opspraak komen van onder meer de intercommunale Publifin en haar dochtermaatschappij Nethys bevindt zich de wending waarbij intergemeentelijke samenwerkingsverbanden een indrukwekkend gewicht zijn gaan innemen in het Belgisch economisch leven. In dat verband is ook de uitspraak nr. 66/2017 van 1 juni 2017 van het Grondwettelijk Hof opvallend. Het Hof oordeelde immers dat de noodzaak van een algemene fiscale vrijstelling – naar analogie met de gemeenten – van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die commerciële activiteiten uitoefenen in rechtstreekse concurrentie met de privésector, niet langer is aangetoond in vergelijking met vroeger.¹⁶ De benadering waarbij er wordt vertrokken van de intercommunale als emanatie van de gemeente, is blijkbaar

¹⁵ "Eenentwintig huiszoekingen in kader van dossier Nethys" en "Publifin, l'exemple d'un échec" zijn slechts enkele krantenkoppen die de afwijzende publieke opinie ten aanzien van die buitensporige vergoedingen representeren; zie *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin*, Parl.St. W.Parl. 2016-17, nr. 861/1.

¹⁶ GwH 1 juni 2017, nr. 66/2017, overw. B.7.

INLEIDING VAN HET ONDERZOEK, PROBLEEMSTELLING, ONDERZOEKSVRAGEN EN
ONDERZOEKSMETHODEN

niet langer onverzettelijk. Er lijkt in toenemende mate sprake te zijn van een gelijkstelling met ondernemingen die in concurrentie treden op de markt.

4. Mede door de voormelde maatschappelijke evoluties lijkt de hybriditeit van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden vandaag de voedingsbodem te vormen voor verschillende spanningsvelden tussen publieke en private uitgangspunten. Ook de Vlaamse decreetgever beseft intussen dat ingrijpen nodig is aangezien hij pleit voor duidelijkere spelregels om de rechtsonzekerheid die voortspuit uit het gebruik van het privaatrecht in de vormgeving en de activiteiten van de verzelfstandigings- en samenwerkingsvormen, de private deelname, de filialisering en de publiek-private samenwerking, weg te nemen.¹⁷ Hoe die spelregels er moeten uitzien, is echter allesbehalve vanzelfsprekend. Is het doorvoeren van een (beperkt) aantal wijzigingen aan het organiek kader voldoende? Is een puur publiek- of privaatrechtelijk model de beste oplossing? Is een uniforme of pluriforme regeling opportuun? Is er een sectoraal gedifferentieerde benadering nodig om van een toekomstbestendige juridische benadering van intergemeentelijke samenwerking te kunnen spreken? Fundamenteel onderzoek dringt zich bijgevolg op.¹⁸

¹⁷ Zie bestek van het ABB 2017/LSVP/vereenvoudiging van de verzelfstandigings- en samenwerkingsvormen, 3; zie ook Regeerakkoord Vlaamse Regering 2019-2024, <https://www.vlaanderen.be/publicaties/regeerakkoord-van-de-vlaamse-regering-2019-2024>, 207; Beleidsnota Binnenlands Bestuur en Stedenbeleid 2019-2024 ingediend door Bart Somers, viceminister-president van de Vlaamse Regering en Vlaams minister van Binnenlands Bestuur, Bestuurszaken, Inburgering en Gelijke Kansen, *Parl.St.* VI. Parl. 2019-20, nr. 143/1, 10-11.

¹⁸ Bepaalde rechtsgeleerden wezen reeds op het belang van een grondige studie van de intercommunale entiteiten: "*L' 'affaire' Publifin a mis en lumière le rôle et l'importance des intercommunales du point de vue politique et économique. Ses développements ont également mis en évidence le manque de connaissance à leur égard, et l'absence de vue globale et détaillée sur leurs activités, sur leur mode de fonctionnement et sur les règles auxquelles elles sont soumises.*" (eigen onderlijning), in C. GOETHALS, "La physionomie des intercommunales en Belgique", *Les @nalyses du CRISP en ligne*, 14 mars 2017, www.crisp.be, 11; zie ook "*Ce bref article ne peut toutefois exposer que certains aspects de l'intervention de ces associations (intercommunales) dans le 'secteur économique'.*" in T. TILQUIN, "Le rôle des intercommunales dans le secteur économique", *Rev.dr.ULB* 1995, (41) 42.

INLEIDING VAN HET ONDERZOEK, PROBLEEMSTELLING, ONDERZOEKSVRAGEN EN
ONDERZOEKSMETHODEN

Hoewel elke wetgevende hervorming sinds 1922 is becommentarieerd in de rechtsleer¹⁹, er verschillende bijdragen zijn gewijd aan specifieke aspecten van intergemeentelijke samenwerking²⁰, en er overzichten van de bestaande wetgeving werden opgesteld²¹, is recent fundamenteel juridisch onderzoek naar intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zo goed als onbestaande. Er is nog niet op een primordiale wijze onderzocht of de fundamentele principes die aan de grondslag liggen van de intercommunale wetgeving nog wel verzoenbaar zijn met de intussen geëvolueerde samenleving. Juridisch onderzoek naar relevante deelaspecten vond weliswaar reeds plaats maar dit oversteeg de casus van intergemeentelijke samenwerking: "Over de mogelijke tegenspraken n.a.v. de gelijktijdige toepassing van het privaatrecht en het publiekrecht op rechtspersonen die de[...] kwalificatie (als publiekrechtelijke rechtspersoon en als

¹⁹ Wetgevend ingrijpen vond onder meer plaats in 1922, 1986, in 1996 voor het Waalse Gewest, in 2001, 2016 en 2017 voor het Vlaamse Gewest, en in 2018 voor het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Zie onder meer M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België 1953-1955*; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 295 p.; D. DE CLERCK, *Intercommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 279 p.; J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales*, Brussel, Nemesis, 1988, 246 p.; B. THIRY (ed.), *Les intercommunales à l'heure des régions*, Luik, CIRIEC, 1994, 289 p.; J. DEBIÈVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, (91) 91-171; J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2013, 475 p.; S. VAN GARSSE (ed.), *Verzelfstandiging en samenwerking op lokaal vlak*, Brussel, Politeia, losbl.; M. DECOCK en S. VAN GARSSE, "Intergemeentelijke samenwerking" in S. HENNAU, S. KEUNEN en S. VAN GARSSE (eds.), *Het Decreet lokaal bestuur*, Brugge, Vanden Broele, 2018, 207-240; M. DECOCK en S. KEUNEN, "Brussel stelt gemeentelijke bestuursvormen op punt", *De Juristenkrant* 2018, afl. 374, 6.

²⁰ Bijvoorbeeld D. DE CLERCK, "Het Rechtsstatuut van de Intercommunale Maatschappijen", *RW* 1967, afl. 37, 1793-1801 (over de aard en het karakter van de intercommunale); F. DEHOUSSE, "Un nœud de vipères constitutionnel: le statut des intercommunales et la Cour d'arbitrage", *JT* 1985, afl. 5354, 617-636 (over de impact van staatshervorming op de intercommunale); T. TILQUIN, "Le rôle des intercommunales dans le secteur économique", *Rev.dr.ULB* 1995, 41-66 (over de intercommunale als economische speler); T. BONTINCK, "Les intercommunales à l'épreuve du droit de la concurrence: des constats et des défis" in X., *Liber amicorum Maurice Eloy*, Limal, Anthemis, 2014, 27-45 (over de toepassing van het concurrentierecht op de intercommunale).

²¹ M. VERHULST, *De intergemeentelijke samenwerking in Vlaanderen*, Brugge, Vanden Broele, 2020, 377 p.; M. VERHULST, *Eerste hulp bij intergemeentelijke samenwerking. Editie 2019*, Brugge, Vanden Broele, 2019, 115 p.; M. DECOCK en S. VAN GARSSE, "Intergemeentelijke samenwerking" in S. HENNAU, S. KEUNEN en S. VAN GARSSE (eds.), *Het Decreet lokaal bestuur*, Brugge, Vanden Broele, 2018, 207-240.

INLEIDING VAN HET ONDERZOEK, PROBLEEMSTELLING, ONDERZOEKSVRAGEN EN
ONDERZOEKSMETHODEN

openbare dienst in organieke zin) meekregen is reeds veel gesproken."²² Zo werd de vraag opgeworpen hoe de eisen van de openbare dienst kunnen worden verzoend met de onvermijdelijke onderwerping aan de vereisten van een goed commercieel beheer.²³ De bedenking tot waar de openbare sector zich wezenlijk uitstrekt, werd eveneens gemaakt²⁴, net zoals er vragen werden gesteld over de gelijke behandeling van 'publieke' en 'private' ondernemingen.²⁵ De onduidelijkheid die hybride overheidsrechtspersonen impliceren voor de burger, werd eveneens aangestipt.²⁶ Dat hybriditeit moeilijkheden en vragen opwerpt is in ieder geval duidelijk²⁷, maar toch bleef in dit verband het onderzoek ten aanzien van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden beperkt. Dit onderzoek wil daaraan tegemoet komen. De 100^{ste} verjaardag van de (grond)wettelijke verankering van intergemeentelijke samenwerking vormt daar de ideale gelegenheid voor.

²² K. GEENS en L. VAN BEVER, "Bestuur en controle in de intercommunale en het autonoom gemeentebedrijf" in S. BAETEN, K. BYTTEBIER en K. LEUS (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2000, (129) 136.

²³ P. QUERTAINMONT, "Le concurrence du secteur public aux entreprises privées", *APM* 1982, afl. 2-3, (119) 119.

²⁴ K. LEUS en S. BAETEN, "Nieuwe vormen van overheidsrechtspersonen" in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht. Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1998-1999*, Gent, Mys & Breesch, 1999, (149) 152.

²⁵ W. VAN GERVEN, "Égalité des entreprises privées et publiques devant la loi belge", *JT* 1979, (241) 243 e.v.

²⁶ "Fundamenteleer is de kritiek dat (...) [het] hybride statuut [van overheidsrechtspersonen] verwarring zaait bij de bestuurden en het overheidslandschap ondoorzichtig maakt. Dat is problematisch vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid en het transparantiebeginsel als principe van good governance." in S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Mortsel, Intersentia, 2019, 282; "[V]oor degenen die bij de betrokken organisatie werkzaam zijn of die anderszins met die organisatie te maken hebben [zal het] niet altijd duidelijk zijn welke juridische positie de organisatie in het geheel inneemt (Behoort ze tot de overheid? Is zij onderworpen aan de reglementering overheidsopdrachten?, voor welke handelingen? Is de wetgeving inzake taalgebruik toepasselijk? Hoe is de rechtsbescherming tegen haar handelen georganiseerd? Is de Raad van State bevoegd?, Enz.). Niet zelden is onduidelijk, inzonderheid voor burgers of bedrijven of de betrokken organisatie tot de overheid behoort, en wat de verhouding is tot andere overheidsorganen." in K. LEUS en S. BAETEN, "Nieuwe vormen van overheidsrechtspersonen" in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht. Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1998-1999*, Gent, Mys & Breesch, 1999, (149) 153, met verwijzing naar ZIJLSTRA.

²⁷ "De figuur van de overheidsstichting is juridisch gezien niet onproblematisch. Het gaat om drie probleemvelden die elk verband houden met het feit dat de overheidsstichting een figuur op het grensvlak van publiek- en privaatrecht is." in K. SCHROTEN, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid*, W.E.J. Tjeenk Willink, 2000, 2.

2. Opzet en onderzoeksvragen

5. Dit onderzoek beoogt de aanzet te geven voor een moderne, toekomstbestendige juridische benadering van intergemeentelijke samenwerking die is aangepast aan de noden van 21^{ste} eeuw en waarbij er een duurzaam evenwicht wordt gevonden tussen traditionele en economische overheidstaken. Gebaseerd op de geschetste probleemstelling, rijst de volgende centrale onderzoeksvraag:

In welke mate dient de organieke regelgeving omtrent intergemeentelijke samenwerking, en in het bijzonder hun hybride uitwerking, aangepast te worden aan de juridische en maatschappelijke evoluties van de voorbije eeuw?

Uit de centrale onderzoeksvraag vloeien drie subonderzoeksvragen voort die elk het voorwerp zullen uitmaken van een afzonderlijk deel van dit proefschrift.

6. DEEL I betreft de geschiedenis van de intergemeentelijke samenwerking. Aan de hand van een rechtshistorisch onderzoek van wetgeving, parlementaire documenten, vonnissen en arresten, rechtsleer, statuten, rapporten en nieuwsberichten, wordt onderzocht wat de historische verantwoording is voor het combineren van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke elementen (cf. *ratio legis*). Hiertoe wordt de evolutie van verschillende elementen of 'indicatieve criteria' geanalyseerd. Respectievelijk komen de rechtsvorm, de deelnemers, het doel, de aard en het karakter, en het toezicht aan bod. Er zal worden onderzocht wat de (historische) verantwoording is voor de combinatie van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke elementen (cf. *ratio legis*). Uiteindelijk zal een antwoord worden gezocht op volgende verklarende en vergelijkende subonderzoeksvraag:

Welke evolutie kende de organieke regelgeving omtrent intergemeentelijke samenwerking sinds de Belgische onafhankelijkheid en in welke mate was er daarbij sprake van hybriditeit?

INLEIDING VAN HET ONDERZOEK, PROBLEEMSTELLING, ONDERZOEKSVRAGEN EN
ONDERZOEKSMETHODEN

7. DEEL II bevat een onderzoek naar de hybriditeit van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Er wordt nader ingegaan op drie indicatieve criteria die worden onderzocht in het rechtshistorisch onderzoek (nl. de aard en het karakter, de rechtsvorm en het doel van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden), aangezien er daarbij heel wat vragen rijzen en er zich mogelijk problemen lijken voor te doen. Verhindert de decretale verankering dat intercommunales 'geen handelskarakter' hebben, de toepassing van het federale ondernemingsrecht? Hebben Europese autonome begripsinvullingen een ongewilde impact op het gebrek aan 'handelskarakter' van de intercommunale? Heeft de uitdrukkelijke kwalificatie als 'publiekrechtelijke rechtspersoon' nog nut? In welke mate beïnvloedt die recente hervorming van het federale vennootschapsrecht de keuze van de organieke wetgever om de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden een hybride rechtsvorm aan te meten? Is de ruime formulering van statutaire doelstellingen van intercommunales wel nog verenigbaar met de verplichting om het gemeentelijk belang na te streven? Op welke manier is de vereiste voor de intercommunale om te allen tijde het gemeentelijk belang na te streven, te verzoenen met concurrentieel economisch optreden door de intercommunale op een markt? Zorgt de uitoefening van economische activiteiten voor de ongewenste toepassing van wetgeving op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden?

De analyse en evaluatie gebeurt in het licht van voormelde maatschappelijke ontwikkelingen die een invloed hebben op de intercommunalisatie. De problemen die ontstaan door de wijze waarop het publiek- en privaatrecht interageren, worden uitgewerkt. De doelstellingen van de wetgever (*ratio legis*) worden gehanteerd als evaluatiecriteria om de moderne juridische praktijk en het organiek kader inzake intergemeentelijke samenwerking ten opzichte van elkaar af te toetsen. Via een analyse en een evaluatie van het positief recht wordt volgende beschrijvende en evaluerende subonderzoeksvraag beantwoord:

Hoe krijgt het intergemeentelijk samenwerkingsverband in de drie gewesten een hybride invulling (in de organieke regelgeving) en welke problemen veroorzaakt de hybriditeit?

INLEIDING VAN HET ONDERZOEK, PROBLEEMSTELLING, ONDERZOEKSVRAGEN EN ONDERZOEKSMETHODEN

8. DEEL III omvat een normatief onderzoek waarin naar (optimale) oplossingen wordt gezocht voor de problemen die de klemming van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden tussen publiek- en privaatrecht en tussen overheid en onderneming teweegbrengt. Hierbij wordt vertrokken van de hypothese dat het organiek kader functioneel gedifferentieerd dient te zijn naargelang de doelstelling en activiteit van het intergemeentelijk samenwerkingsverband. Waar mogelijk worden de oplossingen ingedeeld in, enerzijds, krachtlijnen die in elk geval in acht moeten worden genomen en, anderzijds, aanbevelingen waarbij er zoveel mogelijk vrijheid voor de wetgever wordt gelaten. Er wordt aangegeven op welke wijze de wetgeving op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden daarbij kan worden geoptimaliseerd. De normatieve subonderzoeksvraag die aan de hand van het normatief onderzoek wordt beantwoord, luidt als volgt:

Op welke wijze kunnen de problemen worden opgelost die de hybriditeit teweegbrengt en hoe kan het organiek kader van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden daarbij worden geoptimaliseerd?

9. Aan de hand van het antwoord op de drie subonderzoeksvragen zal uiteindelijk ook de centrale onderzoeksvraag kunnen worden beantwoord. Dit onderzoek beoogt de bestaande situatie die wordt gekenmerkt door vaagheid en complexiteit, te verduidelijken en de elementen waar het rechtskader te kort schiet, bloot te leggen zodat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden de oprissing kunnen krijgen die ze verdienen. Op die manier is het onderzoek niet enkel van belang voor de rechtswetenschap, de wetgever, de rechterlijke macht, de toezichthoudende overheid, de gemeenten en de burger, maar niet in het minst ook voor de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zelf.

3. Methodologie en afbakening

10. Dit onderzoek wordt hoofdzakelijk uitgevoerd via klassiek rechtswetenschappelijk bureauonderzoek van wetgeving, rechtspraak en rechtsleer (*desk research*). Het gebrek aan fundamenteel (vergelijkend) juridisch onderzoek omtrent intergemeentelijk samenwerkingsverbanden staat in schril contrast met het arsenaal aan publicaties over intergemeentelijke samenwerking

INLEIDING VAN HET ONDERZOEK, PROBLEEMSTELLING, ONDERZOEKSVRAGEN EN ONDERZOEKSMETHODEN

in het onderzoeksdomein van de bestuurskunde. Naast juridische standaardwerken en gespecialiseerde tijdschriften wordt daarom waar nodig gebruik gemaakt van inzichten en theorieën die vanuit het bestuurskundig onderzoeksdomein worden geformuleerd.

Naast deze overkoepelende methodologische werkwijze, hanteert dit proefschrift rechtshistorische, intern en extern rechtsvergelijkende en intradisciplinaire onderzoeksmethoden. Het rechtshistorisch onderzoek naar de intergemeentelijke samenwerking in België is gebaseerd op een uitvoerige bronnenselectie en -analyse van wetgeving, parlementaire documenten, vonnissen en arresten, rechtsleer, intergemeentelijke statuten, rapporten en nieuwsberichten. Naast een vergelijking van het recht in de tijd, moet een intern vergelijkend onderzoek tussen de regelgeving in het Vlaamse Gewest, het Waalse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest de gelijkenissen en verschillen (en de verantwoording ervan) tussen de drie gewesten verduidelijken (interne rechtsvergelijking). Een functioneel rechtsvergelijkend onderzoek met Nederland – en meer bepaald met de Nederlandse privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden – dient ter inspiratie van het normatief onderzoek²⁸ (functionele externe microrechtsvergelijking). De keuze voor een functionele rechtsvergelijking met de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (*tertium comparationis*) in Nederland is gebaseerd op twee afwegingen. Enerzijds, op het feit dat intergemeentelijke samenwerking in Nederland – net zoals in België – een lange historische traditie kent en er recent opnieuw een hervorming van de wetgeving op intergemeentelijk samenwerking heeft plaatsgevonden. Anderzijds, op de mogelijkheid voor Nederlandse steden en gemeenten om zich naast het publiekrecht ook op het privaatrecht te baseren om zich te verenigen. In België daarentegen zorgt het bestaan van een dwingende positiefrechtelijke regeling

²⁸ "Externe rechtsvergelijking is vooral belangrijk om meer inzicht te verkrijgen in de kernvragen en onderliggende structuren van het recht. Zij laat zien hoezeer in de meeste rechtsstelsels dezelfde vragen spelen, terwijl daarop verschillende antwoorden kunnen worden gevonden. Het belang van rechtsvergelijking strekt evenwel nog verder: zij draagt bij aan inzicht in de ontwikkeling van het recht in het algemeen." (eigen onderlijning), in P.J. HUISMAN en F.J. VAN OMMEREN, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheids-handelen: Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2019, 8.

INLEIDING VAN HET ONDERZOEK, PROBLEEMSTELLING, ONDERZOEKSVRAGEN EN ONDERZOEKSMETHODEN

voor het 'afsluiten' van de privaatrechtelijke weg bij de oprichting van een gestructureerd samenwerkingsverband.

Tot slot worden er gesprekken gevoerd met stakeholders (intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, gemeenten, administraties, toezichthoudende overheden, kabinetten), waarvan de input waar mogelijk wordt geïntegreerd in het onderzoek. De resultaten van het juridisch-bestuurskundig onderzoek en het bijhorend empirisch onderzoek dat we in 2021 hebben uitgevoerd, vult dit aan.²⁹

11. Wat de afbakening betreft, is het onderzoek in de eerste plaats een bestuursrechtelijk onderzoek. De voornaamste focus ligt dan ook op het bestuurlijk organisatierecht en het economisch bestuursrecht. Doordat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden balanceren op de grens tussen het publiek- en het privaatrecht, is dit onderzoek noodgedwongen ook een intradisciplinair onderzoek dat het bestuursrecht overstijgt. Het ruime ondernemingsrecht – waaronder het vennootschapsrecht en het economisch recht – en het mededingingsrecht, het fiscaal recht, het overheidsopdrachtenrecht en Europese regelgeving, komen aan bod. Dit onderzoek beoogt geen analyse van deze rechtsgebieden *an sich* en ambieert evenmin een volledige uiteenzetting te geven van de impact van al deze rechtsgebieden op de intercommunales. Via een functionele benadering van deze rechtsdomeinen zal in voorkomend geval worden ingegaan op de aspecten die relevant zijn voor het beantwoorden van de onderzoeksvragen. Dit betreft voornamelijk het toepassingsgebied *ratione personae* ten opzichte van de intercommunales. Voor een juist begrip wordt er nog meegegeven dat waar het proefschrift het heeft over 'doel' of 'doelstellingen', dit – wat betreft het vennootschapsrecht – niet slaat op het 'oogmerk' van een vennootschap. Intussen is het vroegere begrip 'doel' immers gewijzigd waardoor hier voortaan 'winstuitkering' onder moet worden begrepen. Daarnaast wordt er – voornamelijk in DEEL II van het proefschrift – naast 'commercieel doel' of 'commerciële doelstellingen' ook geschreven over 'commerciële activiteiten'.

²⁹ I. CARLENS, M. DECOCK, F. VANDENDRIESSCHE, S. VAN GARSSE, J. VOETS en D. VOS, *Juridisch-bestuurskundig onderzoek – Evaluatie van het organiek kader voor verzelfstandiging en samenwerking*, Agentschap Binnenlands Bestuur, 2021.

INLEIDING VAN HET ONDERZOEK, PROBLEEMSTELLING, ONDERZOEKSVRAGEN EN ONDERZOEKSMETHODEN

Onder het 'doel' of de 'doelstellingen' dient het streven of de ambitie van een intergemeentelijk samenwerkingsverband worden begrepen. Ter illustratie is het doel van het intergemeentelijk samenwerkingsverband IVAGO "*het beheer van afvalstoffen*", wat omschreven is als "*het geheel van de activiteiten (...) die de '(afval)inzameling' en de '(afval)verwerking' omvatten*".³⁰ Het doel van een intergemeentelijk samenwerkingsverband is bijgevolg ruimer en 'ontastbaarder' dan de activiteiten van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Deze zijn immers op te vatten als concrete werkzaamheden en handelingen die erop gericht zijn om het doel van een intergemeentelijk samenwerkingsverband te realiseren.

Waar bij gelegenheid ook andere (overheids)rechtspersonen aan bod komen (bv. verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn, federale autonome overheidsbedrijven, gemeentelijke verzelfstandigde agentschappen, private vennootschappen en verenigingen), blijft het intergemeentelijk samenwerkingsverband in de eerste plaats het 'doelwit' van dit onderzoek, wat meteen voor de nodige afbakening zorgt. Hoewel de filialisering van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden verschillende keren aan bod komt, wordt de fundamentele uitwerking ervan *out of scope* geplaatst. Het proefschrift beperkt zich in eerste instantie immers tot de intercommunale om op die manier binnen het tijdsbestek van vier jaar een fundamenteel onderzoek te kunnen voeren naar dit type overheidsrechtspersoon. Het staat de lezer echter vrij om te reflecteren of, en in welke mate, de uitgewerkte theorieën doorgang kunnen vinden naar andere overheidsrechtspersonen die eveneens hybride kenmerken vertonen.

Nog wat de afbakening betreft, is het belangrijk in het achterhoofd te houden dat samenwerking tussen gemeenten verschillende vormen kan aannemen. Ondanks het feit dat dit proefschrift focust op de geïnstitutionaliseerde intergemeentelijke samenwerking onder de vorm van een intergemeentelijke vereniging met rechtspersoonlijkheid, wordt er waar nodig ingegaan op intergemeentelijke samenwerking in andere vormen (bv. feitelijke verenigingen, intergemeentelijke

³⁰ Zie artikel 3-4 van de statuten van IVAGO, online te raadplegen op https://stad.gent/sites/default/files/page/documents/Ivago_statuten_20181219.pdf.

INLEIDING VAN HET ONDERZOEK, PROBLEEMSTELLING, ONDERZOEKSVRAGEN EN ONDERZOEKSMETHODEN

overeenkomsten, fusie). Gelet op de doelstelling van het onderzoek, nl. een doelstelling die kadert in een evaluatie van de algemene uitgangspunten omtrent intergemeentelijke samenwerking, legt dit onderzoek zich toe op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die worden opgericht op grond van de algemene regelgeving omtrent intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (nl. het Decreet Lokaal Bestuur, de Code de la démocratie locale et de la décentralisation van 22 april 2004 en de ordonnantie van 5 juli 2018 betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten). Specifieke wetgevende initiatieven die geïnspireerd zijn op deze algemene organieke regelgeving maar de oprichting van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden beperken tot specifieke sectoren, worden buiten beschouwing gelaten. Dit zijn bijvoorbeeld het decreet van 28 november 2008 betreffende de intergemeentelijke onderwijsvereniging en het decreet van 6 maart 2009 betreffende de organisatie en erkenning van toeristische samenwerkingsverbanden.³¹ Ook regelgeving die zich specifiek richt op publiek-private samenwerking, blijft buiten de beschouwing van dit onderzoek.³² Gelet op de afbakening van dit onderzoek zal in voorkomend geval worden gewezen op de nood aan verder onderzoek.

³¹ Respectievelijk *BS* 16 januari 2009 en *BS* 29 april 2009. Zie hieromtrent bijvoorbeeld F. JUDO, "De terugkeer van de gemengde intercommunale? Recent decreetgevend werk over intergemeentelijke samenwerking en de participatie van privaatrechtelijke rechtspersonen in Vlaanderen", *T.Gem.* 2010, afl. 1, 25-30, en zijn bezorgdheid dat dit tot versnippering en dus afnemende leesbaarheid van het bestuursrecht leidt. Zie specifiek wat de ILOV betreft, B. VERBEECK, "Lokale besturen en onderwijs: een nieuwe samenwerkingsdynamiek?", *T.Gem.* 2010, afl. 1, (15) 20 e.v.; zie ook F. VANDENRIESSCHE en J. VRANCKX, "De recente wijzigingen aan het Decreet Intergemeentelijke Samenwerking", *T.Gem.* 2016, afl. 4, (255) 258, waarin wordt verwezen naar de distributienetbeheerders en de gemeentelijke energiehoudstermaatschappijen.

³² Bv. het decreet van 18 juli 2003 betreffende publiek-private samenwerking, *BS* 19 september 2003.

INLEIDING VAN HET ONDERZOEK, PROBLEEMSTELLING, ONDERZOEKSVRAGEN EN
ONDERZOEKSMETHODEN

DEEL I – DE GESCHIEDENIS VAN INTERGEMEENTELIJKE SAMENWERKING: RECHTSHISTORISCHE ANALYSE

"[L]e caractère d'intérêt public doit dominer et les associations [intercommunales] ne peuvent jamais avoir un but essentiellement, principalement ou exclusivement commercial ou industriel."

– Visart DE BOCARMÉ, discussie in de Kamer, *Pasin.* 1922.

Welke evolutie kende de organieke regelgeving omtrent intergemeentelijke samenwerking sinds de Belgische onafhankelijkheid en in welke mate was er daarbij sprake van hybriditeit?

12. Opbouw – In het eerste deel van dit proefschrift wordt de hybriditeit van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden aan een rechtshistorisch onderzoek onderworpen. Hiertoe wordt de subonderzoeksvraag beantwoord welke evolutie de organieke regelgeving omtrent intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kende en in welke mate er sprake was van hybriditeit.

Om die vraag te beantwoorden, wordt er *in eerste instantie* gepoogd om de historische evolutie van het Belgisch positief recht inzake intergemeentelijke samenwerking overzichtelijk weer te geven. Dit rechtshistorisch onderzoek is daartoe onderverdeeld in verschillende periodes die samenvallen met de belangrijkste wetgevende initiatieven: 1) Middeleeuwen-1922; 2) De wet van 1 maart 1922; 3) 1922-1986; 4) De wet van 22 december 1986; 5) Het decreet van 6 juli 2001; 6) 2001-heden. *In tweede instantie* wordt er per periode onderzocht in welke mate er de voorbije eeuw sprake was van hybriditeit. Wat de opbouw betreft, wordt inspiratie geput uit het doctoraal onderzoek van VANDENDRIESSCHE waaruit is gebleken dat er een waaier aan indicatieve criteria, of *faisceau d'indices*, wordt gehanteerd om de tweedeling tussen het publiek- en het privaatrecht te maken – op grond van een onderlinge afweging van deze criteria

wordt het publiek of privaat karakter van een entiteit onderzocht.³³ Concreet worden doorheen de tijd telkens dezelfde indicatieve criteria bestudeerd: 1) de rechtsvorm, 2) de deelnemers, 3) het doel en de aard en het karakter van de samenwerkingsverbanden en 4) het toezicht dat is georganiseerd op hun beslissingen. Elke periode wordt samengevat in een tussentijdse conclusie. Het rechtshistorisch onderzoek wordt afgesloten met een algemene conclusie waarin het antwoord op de subonderzoeksvraag wordt geformuleerd aan de hand van een samenvatting van de onderzochte indicatieve criteria, overkoepelend aan de periodes die in het rechtshistorisch onderzoek werden bestudeerd. De focus op de bedoeling van de regelgever t.a.v. de hybriditeit (*ratio legis*) loopt als een rode draad doorheen dit rechtshistorisch onderzoek.

³³ Deze indicatieve criteria zijn onder meer de wil van de oprichter, het maatschappelijk doel van de rechtspersoon dat al dan niet van algemeen belang kan zijn, de publieke of private rechtsvorm, het bestaan van een (bestuurlijke) toezichtsregeling, de oprichting of erkenning door de overheid en de mogelijkheid om eenzijdig op te treden en derden te binden, zie F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004, 20-29.

1. Middeleeuwen-1922: het prille begin, over het ontstaan van België, naar een algemene wet

13. Opbouw – Het eerste hoofdstuk omvat de periode waarin intergemeentelijke samenwerking nog in zijn kinderschoenen staat. Deze periode vangt aan in de middeleeuwen en loopt tot het begin van de jaren twintig van de vorige eeuw. Dit hoofdstuk is verder opgedeeld in een onderdeel over de periode vóór de Belgische onafhankelijkheid (1.1.), een onderdeel over het ontstaan van België en de opmars van intergemeentelijke samenwerking (1.2.) en een onderdeel over de grondwettelijke verankering van intergemeentelijke samenwerking en de creatie van een algemene wet (1.3.). Een vierde onderdeel bevat een tussentijdse conclusie (1.4.). In dit eerste hoofdstuk ligt de focus onder meer op de niet te ontwijken vraag of gemeenten het recht hadden om zich toentertijd te verenigen en op de juridische kwalificatie van intergemeentelijke verenigingen.

1.1. Periode vóór de Belgische onafhankelijkheid

14. Middeleeuwen – Samenwerking tussen lokale overheden heeft haar wortels in een ver verleden. Al in de middeleeuwen zijn er voorlopers van de intergemeentelijke vereniging in haar huidige bestaan terug te vinden. In de twaalfde eeuw was het lokaal bestuur echter anders georganiseerd dan nu en de bestuurlijke organisatie van de gemeenten van toen valt niet te vergelijken met de huidige lokale inrichting.³⁴ Het verschil tussen steden en platteland was groot, enkel steden hadden gemeentelijke macht. Die gemeentelijke macht werd uitgeoefend door de handelslui, meer bepaald door hun handesgilden. Aangezien de bloei van de handel werd gestimuleerd door een goede stedelijke organisatie, hadden de handesgilden er alle belang bij die bestuurstaak op zich te nemen. Het opnemen van die taak deden zij volledig vrijwillig en met eigen middelen, terwijl een wettelijke grondslag voor hun optreden ontbrak.³⁵

³⁴ "Au moyen âge, les grandes communes qui existaient dans notre pays s'étaient arrogé des droits de souveraineté. Elles avaient leur législation spéciale et des tribunaux pour l'appliquer. Elles battaient monnaie. Elles soutenaient même des guerres et faisaient des traités.", in A. GIRON, *Le droit administratif de la Belgique*, Brussel, Bruylant, 1881, 119.

³⁵ M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1953, afl. 26, (8) 8-9.

De handel was uiteraard een activiteit die de stedelijke grenzen overschreed, waardoor handeslgilden uit verschillende landen gingen samenwerken om betere voorwaarden op markten te bekomen en om zich te beschermen tegen de gevaren die de handelsreizen met zich meebrachten. Dergelijk samenwerkingsverband kreeg de naam 'Hanze'. Uit die verenigingen van handeslgilden kwamen verenigingen van steden voort die gebruik maakten van samenwerking om de ontwikkeling van de internationale handel te stimuleren.³⁶ De intercommunale vereniging was geboren. Toch is de Hanze als intercommunale handelsvereniging niet te vergelijken met de huidige intergemeentelijke vereniging. Eén van de fundamentele verschillen was bijvoorbeeld dat de Stadsraad waaraan de stedelijke afgevaardigden verantwoording moesten afleggen, de door de afgevaardigden genomen beslissingen steeds kon verwerpen.³⁷ In ieder geval was het gemeenten niet verboden om samen te werken onder de vorm van een vereniging. De Bond der drie leden van Vlaanderen kan als voorbeeld van intergemeentelijke samenwerking in de middeleeuwen worden vermeld.³⁸

Naast dergelijke intercommunale handelsverenigingen sloten steden al vanaf de dertiende eeuw overeenkomsten met elkaar af die de gemeenschappelijke handelswegen betroffen. Die overeenkomsten, die in het merendeel van de gevallen de kanalen en bevaarbare rivieren als voorwerp hadden, mondden vaak uit in intercommunale verenigingen.³⁹ De mogelijkheid van gemeenten om zich met betrekking tot de waterwegen te verenigen, werd hen toegekend bij edict. Tot de samenwerking behoorden niet enkel steden: de keuze om met private instellingen samen te werken, behoorde toen al tot de opties.⁴⁰

³⁶ F. TELES, *Local Governance and Inter-municipal Cooperation*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2016, 39.

³⁷ Voor meer informatie over de hanzen en een uiteenzetting van de Vlaamse, Parijse en Duitse Hanze, zie M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1953, afl. 26, (8) 9.

³⁸ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 37.

³⁹ Voor een opsomming van intercommunale overeenkomsten omtrent waterwegen van 1228 tot en met 1751, zie M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1953, afl. 26, (8) 9-10; zie ook N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 35.

⁴⁰ M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1953, afl. 26, (8) 8-10.

15. Franse Revolutie en Hollands Regime – Tijdens de Franse Revolutie en het Hollands Regime verschilde de lokale bestuurlijke organisatie eveneens ten opzichte van vandaag.⁴¹ Centralisatie en individualisme tijdens de Franse Revolutie zorgden voor een verbod op intergemeentelijke samenwerking, waarna dit verbod gedurende het Hollands regime dat plaatsvond van 1815 tot 1830 weer werd opgeheven. Pogingen onder het Hollands Regime tot het herstellen van de situatie zoals die vóór de Franse Revolutie bestond, kenden evenwel weinig succes.⁴²

1.2. Het ontstaan van België en de opmars van intergemeentelijke samenwerking

1.2.1. Belgische onafhankelijkheid

16. Noch vereniging noch recht – Bij het ontstaan van België in 1830 en gedurende zijn beginjaren was samenwerking tussen gemeenten zo goed als onbestaande. Dit is te wijten aan het feit dat de verbindingsmiddelen tussen gemeenten beperkt waren en dat gemeenten erg gesteld waren op hun autonomie.⁴³ Bovendien werd “*het federalisme (...) als een gevaar voor de jonge natie (...) beschouwd.*”⁴⁴ Het logische gevolg hiervan is dat een wettelijke regeling en een grondwettelijke verankering van de mogelijkheid voor gemeenten om zich te verenigen en samen te werken, wegens gebrek aan noodzaak, uitbleef.

⁴¹ Voor een beknopte uiteenzetting over de lokale bestuurlijke organisatie ten tijde van de Franse Revolutie, het Hollands regime en het ontstaan van België, zie P. ERRERA, *Traité de droit public Belge*, Parijs, Giard et Brière, 1918, 452-453; voor de ruimere geschiedenis van de gemeentelijke organisatie die niet beperkt is tot voormelde periode, zie M. VAUTHIER, *Précis du droit administratif de la Belgique*, Brussel, Larcier, 1937, 300-307.

⁴² N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 35; M. CORTENBOSCH, “Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België”, *Gemeentekrediet van België* 1953, afl. 26, (8) 10; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 37; M. CORTENBOSCH, “De intercommunales tot 1940” in X., *Het openbaar initiatief van de gemeenten in België 1785-1940. Handelingen*, Brussel, Gemeentekrediet, 1986, (107) 108.

⁴³ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 3.

⁴⁴ M. CORTENBOSCH, “De intercommunales voor waterbedeling in België”, *Gemeentekrediet van België* 1951, afl. 17, (7) 8.

Waar de wettelijke grondslag voor gemeenten om samen te werken en zich te verenigen op heden is verankerd in artikel 162 van de Belgische Grondwet, luidde dit artikel in zijn versie van 1831 als volgt: "*Les institutions (...) communales sont réglées par des lois. Ces lois consacreront l'application des principes suivants: (...) 2° L'attribution aux conseils (...) communaux, de tout ce qui est d'intérêt (...) communal, sans préjudice de l'approbation de leurs actes dans les cas et suivant le mode que la loi détermine (...).*"⁴⁵ Samengelezen met toenmalig artikel 31 van de Grondwet, wat inhield dat "*les intérêts exclusivement communaux (...) sont réglés par les conseils communaux (...), d'après les principes établis par la constitution*"⁴⁶, konden gemeenteraden hierdoor al wat van gemeentelijk belang is in beginsel regelen.⁴⁷ Over samenwerking door en tussen gemeenten zweeg de Grondwet evenwel. Ook de Gemeentewet van 30 maart 1836 vermeldde niets over intergemeentelijke samenwerking, noch via de oprichting van intergemeentelijke verenigingen, noch via het sluiten van intergemeentelijke overeenkomsten.⁴⁸

De enige wettelijke bepalingen die destijds de relaties tussen gemeenten betroffen, hadden de verdeling van uitgaven tussen gemeenten als voorwerp.⁴⁹ Hier zijn artikel 132 van de Gemeentewet, artikel 24 van de wet van 10 april 1841 over het onderhoud van buurtwegen van groot verkeer en artikel 20 van de wet

⁴⁵ Art. 108 Gw. in zijn versie van 1831.

⁴⁶ Op heden is dit art. 41, eerste lid, eerste zin Gw.: "*De uitsluitend gemeentelijke of provinciale belangen worden door de gemeenteraden of de provincieraden geregeld volgens de beginselen bij de Grondwet vastgesteld.*"

⁴⁷ J. DEBIÈVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, (91) 98; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 37.

⁴⁸ R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 189; M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis van de verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 27, (10) 10; G. VAN DAELE, "De intercommunales in België", *Gemeentekrediet van België* 1984, bijvoegsel bij afl. 147, (1) 1; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 3.

⁴⁹ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 37; R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 189.

van 19 december 1854 houdende het Boswetboek voorbeelden van.⁵⁰ De wet van 23 september 1842 lijkt gemeenten toe te staan om zich te verenigen om een school te onderhouden of op te richten, maar dit betreft eveneens louter een regeling die de verdeling van kosten tussen gemeenten op het oog heeft.⁵¹ De wet houdt geen recht in voor gemeenten om effectief een scholenvereniging op te richten.

17. Gemeenten mochten zich niet verenigen zonder wet – Door het stilzwijgen van de Grondwet en het ontbreken van een organieke wet op verenigingen tussen gemeenten, ontzegde de overheid de gemeenten in eerste instantie het recht om zich te verenigen.⁵² De overheid wierp met andere woorden wettigheidsbezwaren op die werden gesteund op het gebrek aan een rechtsgrond. *Infra* zal blijken dat het Hof van Cassatie dit 'wettelijk manco' in de jaren twintig van de vorige eeuw juist zou hanteren als de rechtvaardigingsgrond voor intergemeentelijke samenwerking.

Een tweede argument waarom gemeenten zich niet konden verenigen, was gebaseerd op de bevoegdheden van en het toezicht op de gemeenten. Dit argument vertrekt van het idee dat de uitoefening van de gemeentelijke bevoegdheden een essentiële taak is van de gemeente zelf en dat zij niet kan afzien van de uitoefening, noch dat zij kan beslissen om haar bevoegdheden enkel uit te oefenen onder toezicht van andere gemeenten wat het geval zou zijn bij beslissingen die worden genomen in het bestuursorgaan van een intergemeentelijke vereniging. Dit aangezien het enige toezicht waaraan ze onderworpen kan zijn, het toezicht is dat is ingevoerd door de wet. Doordat zij beslissingen zou respecteren van een groep gemeenten, zou de gemeente indirect bijdragen aan de oprichting van een nieuwe politieke instantie, terwijl dergelijke

⁵⁰ Deze artikelen regelden respectievelijk de verdeling van de verplichte uitgaven die meerdere gemeenten aanbelangen, de verdeling van de uitgaven voor het onderhoud van buurtwegen en de verdeling van de uitgaven voor de verloning van boswachters.

⁵¹ Het tijdschrift *Revue de l'administration* spreekt in dit verband over het feit dat "*les groupements d'écoles sont autorisés*", te begrijpen in de zin dat 'scholengroepen' zijn toegestaan, zie X., "Communes", *Rev.adm.* 1908, (197) 197 en 200; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 52 en 277.

⁵² D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 37; J. DEBIÈVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, (91) 98-99.

oprichting is voorbehouden aan de wetgever. Relevant voor dit onderzoek is dat de rechtsleer die deze benadering introduceert hierbij een onderscheid maakt tussen, enerzijds, de 'economische' belangen van een gemeente en, anderzijds, haar 'politieke' belangen. De vraag wordt gesteld of verenigingen tussen gemeenten eventueel wel mogelijk zouden zijn in de economische sfeer. Ook dit wordt negatief beantwoord: "*Il faut répondre à cela que la gestion économique d'une commune est à ce point mêlée à son activité comme organisme politique, qu'une séparation en cette matière serait fort artificielle et donnerait lieu à des difficultés insolubles.*".⁵³ Toch wordt dit onderscheid in bepaalde rechtsleer die dateert van na de Eerste Wereldoorlog opnieuw aangehaald, dit keer met de stellingname dat intergemeentelijke verenigingen wel mogelijk zijn als deze geen politieke, maar gemeentelijke economische belangen nastreven, zie *infra*.

Ook volgens BUTTGENBACH mocht de oprichting van intergemeentelijke verenigingen bij gebrek aan een wettelijke grondslag niet plaatsvinden. Hij baseert zich hiervoor op artikel 20 van de Grondwet en het feit dat het recht om zich te verenigen is voorbehouden aan privépersonen.⁵⁴

Artikel 50 van het decreet van 14 december 1789 betreffende de samenstelling der gemeenten⁵⁵ werd eveneens aangevoerd als argument tegen intergemeentelijke verenigingen in de economisch-industriële sector, als bevattende een impliciet verbod op het stellen van handelsdaden.⁵⁶ Dit artikel somt namelijk op wat er behoorde tot 'de gemeentelijke macht' en 'het stellen van handelsdaden' was hier niet onder begrepen.⁵⁷

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de oprichting van intergemeentelijke verenigingen zonder wettelijke grondslag niet vanzelfsprekend was en over het algemeen onmogelijk werd geacht: "*Avant la guerre, le gouvernement ne reconnaissait pas aux communes le droit de s'associer pour des objets d'utilité*

⁵³ X., "Communes", *Rev.adm.* 1908, (197) 198-199.

⁵⁴ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 45.

⁵⁵ Gepubliceerd op 21 december 1789.

⁵⁶ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 38.

⁵⁷ A. GIRON, *Le droit administratif de la Belgique*, Brussel, Bruylant, 1881, 119.

publique rentrant dans leurs attributions légales (...)”.⁵⁸ Dit standpunt zou in belangrijke mate worden aangehouden tot na de Eerste Wereldoorlog. In tussentijd zou de wetgevende macht op een gerichte maar beperkte manier, via het bieden van de mogelijkheid om in specifieke sectoren intercommunales op te richten, ingrijpen in het intercommunaal leven. Tegen het sluiten van overeenkomsten door en tussen gemeenten bestond er, op zijn minst tot 1910, geen bezwaar (zie *infra* nr. 40).

1.2.2. *Eerste initiatieven tot samenwerking en eerste wetgevend optreden*

18. Opgewekte interesse – Vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw werd er door de gemeenten sporadisch afgestapt van hun individualisme en particularisme en zwakten ze hun territoriaal isolement af. Een aantal ontwikkelingen maakte intergemeentelijk samenwerken aantrekkelijk. Zo zorgde een sociale, economische en technologische evolutie voor een stijging van de levensstandaard, waardoor de behoeften van de bevolking toenamen en de gemeenten hierop dienden in te spelen.⁵⁹ Ook het feit dat België een erg groot aantal gemeenten omvatte en dit bijgevolg omgekeerd evenredig zorgde voor tal van kleine gemeenten, zette aan tot samenwerking: *“hoe zwakker een enkeling of een bestuur is, hoe meer de noodzakelijkheid wordt aangevoeld alle krachten samen te bundelen in een bond of vereniging.”*⁶⁰ Een grote toename van woningen zorgde ervoor dat de administratieve scheidingslijnen van gemeenten in de praktijk ‘verdwenen’ en gemeenten feitelijk met elkaar werden verbonden. Bovendien speelde er bij de gemeenten het besef dat de kostprijs van diensten te reduceren is door financiële samenwerking die op zijn beurt massaproductie en specialisatie mogelijk maakt. Ten slotte dienden gemeenten industriële taken uit te voeren waardoor zij *“voor het probleem der industriële concentratie”*⁶¹ stonden

⁵⁸ P. BIDDAER, *Loi communale*, Frameries et Bruxelles, Imprimerie centrale des communes, 1923, 218.

⁵⁹ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 4; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 37.

⁶⁰ M. CORTENBOSCH, “De verenigingen van gemeenten in België”, *Gemeentekrediet van België* 1950, afl. 11, ongenummerd.

⁶¹ M. CORTENBOSCH, “De verenigingen van gemeenten in België”, *Gemeentekrediet van België* 1950, afl. 11, ongenummerd.

en dienden samen te werken als zij wilden dat de door hen aangeboden dienst niet verlieslatend zou zijn.

Intergemeentelijk samenwerken leek de oplossing om tegemoet te komen aan al die maatschappelijke evoluties en de bereidheid van gemeenten om samen te werken, groeide. Het voormeld gebrek aan een (grond)wettelijk kader en de afkeurende houding ten opzichte van intergemeentelijke verenigingen, kon er de gemeenten niet van weerhouden om hun toevlucht te nemen tot samenwerking. Aan het eind van de negentiende en het begin van de twintigste eeuw namen gemeenten dan ook de eerste samenwerkingsinitiatieven. Om in te spelen op deze ontwikkelingen vond er een eerste wetgevend optreden via specifieke wetten plaats (A). Ook buiten het wettelijk geregeld kader kwam intergemeentelijke samenwerking tot stand (B). Naast de toevlucht tot verenigingen, sloten gemeenten ook onderling overeenkomsten af (C). Tegelijkertijd rezen er ten aanzien van deze verenigingen en samenwerkingsinitiatieven echter ook wettigheidsdiscussies.

A. Specifieke wetten

19. Specifieke wetten – Bij de initiatieven tot intergemeentelijke samenwerking bestaat er een onderscheid tussen, enerzijds, de opgerichte intercommunales en feitelijke verenigingen in bepaalde (nuts)sectoren waarvoor naderhand een wettelijke grondslag is gecreëerd en, anderzijds, de overige opgerichte intercommunales en feitelijke verenigingen.

De eerste categorie betreft de intercommunale verenigingen in bepaalde sectoren waarvoor de wetgever, ondanks de afwezigheid van een (grond)wettelijk verankerd verenigingsrecht voor gemeenten, indien hij dit nodig achtte, een 'specifieke wet' uitvaardigde. Die specifieke weg liet intergemeentelijke samenwerking uitdrukkelijk toe door de gemeenten te machtigen om zich louter in die welbepaalde sector te verenigen.⁶² Belangrijk hierbij is dat die regelgeving

⁶² D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 38; M. CORTENBOSCH, "De intercommunales voor waterbedeling in België", *Gemeentekrediet van België* 1951, afl. 17, (7) 8.

telkens *ex post* werd gecreëerd, vele jaren na de oprichting van de eerste gedoogde intercommunale. Telkens als het rechtmatig bestaan van een intercommunale in vraag werd gesteld, werd er ingegrepen en zorgde een wettelijke grondslag voor de mogelijkheid tot de regularisatie van de reeds bestaande, los van enig wettelijk kader, opgerichte verenigingen en tot de oprichting van nieuwe intercommunales. Het toepassingsgebied van die specifieke wetten was telkens beperkt tot specifieke (nuts)sectoren, nl. het uitbaten van verplegingsinstellingen, het beheer van buurtspoorwegen en het bedelen van water.⁶³ De vraag of gemeenten algemeen gezien het recht hadden om zich te verenigen, bleef daardoor evenwel onbeantwoord.

Per specifieke wet wordt er hieronder, na een korte beschrijving van zijn totstandkoming, ingegaan op de *faisceau d'indices*: de rechtsvorm en de interne organisatie, de mogelijke deelnemers, het doel, de aard en het karakter van de op te richten intercommunale, en het toezicht op de intercommunale. De beweegredenen van de wetgever worden waar nodig aangehaald aan de hand van geciteerde passages uit de voorbereidende werken en de relevante wetsartikelen worden eveneens geciteerd.⁶⁴

⁶³ J. DE BECKER en A. DE BECKER, *Les Communes belges devant le problème économique*, Brussel, Comité Central Industriel de Belgique, 1936, 69; F. DEHOUSSE, "Un nœud de vipères constitutionnel: le statut des intercommunales et la Cour d'arbitrage", *JT* 1985, afl. 5354, (617) 618; R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 190-192; G. VAN DAELE, "De intercommunales in België", *Gemeentekrediet van België* 1984, bijvoegsel bij afl. 147, (1) 1; C. GOETHALS, "La physionomie des intercommunales en Belgique", *Les @nalyses du CRISP en ligne*, 14 mars 2017, www.crisp.be, 2.

⁶⁴ Sommige auteurs voegden ook de wet van 11 september 1895 houdende begroting van buitengewone ontvangsten en uitgaven voor het dienstjaar 1895 die zorgde voor de oprichting van de intergemeentelijke naamloze vennootschap Zeekanaal en Haveninrichting van Brussel, de wet van 11 oktober 1919 en van 25 juli 1921 tot inrichting van interkommunale maatschappijen voor goedkope woningen en de wet van 15 oktober 1921 op het interkommunaal fonds van de meest begaafden, toe aan de lijst van specifieke wetten. Er wordt echter enkel verder ingegaan op de drie wetten die door de rechtsleer unaniem als specifieke wetten worden bestempeld.

Wet van 6 augustus 1897 rakende de inrichting van verplegingsgestichten onder verschillende gemeenten

20. Totstandkoming wet – De wet van 6 augustus 1897 rakende de inrichting van verplegingsgestichten onder verschillende gemeenten⁶⁵ geeft gemeenten de mogelijkheid om intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op te richten om ziekenhuis- en verzorgingsinstellingen uit te baten. Dit vindt zijn oorsprong in de verplichting die de *loi de 27 novembre 1891 sur l'assistance médicale gratuite*⁶⁶ oplegde aan gemeenten om te voorzien in een kosteloze geneeskundige bijstand.⁶⁷ Hiertoe moesten gemeenten op grond van artikel 1 van de laatstgenoemde wet ofwel een ziekenhuisdienst oprichten, ofwel een overeenkomst afsluiten met één of meerdere andere gemeenten of met privéinstellingen, ofwel een medische thuisdienst organiseren. Vier gemeenten gaven gevolg aan deze verplichting door onderling een overeenkomst af te sluiten ter oprichting van een intergemeentelijk ziekenhuis. Ze wilden dat deze instelling rechtspersoonlijkheid zou krijgen, maar dit was buiten de regering gerekend die dit niet toeliet wegens het ontbreken van een basiswet. Zoals *supra* reeds gesteld, greep de overheid immers terug naar het stilzwijgen van de Grondwet en het ontbreken van een organieke regelgeving om intergemeentelijke verenigingen te weren. Omdat de voordelen die het intergemeentelijk verenigen in deze sector kon teweegbrengen, buiten kijf leken te staan, werd met het koninklijk besluit van 3 april 1895 een commissie opgericht die de taak kreeg om een wetsontwerp op te stellen met het oog op de gemeenten een machtiging te geven om over te gaan tot samenwerking via de oprichting van een intergemeentelijk ziekenhuis of een intergemeentelijk verplegingsinstelling met rechtspersoonlijkheid, met andere woorden een intergemeentelijk samenwerkingsverband.⁶⁸

⁶⁵ Wet van 6 augustus 1897 rakende de inrichting van verplegingsgestichten onder verschillende gemeenten, *BS* 12 augustus 1897.

⁶⁶ *BS* 3 december 1891.

⁶⁷ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 42.

⁶⁸ R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 190; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 7-8; N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 40.

De wet van 6 augustus 1897 rakende de inrichting van verplegingsgestichten onder verschillende gemeenten⁶⁹ is het resultaat van het wetsontwerp dat in de schoot van de commissie tot stand kwam. Waar de regering eerst een afkeurende houding had ten opzichte van intergemeentelijke samenwerking, blijkt de sterke overtuiging van de regering van een noodzaak om de mogelijkheid tot het oprichten van intergemeentelijke ziekenhuizen een wettelijk kader te geven uit de memorie van toelichting bij deze wet.⁷⁰ In dezelfde memorie van toelichting gaat de regering nog verder en benadrukt ze het betreurenswaardig feit dat het Belgisch recht geen regeling bevat die intercommunales op een meer algemene wijze toelaat en stelt ze bovendien de uitvoering van gemeentelijke verplichtingen als het oogmerk van intergemeentelijke samenwerking voorop: "*Malheureusement, notre régime légal actuel ne permet pas les associations de communes, en vue d'exécuter des obligations essentiellement communales ni de confier une partie de l'assistance publique à un organisme autre que ceux que la loi a expressément désignés à cet effet.*".⁷¹ Die blijk van 'teleurstelling' lijkt moeilijk te verzoenen met het feit dat de regering in de jaren nadien en in het bijzonder in de periode van 1910 tot na de Eerste Wereldoorlog geen initiatief nam om een algemene wet op intergemeentelijke samenwerking uit te vaardigen. Méér nog, de creatie van een algemeen wettelijk kader voor intergemeentelijke samenwerking zou zelfs nog meer dan twintig jaar uitblijven. Tot slot valt het te vermelden dat de wet weinig succes kende.⁷²

⁶⁹ Loi du 6 août 1897 relative à l'organisation d'établissements hospitaliers, BS 12 augustus 1897.

⁷⁰ "Le gouvernement, convaincu de l'incontestable utilité de ces associations et désirant vivement encourager et favoriser l'initiative des communes, a l'honneur de soumettre à vos délibérations un projet de loi tendant à autoriser celles-ci à s'associer pour la création d'établissements hospitaliers intercommunaux." in MvT bij le projet de loi relatif à l'organisation d'établissements hospitaliers intercommunaux, *Parl.St.* Kamer 1895-96, nr. 186, 1-2; *Pasin.* 1897, 281.

⁷¹ MvT bij le projet de loi relatif à l'organisation d'établissements hospitaliers intercommunaux, *Parl.St.* Kamer 1895-96, nr. 186, 1; *Pasin.* 1897, 281.

⁷² X., "Communes", *Rev.adm.* 1908, (197) 200; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 10-11; G. VAN DAELE, "De intercommunales in België", *Gemeentekrediet van België* 1984, bijvoegsel bij afl. 147, (1) 1; R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 191; M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1955, afl. 32, (6) 7-8.

21. Rechtsvorm – De specifieke wet werkt de vormgeving van de intercommunale ziekenhuizen en verzorgingsinstellingen uit. Artikel 2 van de wet schrijft voor dat de opgerichte verenigingen openbare instellingen zijn waarvan het bestuur in handen is van een intergemeentelijke commissie en dat zij in principe zijn onderworpen aan de bepalingen die de gemeentelijke burgerlijke godshuizen regelen.⁷³ Voorts voorziet het tweede lid van artikel 3 dat die bestuurscommissie uit minstens vijf leden moet bestaan en dat elke deelnemende gemeente een afgevaardigde in de commissie dient te hebben.⁷⁴ De wet bepaalt geen maximaal aantal leden waaruit de commissie mag bestaan, maar de memorie van toelichting benadrukt wel dat de regering er desondanks op moet toezien dat het uiteindelijke ledenaantal het goed bestuur, de normale werking en de vlotte afhandeling van zaken niet in het gedrang brengt.⁷⁵ De wetgever creëerde met andere woorden een zuivere *sui generis*-rechtsvorm waarbij hij een organisatie op maat heeft ontworpen, zonder dat hij teruggrijpt naar de bestaande vormen van handelsvennootschappen om de vormgeving van de verenigingen te smeden.

22. Deelnemers – Aangezien de verhouding publiek-privaat als een rode draad doorheen dit proefschrift loopt, is het van belang te vermelden dat de mogelijkheid voor private ondernemingen om deel te nemen aan dergelijke intercommunales niet was voorzien – in tegenstelling tot de intercommunales in de sector van de buurtspoorwegen en de waterbedeling (zie *infra* respectievelijk nr. 27 en 32). De

⁷³ Art. 2: "*Ces établissements publics sont administrés par une commission intercommunale et sont soumis, sauf dérogation dans la présente loi, à toutes les dispositions légales qui régissent les hospices civils communaux.*"; zie ook D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 263; R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 191; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 9-10.

⁷⁴ Art. 3, tweede lid: "*Toutefois, le nombre des membres de la commission intercommunale ne peut être représentée par un délégué au moins.*".

⁷⁵ "*Le projet ne limite pas autrement le nombre des membres des commissions intercommunales, mais le gouvernement, appelé à approuver les projets d'associations de communes, veillera à ce qu'il soit en rapport avec les nécessités d'une bonne administration et ne puisse entraver la marche régulière et la prompte expédition des affaires.*" (eigen onderlijning) in MvT bij la projet de loi relatif à l'organisation d'établissements hospitaliers intercommunaux, *Parl.St.* Kamer 1895-96, nr. 186, 2; *Pasin.* 1897, 281.

DEEL I – De geschiedenis van intergemeentelijke samenwerking: rechtshistorische analyse

wet laat de eventuele deelneming van bijvoorbeeld provincies en andere overheden evengoed onbehandeld.

23. Doel, aard en karakter – Wat de aard en het karakter van de intercommunale betreft, kwalificeert artikel 2 van de wet de intercommunale uitdrukkelijk als een openbare instelling die het gemeentelijk belang nastreeft: "*Ces établissements publics sont administrés par une commission intercommunale (...)*" (eigen onderlijning).⁷⁶ Het nastreven van het gemeentelijk belang kan voorts worden afgeleid uit de memorie van toelichting: "*Les intérêts communs qui ont donné naissance à l'institution intercommunale peut venir à disparaître.*".⁷⁷

24. Toezicht – De oprichting van de intercommunales is uitdrukkelijk aan toezicht onderworpen. Artikel 1 van de wet vereist dat de gemeenten de machtiging van de Koning verkrijgen nadat de bestendige deputatie hiertoe werd gehoord, vooraleer ze kunnen overgaan tot de oprichting van de intercommunale.⁷⁸ Voor het overige voorziet de wet weinig over het toezicht op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in de zorgsector. Enkel artikel 9 van de wet schrijft voor dat er in bepaalde door de wet voorziene gevallen een kennisgeving aan, een goedkeuring of een machtiging door de gemeenteraad en de bestendigde deputatie is vereist.⁷⁹

⁷⁶ Zie ook D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 263; R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 191; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 9-10.

⁷⁷ MvT bij le projet de loi relatif à l'organisation d'établissements hospitaliers intercommunaux, Parl.St. Kamer 1895-1896, nr. 186, 5; Pasin. 1897, 282.

⁷⁸ Art. 1: "*Deux ou plusieurs communes peuvent être autorisées par le roi, la députation permanente entendue (...)*".

⁷⁹ Art. 9: "*Les avis, approbations ou autorisations imposés par la loi doivent être donnés par les conseils communaux intéressés et les députations permanentes des provinces sur le territoire desquelles les communes sont situées.*".

Wet van 1 juli 1899 betreffende de vereenigingen van gemeenten en van provinciën tot het beheer van buurtspoorwegen

25. Totstandkoming wet – De wet van 1 juli 1899 betreffende de vereenigingen van gemeenten en van provinciën tot het beheer van buurtspoorwegen⁸⁰ voerde de mogelijkheid in voor gemeenten om intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op te richten met het oog op de uitbating van buurtspoorwegen via het verkrijgen van concessies. De gebeurtenis die de aanzet was voor deze wet, was de oprichting van de Nationale Maatschappij van Buurtspoorwegen door de wet van 28 mei 1884.⁸¹ De maatschappij diende in de uitbating van de spoorwegen te voorzien. Naast de mogelijkheid om de uitbating voor haar eigen rekening te nemen, kon ze op grond van artikel 2, derde lid van de wet van 24 juni 1885⁸² onder bepaalde voorwaarden opteren voor een concessie.⁸³ Er kwamen concessies met private spelers tot stand, maar ook gemeenten konden op basis van de wet van 24 juni 1885 op de buurtspoorwegen intekenen op het kapitaal. Hiertoe organiseerden gemeenten zich door intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op te richten en als gedeeltelijke eigenaar' kregen ze eveneens de uitbating van de spoorwegen als concessiehouder in handen.⁸⁴ In 1889 werd zo de eerste 'intercommunale concessiehouder' opgericht én deze werd bovendien goedgekeurd door de hogere overheid. De regering aanvaardde bijgevolg dat gemeenten zich verenigden, zonder dat er evenwel een wettelijke grondslag voor die intergemeentelijke samenwerkingsverbanden bestond.⁸⁵ Uit deze aanvaarding zou een impliciete erkenning van de mogelijkheid voor gemeenten om intercommunales op te

⁸⁰ Loi du 1^{er} juillet 1899 relative aux associations de communes et de provinces pour l'exploitation de chemins de fer vicinaux, BS 7 juli 1899.

⁸¹ Deze wet werd het jaar daarop reeds vervangen door de wet van 24 juni 1885.

⁸² BS 25 juni 1885.

⁸³ Art. 2, derde lid: "*Toutefois, ils [les chemins de fer vicinaux] peuvent l'être [concedés] à d'autres sociétés ou à des particulier si, dans le délai d'une année de leur demande en concession, la Société nationale n'a point fait semblable demande pour elle-même et si elle n'a pas exécuté la ligne concédée dans le délai qui aura été fié par le gouvernement.*". In 1886 werd die concessiemogelijkheid gewijzigd waardoor de uitbating van een buurtspoorweg voortaan mocht worden toegekend aan een concessiehouder die door de regering werd erkend.

⁸⁴ X., "Communes", *Rev.adm.* 1908, (197) 202.

⁸⁵ R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 191; X., "Communes", *Rev.adm.* 1908, (197) 202.

richten, kunnen worden afgeleid. Het bleef bovendien niet bij die ene intercommunale. Meerdere intergemeentelijke samenwerkingsverbanden volgden, waarbij de deelname van particulieren voorkwam. Die praktijk ging zelfs zo ver dat de Nationale Maatschappij van Buurtspoorwegen na verloop van tijd niet langer openbare aanbestedingen uitschreef indien een intergemeentelijk samenwerkingsverband gegadigde was voor de uitbating.⁸⁶

Niettegenstaande de hogere overheid voormelde concessiepraktijk aanvaardde, rezen er mettertijd toch opnieuw vragen omtrent de wettigheid van dit optreden: "*Bien que cette procédure eût été approuvée par le gouvernement, sa légalité fut mise en doute.*"⁸⁷ De precaire verhouding tussen de publieke en private sector komt ook hier opnieuw ten tonele. De private maatschappijen voelden zich 'bedreigd' door de uitbating van concessies via intercommunales aangezien dit hun kansen als concessiehouder hypothekeerde en zij uitten hun onvrede door op te werpen dat het recht van gemeenten om via dergelijke constructie te werken, ontbrak.⁸⁸ Ter staving hiervan werd aangehaald dat de gemeenten geen handelsdaden mogen stellen en dat zij louter gemeentelijke belangen mogen nastreven. Dit protest deed ook de Nationale Maatschappij van Buurtspoorwegen twijfelen en van mening veranderen.⁸⁹ Die verandering van zienswijze bracht het einde teweeg van de verdere goedkeuring van concessiehouderschap door intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en zorgde zelfs voor de stopzetting van een voorlopige overeenkomst tussen een intercommunale en de Nationale Maatschappij van Buurtspoorwegen in 1897.⁹⁰ Toenmalig minister van Financiën LIEBAERT diende een wetsvoorstel in om een eind te maken aan de discussie of

⁸⁶ M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis van de verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 27, (10) 12-13; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 11-12.

⁸⁷ X., "Communes", *Rev.adm.* 1908, (197) 202.

⁸⁸ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 12; N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 42.

⁸⁹ R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 191; X., "Associations intercommunales", *Rev.adm.* 1899, (245) 252.

⁹⁰ M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis van de verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 27, (10) 13.

intergemeentelijke verenigingen als concessiehouders buurtspoorwegen mogen uitbaten of niet.⁹¹

De wet van 1 juli 1899 betreffende de vereenigingen van gemeenten en van provinciën tot het beheer van buurtspoorwegen⁹² bracht duidelijkheid. De mogelijkheid voor gemeenten om zich met elkaar – en eventueel met provincies – te verenigen om van de Nationale Maatschappij van Buurtspoorwegen de concessie te verkrijgen om spoorwegen uit te baten die, ofwel, hun grondgebied doorkruisen, ofwel, hun startkapitaal te danken hebben aan de bijdrage van die gemeenten, werd uitdrukkelijk toegelaten.⁹³ Artikel 6 van die wet zorgde voor de mogelijkheid tot regularisatie van de reeds bestaande intercommunales via een goedkeuring door de Koning.⁹⁴ Net zoals de wet betreffende de intercommunale verzorgingsinstellingen weinig succes kende, was het aantal intercommunales dat op grond van deze wet werd opgericht, echter ook beperkt.⁹⁵

26. Rechtsvorm – De wetgever voorzag dat de intercommunales de vorm moesten aannemen van, ofwel, een naamloze, ofwel, een coöperatieve vennootschap.⁹⁶ Wat de coöperatieve vennootschap betreft, benadrukte de Kamercommissie in zijn verslag dat deze rechtsvorm bestaanbaar is met de werking van een instelling die zich bezighoudt met het uitbaten van spoorwegen,

⁹¹ Proposition de loi ayant pour objet de permettre aux communes et aux provinces de s'associer entre elles et avec des particuliers pour l'exploitation des chemins de fer vicinaux traversant leur territoire, *Parl.St.* Kamer 1897-1898, nr. 119; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 12-13.

⁹² BS 7 juli 1899.

⁹³ Art. 1: "(...) *les demandes des communes aux fins de s'associer entre elles et avec les provinces, en vue d'obtenir de la Société nationale des Chemins de fer vicinaux la cession de l'exploitation des lignes traversant leur territoire ou dont le capital de fondation a été formé avec leur concours.*".

⁹⁴ Art. 6: "*Les sociétés de communes actuellement existantes pour l'exploitation de chemins de fer vicinaux peuvent obtenir l'approbation du roi. Les effets de cette approbation remonteront à la date de la constitution de la société.*"; zie ook R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 191.

⁹⁵ X., "Discours prononcé par le gouverneur du Brabant", *Rev.adm.* 1907, (341) 343.

⁹⁶ Art. 2: "*La société sera constituée dans la forme des sociétés anonymes ou des sociétés coopératives (...).*".

maar dat de gemeenten zich enkel persoonlijk en gelimiteerd mogen engageren.⁹⁷ Dit is ook uitdrukkelijk opgenomen in artikel 2 van de wet.⁹⁸ De wetgever voorzag m.a.w. in een afwijking op de vennootschapsbepalingen, aangezien de coöperatieve vennootschapsvorm eigenlijk de keuze liet om zich, enerzijds, solidair of afzonderlijk en, anderzijds, onbeperkt of tot een bepaald bedrag te verbinden.⁹⁹ De voormelde commissie die was opgericht om een wettekst te ontwerpen, had de rechtsvorm van de firmavennootschap en de commanditaire vennootschap onmiddellijk afgeschreven. Een firmavennootschap zou immers de hoofdelijke en onbeperkte aansprakelijkheid van de gemeenten meebrengen¹⁰⁰, terwijl de gemeenten de kas van een commanditaire vennootschap louter zouden spijzen, zonder deel te kunnen nemen aan het beheer.¹⁰¹ In de praktijk werd er voornamelijk gebruik gemaakt van de naamloze vennootschapsvorm: *"Il s'agit essentiellement de sociétés anonymes mais on mentionne également l'existence d'une société coopérative."*¹⁰²

Hoewel het intergemeentelijk samenwerkingsverband een commerciële rechtsvorm lijkt aan te nemen, ofwel onder de vorm van een naamloze vennootschap ofwel onder de vorm van een coöperatieve vennootschap, werd

⁹⁷ *"Dans cette dernière le nombre et les apports des associés sont variables, et les parts sont incessibles à des tiers; cette forme ne paraît pas incompatible avec le fonctionnement d'une société d'exploitation de chemins de fer vicinaux. (...) "Les communes ne pourraient évidemment, sans une semblable société, que prendre des engagements personnels et limités."* in Verslag van de Kamercommissie chemins de fer vicinaux, 16; *Pasin.* 1899, 165-166.

⁹⁸ Art. 2: *"La société sera constituée dans la forme des sociétés anonymes ou des sociétés coopératives; dans ce dernier cas, les associés ne pourront s'engager que divisément et jusqu'à concurrence d'une certaine valeur."*

⁹⁹ *"Mais, dans une société coopérative, les associés peuvent s'engager solidairement ou divisément, indéfiniment ou jusqu'à concurrence d'une certaine valeur."* in Verslag van de Kamercommissie chemins de fer vicinaux, 16; *Pasin.* 1899, 165.

¹⁰⁰ *"Il semble difficile d'autoriser la forme des sociétés en nom collectif, à cause de la responsabilité solidaire et illimitée qui engage ses membres."* in Verslag van de Kamercommissie chemins de fer vicinaux, 16; *Pasin.* 1899, 165.

¹⁰¹ *"L'on doit écarter aussi la forme de la commandite. Pour le motif qui vient d'être énoncé, les communes ne pourraient, dans une semblable société, être que bailleurs de fonds, sans avoir le droit de faire aucun acte de gestion; sans participer, par conséquent, à l'exploitation effective de leurs chemins de fer vicinaux."* in Verslag van de Kamercommissie chemins de fer vicinaux, 16; *Pasin.* 1899, 165; zie ook M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis van de verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 27, (10) 13.

¹⁰² Voor wat betreft de situatie in 1910, zie N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 40.

benadrukt dat ze geen private vennootschappen zijn. Dit stelt de Kamercommissie uitdrukkelijk voorop: "*De même que les sociétés de mines, minières et carrières qui adoptent la forme commerciale, les sociétés intercommunales ne deviendront pas pour cela des sociétés de commerce. L'esprit de lucre leur est étranger ou, du moins, ne sera que l'accessoire de leur fonctionnement. Mais le principal effet de la loi sera de leur donner la personnification civile, avec les avantages qui s'y rattachent: faculté d'acquérir, d'ester en justice, etc. Elles seront de plus régies par la forme d'association qu'elles prendront pour autant que cela soit compatible avec les principes du droit public, auxquels elles restent soumises. Il convient même de leur accorder des conditions spéciales." (eigen onderlijning).¹⁰³*

Artikel 3 van de wet stelt dat de statuten moeten worden opgesteld conform de vereisten die de vennootschapswetten vooropstellen, tenzij het noodzakelijk is om hiervan af te wijken omwille van 'la nature spéciale' van de vereniging.¹⁰⁴ Bepalingen uit het vennootschapsrecht waarvoor een afwijking mogelijk is aangewezen, zijn aangehaald door de Kamercommissie: "*Ainsi, la loi de 1873 exige au moins sept associés, elle prescrit des versements en argent et en détermine la quotité; elle veut que le capital social soit entièrement souscrit; elle règle la forme des souscriptions; elle impose l'affectation d'actions au gage de la gestion des administrateurs; elle prévoit le cas de modifications aux statuts et règle les conditions dans lesquelles ces modifications doivent s'opérer; elle indique enfin la marche à suivre en cas de perte d'une partie du capital et de dissolution. Ces dispositions sont pour la plupart incompatibles avec la société projetée. Lui seront-elles ou ne lui seront-elles pas appliquées.*"¹⁰⁵ Afwijkingen van de (dwingende) bepalingen van het vennootschapsrecht lijken onoverkomelijk.

27. Deelnemers – Artikel 1, derde lid van de wet voorziet, in tegenstelling tot de wet van 6 augustus 1897 rakende de inrichting van verplegingsgestichten onder verschillende gemeenten, dat particulieren kunnen toetreden als deelgenoot in de

¹⁰³ Verslag van de Kamercommissie *chemins de fer vicinaux*, 17; *Pasin*. 1899, 166.

¹⁰⁴ Art. 3: "Les statuts seront conformes aux prescriptions des lois sur les sociétés, pour autant qu'il ne sera pas nécessaire d'y déroger à raison de la nature spéciale de la société."

¹⁰⁵ Verslag van de Kamercommissie *chemins de fer vicinaux*, 18; *Pasin*. 1899, 166.

intercommunale.¹⁰⁶ De reden hiervoor is dat particulieren ook al werden toegelaten als aandeelhouder van en werden toegelaten op de algemene vergaderingen van de Nationale Maatschappij van Buurtspoorwegen. Volgens de Kamercommissie kunnen provincies deelnemen aangezien ze mogelijk hetzelfde belang hebben als de gemeenten om tot dergelijke intercommunales toe te treden. De vraag of de Staat zou moeten kunnen deelnemen aan de vereniging werd negatief beantwoord. Als motivering werd aangevoerd dat de Staat kan tussenkomen bij de oprichting van spoorwegen, maar dat het onnodig is om de Staat eveneens bij de exploitatie te betrekken. Zijn tussenkomst via het verlenen van subsidies is méér aangewezen dan zijn tussenkomst door middel van de inschrijving op aandelen.¹⁰⁷

28. Doel, aard en karakter – Zowel in de memorie van toelichting als in het verslag van de Kamercommissie wordt vooropgesteld dat een gemeente niet louter een administratief orgaan is, maar dat zij evengoed een rechtspersoon is die, net zoals particulieren, onderworpen is aan de algemene wetten en alle rechten geniet die haar niet verboden zijn en niet onverenigbaar zijn met de wetten die specifiek betrekking hebben op haar organisatie.¹⁰⁸ Dit laatste aspect wordt onderbouwd aan de hand van het arrest van het Hof van Cassatie van 30 december 1841.¹⁰⁹ Het klopt dat een wettelijk verenigingsverbod ontbreekt, maar de vraag rijst natuurlijk of gemeenten zich louter op dit argument – namelijk dat zij in hun hoedanigheid van rechtspersoon alles kunnen ondernemen wat hen niet is verboden – kunnen beroepen om zich met elkaar te verenigen voor gelijk welk doel. Dit lijkt volgens mij op het eerste gezicht moeilijk verenigbaar te zijn met het legaliteitsbeginsel, zie *infra*. Het gemeentelijk belang vormt het

¹⁰⁶ Art. 1, derde lid: "*Celle-ci pourra comprendre des particuliers.*".

¹⁰⁷ Verslag van de Kamercommissie chemins de fer vicinaux, 16-17; *Pasin.* 1899, 166.

¹⁰⁸ MvT bij la proposition de loi ayant pour objet de permettre aux communes et aux provinces de s'associer entre elles et avec des particuliers pour l'exploitation des chemins de fer vicinaux traversant leur territoire, *Parl.St.* Kamer 1897-98, nr. 119, 2-3 en 7; *Pasin.* 1899, 157 en 159; Verslag van de Kamercommissie chemins de fer vicinaux, 6; *Pasin.* 1899, 161.

¹⁰⁹ Cass. 30 december 1841, *Pas.* 1842, I, 25: "*Attendu que les communes, indépendamment de leur qualité de corps administratifs, constituent de véritables personnes civiles, soumises aux lois générales, et jouissent de tous les droits qui ne leur sont pas spécialement interdits ou qui ne sont pas incompatibles avec les lois particulières de leurs organisation.*".

doorslaggevend begrip in de afbakening van de bevoegdheden van de gemeente, zoals dit wordt benadrukt in de memorie van toelichting¹¹⁰ en in het verslag van de Kamercommissie.¹¹¹ Dit brengt met zich mee dat de gemeente, niettegenstaande zij als rechtspersoon haar rechten uitoefent, het gemeentelijk belang moet nastreven en bijgevolg nooit in hoofdzaak een winstoogmerk mag nastreven en nooit handel mag drijven.

Wat specifiek de buurtspoorwegen betreft, stellen de voorbereidende werken dat de uitbating van een buurtspoorweg wel degelijk het gemeentelijk belang betreft: "*Au surplus, la loi sur les chemins de fer vicinaux reconnaît elle-même que l'exploitation par les communes est d'intérêt communal, si bien qu'elle l'autorise, par une disposition expresse, dans un cas déterminé.*".¹¹² Zo wordt er uitdrukkelijk een antwoord geformuleerd op de kritiek van de private maatschappijen dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geen handelsdaden mogen stellen maar enkel het gemeentelijk belang mogen nastreven.

Wat de aard en het karakter van de intercommunale betreft, benadrukt de wet dat de intercommunale kan genieten van de voordelen verleend door de wet op

¹¹⁰ "*C'est 'l'intérêt communal' qui décide de la compétence de la commune: autant donc elle a le droit d'agir dans le cercle de sa mission, autant il lui est interdit d'en sortir, même en l'absence d'une loi d'interdiction, car elle n'a de compétence qu'en vue de sa fin; c'est la loi même de son existence.*" in MvT bij la proposition de loi ayant pour objet de permettre aux communes et aux provinces de s'associer entre elles et avec des particuliers pour l'exploitation des chemins de fer vicinaux traversant leur territoire, *Parl.St. Kamer 1897-98*, nr. 119, 3; *Pasin.* 1899, 157.

¹¹¹ De Kamercommissie benadrukt dat, wat het actiegebied van de gemeente ook is, dat de gemeente enkel binnen de grenzen van haar doel kan handelen, dat dit doel volledig van openbaar belang is en dat zijn rechten in verband staan met zijn taken, zie Verslag van de Kamercommissie *chemins de fer vicinaux*, 3; *Pasin.* 1899, 161: "*Le droit des communes d'associer en vue d'un service collectif, tient aussi et surtout à l'exercice de leurs droits comme personnes civiles. (...) Mais, quelque étendue que soit sa sphère d'action, la commune est contenue dans les bornes de sa mission, qui est tout d'intérêt public. Ses droits sont corrélatifs à ses devoirs. L'intérêt public étant le mobile obligé de ses actes, il en résulte une conséquence importante et sur laquelle nous aurons à revenir: c'est qu'elle n'est jamais censée poursuivre un but de spéculation ou de lucre. Elle ne peut donc faire le commerce.*".

¹¹² MvT bij la proposition de loi ayant pour objet de permettre aux communes et aux provinces de s'associer entre elles et avec des particuliers pour l'exploitation des chemins de fer vicinaux traversant leur territoire, *Parl.St. Kamer 1897-1898*, nr. 119, 4; *Pasin.* 1899, 157.

de handelsvennootschappen, zonder evenwel zijn burgerlijk karakter te verliezen.¹¹³

29. Toezicht – Artikel 1 van de wet voorziet dat de oprichting moet worden voorafgegaan door het advies van de bestendige deputatie en door de goedkeuring¹¹⁴ door de Koning. De reden die in de voorbereidende werken werd aangehaald is dat 'minder belangrijke' handelingen dan de oprichting van dergelijke intercommunales die gemeenten stellen, ook aan dergelijk toezicht zijn onderworpen: "*Il va de soi que les communes ne pourront faire un acte aussi important que la constitution d'une société, sans les interventions administratives qua la sauvegarde de leurs intérêts exige pour des actes beaucoup moins essentiels. Elles resteront donc soumises à l'avis de la députation permanente. L'approbation du gouvernement résultera de l'arrêté royal qui autorisera les sociétés intercommunales.*".¹¹⁵

Naast de controle op de oprichting van de intercommunale, is er ook een toezicht voorzien op de verrichtingen van het intergemeentelijk samenwerkingsverband. Artikel 5 van de wet verwijst ter regeling van het toezicht naar de wet van 24 juni 1885. Artikel 7 van de laatstgenoemde wet houdt in dat de regering het recht heeft om alle verrichtingen van de Nationale Maatschappij van Buurtspoorwegen te controleren en daartoe alle nodige informatie op te vragen. Bovendien kan de regering zich verzetten tegen de uitvoering van een maatregel die volgens haar in strijd is met de wetten, de statuten of de belangen van de Belgische Staat. Door de verwijzing naar artikel 7 speelt dergelijk toezicht ten aanzien van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden opgericht op grond van de specifieke wet: "*Il est superflu d'ajouter que la gestion de la Société nationale, ainsi que la gestion des sociétés intercommunales subordonnées, sont soumises au contrôle du gouvernement.*".¹¹⁶ In het verslag van de Kamercommissie werd

¹¹³ Art. 4: "*La société jouira, sans perdre son caractère civil, des avantages accordés par la loi aux sociétés commerciales*".

¹¹⁴ Art. 1 hanteert het begrip '*l'approbation*', te vertalen als 'goedkeuring', terwijl de wet van 6 augustus 1897 op de intergemeentelijke ziekenhuizen de begrippen '*être autorisée*' hanteert, te vertalen als 'zijn gemachtigd'.

¹¹⁵ Verslag van de Kamercommissie *chemins de fer vicinaux*, 17; *Pasin.* 1899, 166.

¹¹⁶ X., "Communes", *Rev.adm.* 1908, (197) 203.

bevestigd dat "*les associations de communes se trouvent toujours sous le contrôle de la Société Nationale ou de l'État à la haute main.*".¹¹⁷

Wet van 18 augustus 1907 betreffende de vereenigingen van gemeenten en particulieren tot het inrichten van waterleidingen

30. Totstandkoming wet – De derde (nuts)sector waarin er wetgevend optreden plaatsvond nadat gemeenten reeds samenwerkingsverbanden hadden opgericht, is de sector van de waterbedeling. Uit noodzaak gingen gemeenten de aanleg en de uitbating van drinkwaterleidingsnetten samen organiseren. Het eerste intergemeentelijk samenwerkingsverband inzake waterbedeling, de *Compagnie Intercommunale des Eaux de l'Agglomération Bruxelloise*, werd al in 1891 opgericht.¹¹⁸ Andere feitelijke intergemeentelijke verenigingen voor waterbedeling volgden, echter zonder dat deze de vorm van een handelsvennootschap aannamen. Het was een administratieve commissie, samengesteld uit afgevaardigden van de gemeenten, die het bestuur van de feitelijke vereniging waarnam.¹¹⁹ Die organisatievorm is gelijkaardig aan diegene die in de specifieke wet op de intergemeentelijke verzorgingsinstellingen is voorzien (zie *supra* nr. 20). Een reactie van hogere overheden op hun creatie bleef uit.¹²⁰ Meer nog, een commissie die de oprichting van de Compagnie voorafging, oordeelde zelfs dat er geen wettelijke bezwaren waren tegen het oprichten van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voor waterbedeling.¹²¹ CORTENBOSCH verwoordt dit gebrek aan respons als "*het oogluikend akkoord van de hogere*

¹¹⁷ Verslag van de Kamercommissie *chemins de fer vicinaux*, 17; *Pasin.* 1899, 166.

¹¹⁸ Voor een oplistijng van de toen bestaande intercommunales, zie M. CORTENBOSCH, "De intercommunales voor waterbedeling in België", *Gemeentekrediet van België* 1951, afl. 17, (7) 8; zie ook M. CORTENBOSCH, "De verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1950, afl. 11, ongenummerd; R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 192; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 14; X., "Communes", *Rev.adm.* 1908, (197) 200.

¹¹⁹ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 16.

¹²⁰ M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 28, (8) 11.

¹²¹ X., "Associations intercommunales", *Rev.adm.* 1899, (245) 264; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 15.

overheden".¹²² Maar net zoals er bij de buurtspoorwegen vraagtekens werden geplaatst bij de wettigheid van hun bestaan, gebeurde dit na verloop van tijd eveneens in de sector van de waterbedeling.¹²³

De wet van 18 augustus 1907 betreffende de vereenigingen van gemeenten en particulieren tot het inrichten van waterleidingen¹²⁴ maakte een einde aan de wettigheidsdiscussies. De wet zorgde voor een grondslag voor het oprichten van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in die sector en maakte de regularisatie van de reeds bestaande, zonder wettelijke basis opgerichte, intergemeentelijke initiatieven mogelijk.¹²⁵ Uit de memorie van toelichting bij deze wet blijkt dat "*bien d'autres services locaux sont susceptibles d'être réunis entre communes voisines, soit pour leur installation, soit pour leur fonctionnement, surtout en matière sanitaire*"¹²⁶, zonder dat er evenwel pogingen zijn ondernomen om een algemene wet over intergemeentelijke samenwerking uit te vaardigen.

31. Rechtsvorm – Wat de rechtsvorm van de intercommunale voor waterbedeling betreft, schreef de specifieke wet de coöperatieve of de naamloze vennootschapsvorm voor.¹²⁷ Indien de intercommunale de coöperatieve vennootschapsvorm aannam, gold dezelfde beperking als ten aanzien van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden met betrekking tot de buurtspoorwegen: gemeenten konden zich enkel persoonlijk en gelimiteerd engageren. De reden hiervoor is dat de gemeenten hun autonomie en eigen

¹²² M. CORTENBOSCH, "De intercommunales voor waterbedeling in België", *Gemeentekrediet van België* 1951, afl. 17, (7) 7.

¹²³ Zie bijvoorbeeld HvB 16 juli 1898, *Pas.* 1899, 185-188, zie over dit arrest M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 28, (8) 12.

¹²⁴ *Loi du 18 août 1907 relative aux associations de communes et de particuliers pour l'établissement de services de distribution d'eau*, BS 5 september 1907.

¹²⁵ Art. 12: "*Les dispositions de la présente loi sont applicables aux sociétés actuellement existantes qui auront obtenu l'approbation de leurs statuts par le Roi.*"

¹²⁶ MvT bij le projet de loi relatif aux associations de communes et de particuliers pour l'établissement de services de distribution d'eau, *Parl.St. Kamer* 1906-07, nr. 124, 1-2; *Pasin.* 1907, 201.

¹²⁷ Art. 2: "*La société est constituée dans la forme des sociétés anonymes ou des sociétés coopératives et jouit, sans perdre son caractère civil, des avantages accordés par la loi aux sociétés commerciales.*"

verantwoordelijkheid in deze aangelegenheid van openbaar belang moesten behouden.¹²⁸

Opnieuw bevestigt de memorie van toelichting uitdrukkelijk dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband geen commerciële vennootschap maar een burgerlijke vennootschap is, en dat ze de vorm van handelsvennootschap louter aanneemt om haar werking te vergemakkelijken.¹²⁹ Waar artikel 3 vereist dat de statuten moeten voldoen aan de vereisten zoals opgesteld door de wetten op de handelsvennootschappen, voorziet het echter onmiddellijk – net zoals de wet omtrent de intercommunales in de sector van de buurtspoorwegen dit doet – op de afwijkingsmogelijkheid omwille van de 'speciale aard' van de intercommunale.¹³⁰ In het verslag van de Kamercommissie wordt ten aanzien van deze "bijzonderen aard" terecht de volgende vraag gesteld: "Waarom hoeven er, bij voorbeeld, ten minste zeven deelgenooten te zijn? Waarom zou men de strenge nakoming eischen van alle en van elk der andere voorschriften, opgelegd bij de artikelen 29 en 21 der wet op de vennootschappen betreffende het oprichten van naamlooze vennootschappen, het bijeenroepen tot algemeene vergaderingen van aandeelhouders, enz.?"¹³¹ Er wordt dan ook wettelijk voorzien dat, hoewel de statuten in beginsel moeten voldoen aan de vereisten zoals opgesteld door de wetten op de handelsvennootschappen, hiervan kan worden afgeweken indien dit noodzakelijk is omwille van het bijzonder karakter van de intercommunale.¹³²

¹²⁸ "Il ne serait pas admissible de voir, en cette matière d'intérêt public, les communes s'engager solidairement et indéfiniment, alors que chaque administration doit garder son autonomie et sa responsabilité propre." in MvT bij le projet de loi relatif aux associations de communes et de particuliers pour l'établissement de services de distribution d'eau, *Parl.St.* Kamer 1906-07, nr. 124, 8; *Pasin.* 1907, 204.

¹²⁹ "Ces mots signifient que les sociétés de distribution d'eau ne seront pas des sociétés commerciales. Elles formeront des sociétés civiles, justiciables des tribunaux civils, n'ayant la forme des sociétés commerciales que pour la facilité de leur fonctionnement." in MvT bij le projet de loi relatif aux associations de communes et de particuliers pour l'établissement de services de distribution d'eau, *Parl.St.* Kamer 1906-07, nr. 124, 8; *Pasin.* 1907, 204.

¹³⁰ Art. 3: "Les statuts seront conformes aux prescriptions des lois sur les sociétés commerciales pour autant qu'il ne soit pas nécessaire d'y déroger à raison de la nature spéciale de la société."

¹³¹ Verslag van de Kamercommissie bij het wetsontwerp betreffende de verenigingen van gemeenten en van particulieren tot het inrichten van waterleidingen, *Parl.St.* Kamer 1906-07, nr. 223, 5.

¹³² Art. 3: "Les statuts seront conformes aux prescriptions des lois sur les sociétés commerciales pour autant qu'il ne soit pas nécessaire d'y déroger à raison de la nature spéciale de la société."

32. Deelnemers – Artikel 1 van de wet voorzag – zoals zijn opschrift dit trouwens benadrukt – in de mogelijkheid voor particulieren om deel te nemen aan het samenwerkingsverband, net zoals de wet omtrent de buurtspoorwegen dit toeliet. Ook provincies konden deelnemen.¹³³ Over de deelname van de Staat was niets vermeld. Artikel 4 van de wet voorziet dat de statuten moeten voorzien dat het jaarlijkse dividend wordt beperkt tot een maximum van niet meer dan 4% van het bedrag van de gedane betalingen.¹³⁴ De memorie van toelichting benadrukt dat het feit dat particulieren of private maatschappijen deelnemen aan de vereniging niet als effect mag hebben dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband afwijkt van zijn doel van openbaar nut en dat de private deelname er niet toe leidt dat het samenwerkingsverband het karakter van een zuiver industriële onderneming krijgt.¹³⁵

33. Doel, aard en karakter – Wat de aard en het karakter van het intergemeentelijk samenwerkingsverband inzake waterbedeling betreft, stelt artikel 2 van de wet dat de intercommunale de voordelen geniet die door de wet aan handelsvennootschappen worden toegekend, terwijl ze haar burgerlijk karakter behoudt.¹³⁶

Ondanks het feit dat ze de voordelen van de wetten op de handelsvennootschappen geniet, werd in de memorie van toelichting benadrukt

¹³³ Art. 1: "(...) de s'associer avec une ou plusieurs communes ou provinces, ou avec des particuliers (...)"; zie ook D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 244-245; R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 192.

¹³⁴ Art. 4 : "*Les statuts des sociétés constituées après la mise en vigueur de la présente loi limiteront le dividende annuel a un chiffre maximum qui ne pourra dépasser 4 p.c. du montant des versements effectués.*".

¹³⁵ "*Il y a toutes raisons, semble-t-il, de faire bénéficier des avantages accordés par le projet de loi l'association qui de créerait ainsi exceptionnellement entre la commune et certains particuliers, à la condition, expresse, toutefois, que l'entrée de ceux-ci dans la société ne puisse avoir pour effet de la détourner de son but d'utilité publique, ni de lui attribuer le caractère d'une entreprise purement industrielle.*" (eigen onderlijning) in MvT bij le projet de loi relatif aux associations de communes et de particuliers pour l'établissement de services de distribution d'eau, *Parl.St. Kamer 1906-07*, nr. 124, 7; *Pasin.* 1907, 204.

¹³⁶ Art. 2: "*La société est constituée dans la forme des sociétés anonymes ou des sociétés coopératives et jouit, sans perdre son caractère civil, des avantages accordés par la loi aux sociétés commerciales.*".

dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband niet mag uitgroeien tot een industriële onderneming: "*Il importe que les associations, bien que jouissant des avantages accordés par la loi sur les sociétés commerciales, ne soient point tentés de transformer le service public pour lequel elles sont créées en une entreprise industrielle, exploitée dans un esprit de lucre et en vue d'assurer aux associés des bénéfices aussi élevés que possible. La limitation des dividendes empêchera cet abus.*" (eigen onderlijning).¹³⁷ De intercommunale wordt uitdrukkelijk gekwalificeerd als hebbende het karakter van een openbare dienst: "*Par contre, à raison de leur caractère de service public, leur constitution et leur fonctionnement sont entourés de toutes les garanties désirables (...)*" (eigen onderlijning)¹³⁸ – met bijhorende gevolgen.¹³⁹ Zij streeft het openbaar belang na en zij voert een gemeentelijke verplichting uit, zoals de memorie van toelichting dit stelt in het kader van het fiscaal statuut van de intercommunale.¹⁴⁰ Bij de verduidelijking van de bepaling dat de intercommunales leningen kunnen aangaan, geeft de memorie van toelichting nogmaals aan dat een intercommunale inzake waterbedeling kan worden gelijkgesteld met een openbaar bestuur: "*Les sociétés de distribution d'eau sont assimilables à des administrations publiques (...)*" (eigen onderlijning)¹⁴¹ en dat zij bovendien subsidies kan ontvangen van de Staat.¹⁴²

¹³⁷ MvT bij le projet de loi relatif aux associations de communes et de particuliers pour l'établissement de services de distribution d'eau, *Parl.St.* Kamer 1906-07, nr. 124, 9; *Pasin.* 1907, 204.

¹³⁸ MvT bij le projet de loi relatif aux associations de communes et de particuliers pour l'établissement de services de distribution d'eau, *Parl.St.* Kamer 1906-07, nr. 124, 7; *Pasin.* 1907, 203.

¹³⁹ "*Par contre, à raison de leur caractère de service public, leur constitution et leur fonctionnement sont entourés de toutes les garanties désirables: le Roi approuve les statuts et les emprunts; les comptes sont soumis à l'approbation de l'autorité supérieure, de même que la dissolution éventuelle de l'association; le gouvernement exerce un contrôle général sur la marche de la société; il peut intervenir pour réprimer les abus et assurer, en cas de nécessité, la continuité du service.*" in MvT bij le projet de loi relatif aux associations de communes et de particuliers pour l'établissement de services de distribution d'eau, *Parl.St.* Kamer 1906-07, nr. 124, 7; *Pasin.* 1907, 203.

¹⁴⁰ "*Les sociétés auxquelles s'applique le présent projet de loi sont créées dans un but d'intérêt public; elles assument la tâche de remplir une obligation communale (...)*" in MvT bij le projet de loi relatif aux associations de communes et de particuliers pour l'établissement de services de distribution d'eau, *Parl.St.* Kamer 1906-07, nr. 124, 13; *Pasin.* 1907, 206.

¹⁴¹ MvT bij le projet de loi relatif aux associations de communes et de particuliers pour l'établissement de services de distribution d'eau, *Parl.St.* Kamer 1906-07, nr. 124, 10; *Pasin.* 1907, 205.

¹⁴² "*(...) elles pourraient recevoir pour leurs travaux de premier établissement des subsides de l'État et des provinces.*" in MvT bij le projet de loi relatif aux associations de

Verschillende andere elementen in de specifieke wet wijzen op het intergemeentelijk samenwerkingsverband als 'verlengstuk' van de deelnemende gemeenten. Zo voorziet artikel 5 van de wet in het overheidsprerogatief dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband kan overgaan tot onteigening.¹⁴³ Artikel 6 laat toe dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband leningen kan aangaan onder dezelfde voorwaarden als de gemeenten.¹⁴⁴ Zeker vermeldenswaardig is artikel 17. In dit artikel regelt de wetgever het fiscaal statuut van de intercommunale voor het eerst door te voorzien in een fiscale vrijstelling: "*Les sociétés régies par la présente loi sont assimilées aux communes pour l'application des lois sur les droits d'enregistrement, de timbre, de greffe et d'hypothèque. Elles sont exemptes du droit de patente et de toute taxe provinciale ou communale analogue.*".¹⁴⁵ De reden die de wetgever voor deze vrijstelling in de memorie van toelichting geeft, luidt als volgt: "*De maatschappijen waarop dit wetsontwerp van toepassing is, worden opgericht met een doel van algemeen nut. Zij nemen op haar de taak eene gemeenteverplichting te vervullen; het schijnt dus gepast de vervulling dezer taak te vergemakkelijken door haar de fiscale voordeelen toe te kennen welke de gemeenten, welker plaats zij innemen, genieten.*".¹⁴⁶ Met andere woorden, aangezien de intercommunale een doel van algemeen nut nastreven en een taak van gemeentelijk belang beoogt, is het maar terecht dat ze kunnen genieten van de belastingvoordelen die spelen ten aanzien van de gemeenten in wiens plaats ze nu optreden, aldus de wetgever.

34. Toezicht – Net zoals beide voormelde specifieke wetten, wordt er toegezien op de oprichting van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden inzake waterbedeling. Artikel 1 van de wet vereist een goedkeuring¹⁴⁷ van de Koning op

communes et de particuliers pour l'établissement de services de distribution d'eau, *Parl.St. Kamer 1906-07*, nr. 124, 10; *Pasin.* 1907, 205.

¹⁴³ Art. 5 : "*La société pourra être autorisée à poursuivre en son nom l'expropriation pour cause d'utilité publique.*".

¹⁴⁴ Art. 6: "*La société peut contracter des emprunts dans les mêmes conditions que les communes avec l'approbation du Roi.*".

¹⁴⁵ *Pasin.* 1907, 201.

¹⁴⁶ MvT bij le projet de loi relatif aux associations de communes et de particuliers pour l'établissement de services de distribution d'eau, *Parl.St. Kamer 1906-07*, nr. 124, 15.

¹⁴⁷ Art. 1 hanteert het begrip '*l'approbation*', te vertalen als 'goedkeuring', terwijl de wet van 6 augustus 1897 op de intergemeentelijke ziekenhuizen de begrippen '*être autorisée*' hanteert, te vertalen als 'zijn gemachtigd'.

basis van een advies van de bestendige deputatie. De verenigingen die op basis van deze wet worden opgericht, zijn bovendien onderworpen aan de controle van regering. Dit is uitdrukkelijk voorzien in artikel 8 van de wet en dit toezicht is ingevuld op dezelfde manier als het toezicht op de intercommunales inzake de buurtspoorwegen.¹⁴⁸

B. Verenigingen zonder specifieke wettelijke grondslag

35. Gebrek aan specifieke wet – De voormelde drie specifieke wetten lieten de oprichting van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden toe op een algemene manier maar telkens beperkt tot een bepaalde sector. Dit weerhield er gemeenten echter niet van om ook buiten die sectoren beroep te doen op elkaar en dus op het idee van samenwerking: "*Néanmoins, ces interventions ne réglèrent pas tous les problèmes. Dans d'autres domaines, les communes collaboraient soit par la création d'associations de fait, soit par la conclusion de conventions spéciales. Cette collaboration concernait notamment l'aide aux chômeurs par la création de fonds intercommunaux, l'organisation de certains types d'assurances ou le traitement des immondices. Pendant la première guerre mondiale, elle porta en plus sur la question vitale du ravitaillement.*" (eigen onderlijning).¹⁴⁹ Er ontstond met andere woorden een tweede categorie van verenigingen. Tot die tweede categorie behoorden de verenigingen die buiten enig specifiek wettelijk kader om werden opgericht en waarvoor er naderhand geen wetten werden aangenomen die de oprichting van intercommunales in die sectoren uitdrukkelijk toelieten.

De oprichting van dergelijke feitelijke intergemeentelijke verenigingen buiten de voormelde specifieke wetten om, was in ieder geval 'onwettelijk' in de zin dat er geen uitdrukkelijke wettelijke grondslag voor hun samenwerking bestond. Wat daarentegen hun 'wettigheid' betreft, konden deze verenigingen de ene keer op de stilzwijgende goedkeuring van de regering en de toezichthoudende overheid

¹⁴⁸ Art. 8: "*Le gouvernement a le droit de contrôler toutes les opérations de la société et, à cette fin, d'exiger d'elle tous états et renseignements. Il peut s'opposer à l'exécution de toute mesure qu'il jugerait contraire soit à la loi, soit aux statuts, soit à l'intérêt général.*"

¹⁴⁹ F. DEHOUSSE, "Un nœud de vipères constitutionnel: le statut des intercommunales et la Cour d'arbitrage", *JT* 1985, afl. 5354, (617) 618.

rekenen, de andere keer niet en werd de oprichting afgekeurd.¹⁵⁰ BUTTGENBACH verwoordt dit als volgt: “*Enfin, le pouvoir de tutelle était, de son côté, partagé entre son désir de favoriser la création d’associations dont l’utilité était incontestable et son souci de respecter la loi et de ne pas couvrir de son autorité des entreprises dont la légalité serait douteuse.*”¹⁵¹ De sector waarin de samenwerking plaatsvond, leek hierbij doorslaggevend te zijn.

36. Ravitaillering – Voormelde samenwerking vindt zijn oorsprong grotendeels ten tijde van de Eerste Wereldoorlog. Zo werd er toen door de gemeenten – noodgedwongen – teruggegrepen naar de oprichting van samenwerkingsverbanden om in de voedselbevoorrading van hun inwoners te voorzien.¹⁵² Hierbij werd het al vlug duidelijk dat de intercommunale het geschikte instrument werd geacht. De tien provinciale comités die de bevoorrading moesten organiseren en die werden opgericht door het Nationaal Comité voor Steun en Bevoorrading – deze laatste werd op zijn beurt opgericht in 1914 – kampten immers als feitelijke verenigingen met financieringsmoeilijkheden wegens hun gebrek aan rechtspersoonlijkheid.¹⁵³

In eerste instantie richtten de provinciale comités slechts enkele bevoorradingsintercommunales op. Naast de oprichtingen door de provinciale comités richtte het Nationaal Comité ook zelf een dergelijke intergemeentelijk samenwerkingsverband op, *l’Assistance Agricole*, waaraan naast gemeenten onder meer particulieren en privé-maatschappijen deelnamen. Na het verbod op het bestaan van het Nationaal Comité dat de Duitse bezetter in 1915 doorvoerde, besloot een aantal gemeenten de bevoorradingstaak verder te zetten via de oprichting van Gemeentelijke Magazijnen. Om de té hoge prijsstijging van de

¹⁵⁰ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 19.

¹⁵¹ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d’action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 164.

¹⁵² Voor meer informatie over de ravitaillering tijdens de Eerste Wereldoorlog, zie X., *Rapport général sur les opérations et le fonctionnement du Comité national de secours et d’alimentation. Quatrième partie. Contrôle des garanties, coopératives intercommunales, organismes allemands, inspection et contrôle*, Brussel, Vromant, 1920, 267-321; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 40.

¹⁵³ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 44.

landbouwproducten bij te sturen die de oprichting van de Gemeentelijke Magazijnen met zich meebracht, werd er ook hier geopteerd voor de creatie van tal van onwettelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.¹⁵⁴ Aan sommige intercommunales namen ook particulieren deel, maar het privaat initiatief in intercommunales nam tijdens de Eerste Wereldoorlog evenwel af.

De gemeenten opteerden vaak om hun samenwerkingsverband de vorm te geven van een coöperatieve vennootschap. De reden waarom de aanneming van een coöperatieve vennootschapsvorm aangewezen leek, is volgens SURDIACOURT de volgende: *“En offrant aux communes un mode de fonctionnement comparable à celui d’une société privée, ces associations – ont permis de mettre rapidement en place une structure dynamique et fonctionnelle et de mobiliser un financement intéressant et largement réparti – donc non tributaire d’efforts trop conséquents pour chaque associé. Ce sont ces atouts qui ont naturellement poussé les autorités locales vers cette forme d’entreprise.”*¹⁵⁵ Toch stel ik me de vraag of er in dit geval wel sprake kan zijn van samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid. Aangezien er een specifieke wettelijke grondslag ontbreekt, zou er volgens mij van moeten worden uitgegaan dat dit louter feitelijke verenigingen zijn.

De noden die de oorlog voortbracht, leek intergemeentelijke samenwerking, zowel via de oprichting van verenigingen als via de sluiting van overeenkomsten, echter te rechtvaardigen. De bijzondere omstandigheid van de oorlog werd toen als noodtoestand aangehaald om intergemeentelijke samenwerking te justifieren.¹⁵⁶ CORTENBOSCH verwoordt dit als volgt: *“Dit is misschien waar in normale tijden doch iedereen weet dat wanneer het nood doet, zelfs de grondwettelijke teksten moeten uitgeschakeld worden en dat, om het bestaan van een volk te redden, ook*

¹⁵⁴ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 45.

¹⁵⁵ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 48. De opmerking die *supra* reeds werd geformuleerd naar aanleiding van het gebruik van de term *entreprise* door BUTTGEBACH, is ook hier relevant. Gelet op de dunne lijn tussen publiek en privaat en het nuanceverschil dat er bestaat tussen een onderneming en een vereniging, zou er hier beter worden gesproken over een vereniging (*association*) in plaats van over een onderneming (*entreprise*).

¹⁵⁶ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 48.

de administratieve regelen over het hoofd mogen gezien worden. (...) De wetten zelf moeten dus zwichten voor het krijgsgeweld en men mag zijn tijd niet verbeuzelen met administratieve discussies."¹⁵⁷ HAUTPENNE stelde dat "de juridische opvattingen die vóór de oorlog golden in verband met het recht van de gemeenten om zich te verenigen, (...) immers [moesten] wijken voor de dringende behoefte van het bevoorraden van de bevolking."¹⁵⁸ Zowel tijdens als na de oorlog was de algemene sympathie ten aanzien van de bevoorradingsintercommunales groot. Het is duidelijk dat intergemeentelijke samenwerking de verwachtingen meer dan voldoende had ingelost.¹⁵⁹ De oorlog leek het bezwaar tegen het intergemeentelijk verenigen te hebben getemperd en zelfs haast te hebben weggenomen, wat in de jaren nadien een belangrijke impuls zou betekenen voor de grondwetsherziening en de totstandkoming van een eerste algemene wet. Het nut van intergemeentelijk samenwerken was in ieder geval (opnieuw) bewezen.¹⁶⁰

37. Werklozenhulp – Gemeenten namen in die periode ook samenwerkingsinitiatieven onder de vorm van intergemeentelijke fondsen in het kader van werklozenhulp.¹⁶¹ Wat hun vorm betreft, werd er gekeken naar de specifieke wet inzake intergemeentelijke zorginstellingen en kozen zij ervoor om hun beheer te laten waarnemen door een commissie bestaande uit afgevaardigden van de deelnemende gemeenten: "*Le fonds est administré par un*

¹⁵⁷ M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 29, (9) 12; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 36.

¹⁵⁸ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 31.

¹⁵⁹ M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 29, (9) 9-13; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 31-35; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 40-41.

¹⁶⁰ J. DE BECKER en A. DE BECKER, *Les Communes belges devant le problème économique*, Brussel, Comité Central Industriel de Belgique, 1936, 70; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 31.

¹⁶¹ Voor een opsomming van de intergemeentelijke initiatieven in het kader van werklozenhulp, zie M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 28, (8) 10-11, zie ook X., "Communes", *Rev.adm.* 1908, (197) 201.

comité que désigne le Conseil communal. Ce comité est composé de membres empruntés les uns au conseil communal, les autres aux associations d'ouvriers et d'employés affiliées au fonds. Rien n'empêche de faire siéger dans le comité d'autres personnes encore, choisies de préférence parmi celles qui s'occupent spécialement de questions sociales (...)."¹⁶² In tegenstelling tot de intercommunales in de ravitaillingssector, werd er dus helemaal geen beroep gedaan op een bestaande rechtsvorm. Hun organisatie was ook hier niet op een wettelijke grondslag gebaseerd waardoor dit feitelijke verenigingen betroffen, *ipso facto* zonder rechtspersoonlijkheid. Toch werd hun oprichting en hun bestaan door de regering getolereerd en lijkt de regering door hun erkenning geen bezwaar te hebben omtrent hun wettigheid. Eén van de redenen voor het uitblijven van verzet door de hogere overheid is ongetwijfeld het gebrek aan initiatief door de overheid zelf. Het uitdrukkelijk verbieden van dergelijke samenwerkingsinitiatieven zou met zich meebrengen dat de regering haar berustende houding zou moeten bijsturen en zelf zou moeten overgaan tot het nemen van dergelijke initiatieven. Uit de tolerantie ten aanzien van hun bestaan kan worden afgeleid dat de vooroorlogse visie waarbij uit het stilzwijgen van de Grondwet en het ontbreken van een organieke wet een verbod op intergemeentelijk samenwerken werd afgeleid, ten aanzien van deze verenigingen naar mijn mening op opportunistische wijze werd bijgestuurd.¹⁶³

38. Verzekeringen – Ten slotte lonkte het intergemeentelijk verenigen ook op het verzekeringsterrein. De spreiding van risico's over meerdere gemeenten leek logischerwijs meer opportuun dan wanneer een gemeente een risico op haar grondgebied alleen zou dienen te dragen.¹⁶⁴ De stad Anderlecht nam in 1898 al

¹⁶² X., "Fonds de chompage", *Rev.adm.* 1906, (149) 152-153.

¹⁶³ M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 28, (8) 10-11; R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 193; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 20-22; X., "De financiële tussenkomst van de gemeenten voor werklozensteun", *Gemeentekrediet van België* 1955, afl. 32, (1) 3.

¹⁶⁴ M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 28, (8) 8.

het initiatief tot intergemeentelijk samenwerken en greep hierbij terug naar de coöperatieve vennootschapsvorm.

Waar de hogere overheid bij de voormelde initiatieven een gedoogbeleid hanteerde, kwam er bij verzekeringen protest. Zowel de privésector als de regering uitten hun kritiek en *“eens te meer werd aan de gemeenten het recht ontkend zich te verenigen.”*¹⁶⁵ Een verzoek van de initiatiefnemers om het toentertijd hangende wetsontwerp inzake buurtspoorwegen uit te breiden tot de brandverzekering werd dan ook afgewezen.¹⁶⁶ Ondanks de afwijzende houding van de regering ging onder meer de stad Gent toch over tot de creatie van een intergemeentelijke brandverzekering. Een koninklijk besluit vernietigde de oprichtingsbeslissing echter en haalde als reden aan dat de gemeenten met hun brandverzekering de geldelijke belangen van enkelen op het oog hadden, waardoor zij hun bevoegdheid overschreden.¹⁶⁷ Een oplossing werd gezocht en gevonden, doch zonder op intergemeentelijke samenwerking in verenigingsvorm terug te vallen aangezien het duidelijk was dat die handelswijze niet op de goedkeuring van de regering kon rekenen. Op basis van de wet van 11 juli 1874 op de onderlinge verzekeringsmaatschappijen richtte een aantal gemeenten op 25 september 1919 een onderlinge verzekeringsmaatschappij op die de naam Onderlinge Maatschappij der openbare besturen voor verzekering tegen brand, bliksem en ontploffingen kreeg. Gemeenten konden zich bij deze maatschappij aansluiten zonder aandeelhouder te worden, wat uiteraard wel een vereiste zou zijn indien de gemeenten zich op de coöperatieve vennootschapsvorm zouden beroepen. Zij werden lid door louter de verzekeringspolis te onderschrijven en

¹⁶⁵ M. CORTENBOSCH, “Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België”, *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 28, (8) 9.

¹⁶⁶ M. CORTENBOSCH, “Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België”, *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 28, (8) 8-9; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 19-20.

¹⁶⁷ Koninklijk besluit van 28 juni 1911, zoals aangehaald in M. CORTENBOSCH, “Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België”, *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 28, (8) 9: *“Overwegende dat de inrichting van een verzekering tegen brand slechts de bescherming der geldelijke belangen van bepaalde personen beoogt, en dat zij dus niet in de bevoegdheid valt van de gemeenteraad, beperkt bij de artikelen 31 en 108 van de Grondwet en bij artikel 75 van de gemeentewet tot de voorwerpen van openbaar nut met uitsluiting van de voorwerpen van meer algemeen of van privaat belang. (...) Overwegende bijgevolg dat de gemeenteraad van Gent zijn bevoegdheid te buiten is gegaan.”*

hiervoor was er geen goedkeuring van de toezichhoudende overheid vereist. Op dit verzekeringsinitiatief wordt niet verder ingegaan. Ondanks de oorspronkelijke intentie om de verzekeringsproblematiek via intercommunalisatie op te lossen, is het uiteindelijke resultaat geen intergemeentelijk samenwerkingsverband.¹⁶⁸

C. Intergemeentelijke overeenkomsten

39. Intergemeentelijke overeenkomsten werden aanvaard... – Zoals eerder vermeld, omvat intergemeentelijke samenwerking in de ruime zin niet enkel de mogelijkheid voor gemeenten om verenigingen op te richten maar eveneens de mogelijkheid om onderling overeenkomsten te sluiten. Tot de eerste initiatieven inzake intergemeentelijke samenwerking behoren bijgevolg niet enkel de oprichting van intercommunales op grond van de specifieke wetten en de onwettelijke verenigingen, maar gemeenten sloten daarnaast evengoed overeenkomsten af.

De jarenlange wettigheidsdiscussies ten aanzien van intergemeentelijke verenigingen, discussies die al in de tweede helft van de negentiende eeuw opdoken, strekten zich niet uit tot die intergemeentelijke overeenkomsten. Gedurende vele decennia werd hier geen enkel bezwaar tegen gemaakt – noch door de overheid, noch in de rechtspraak, noch in de rechtsleer. De intergemeentelijke samenwerkingsmogelijkheid via overeenkomsten was bijgevolg volledig aanvaard.¹⁶⁹ Het sluiten van dergelijke overeenkomsten moest weliswaar binnen de grenzen van het bestaand gemeen recht gebeuren en onder toezicht van de hogere overheid: "*Sans doute, il n'est pas interdit aux communes*

¹⁶⁸ R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 192-193; M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 28, (8) 8-10; M. CORTENBOSCH, "De verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1950, afl. 11, ongenummerd; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 19-20; N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 48.

¹⁶⁹ R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 193; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 38-39.

de contracter ensemble dans les limites du droit commun et sous le contrôle des pouvoirs supérieurs.".¹⁷⁰ Sterker nog: "(...) *les communes peuvent conclure entre elles toutes les conventions qui ne sont pas incompatibles avec leur caractère d'organismes juridiques.*".¹⁷¹ Er werden dan ook tal van intergemeentelijke overeenkomsten afgesloten – voornamelijk in nutssectoren zoals de gas- en elektriciteitssector – en waar wetgevend optreden ten aanzien van de creatie van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden noodzakelijk werd geacht (zie *supra*), bleek dit hier onnodig te zijn.

40. ... tot ze werden verboden – Desalniettemin hield het gedoogbeleid ten aanzien van de intergemeentelijke overeenkomsten geen stand. In 1910 wijzigde de toezichthoudende overheid haar opvatting. De sector waarin de omwenteling haar oorsprong vindt, is – mede gelet op de concurrentie met de privésector – die van de gas- en elektriciteitsvoorziening. De aanleiding voor de kentering is dat gemeenten onderling leveringscontracten afsloten om hun inwoners van gas- en elektriciteit te voorzien. Mede het feit dat privéondernemingen in bepaalde sectoren het gras voor hun voeten zagen worden weggemaaid door het bestaan van dergelijke intergemeentelijke overeenkomsten en hiertegen protesteerden, zorgde ervoor dat twee gemeenteraadsbeslissingen tot het sluiten van leveringscontracten werden vernietigd bij koninklijk besluit van 18 juni 1910 en 5 december 1910.¹⁷²

In het koninklijk besluit van 5 december 1910 baseerde de regering de vernietiging onder meer op de gebonden bevoegdheden van gemeenten – wat inhoudt dat gemeenten niet méér bevoegdheden hebben dan de Grondwet en de wet hen toekennen – en op het feit dat gemeenten enkel konden optreden op hun eigen grondgebied. Bovendien werd gesteld dat dergelijke overeenkomst geen enkel rechtstreeks en duidelijk afgebakend gemeentelijk belang meebracht voor de leverende gemeente en dat zij niet gerechtvaardigd waren onder de bestaande

¹⁷⁰ X., "Communes", *Rev.adm.* 1908, (197) 198.

¹⁷¹ X., "Communes", *Rev.adm.* 1908, (197) 198.

¹⁷² Voor een uitvoerige bespreking van deze problematiek en de vernietiging van de leveringsovereenkomsten, zie X., "Régies communales. Association de communes", *Rev.Comm.* 1911, (5) 5-25.

wetgeving.¹⁷³ In het koninklijk besluit van 18 juni 1910 werd er eveneens verwezen naar de beperkte bevoegdheid van de gemeenten. In dit kader werd er uitdrukkelijk aangegeven dat de bevoegdheid van de gemeente om zich via het stellen van handelsdaden op economisch terrein te begeven – door handelscontracten ter levering van energie te sluiten – haar niet is toegekend, tenzij in uitzonderlijk ernstige omstandigheden wanneer het privaat initiatief in gebreke zou blijven of tenzij dit wettelijk is voorzien.¹⁷⁴ Volgens SURDIACOURT zijn de aangehaalde argumenten de voornaamste belemmering voor de creatie van intercommunales: "*Bien qu'il s'agisse simplement de contrats de fourniture d'électricité ou d'éclairage public, les arguments avancés sont les principaux obstacles à la création d'intercommunales: l'interdiction faite aux communes de développer des pratiques commerciales; la limitation stricte des compétences d'un conseil communal au territoire de la commune qu'il représente; la problématique liée à la notion d'intérêt communal.*" (eigen onderlijning).¹⁷⁵

Sinds 1910 werd het onderling afsluiten van overeenkomsten door gemeenten ineens niet meer toegelaten. MAES formuleert deze ontwikkeling als het "ontzeggen van het recht om intercommunaal samen te werken".¹⁷⁶ Volgens de toezichthoudende overheid en het merendeel van de rechtsleer hebben gemeenten op dat moment echter (nog) geen recht om samen te werken. Hierdoor kan hun recht hen niet worden ontzegd. In dat opzicht zou het beter zijn om te spreken over het wegvallen van de tolerantie om intergemeentelijk samen te werken via overeenkomsten. De omwenteling die in 1910 plaatsvond, zorgde

¹⁷³ X., "Régies communales. Association de communes", *Rev.Comm.* 1911, (5) 13-14.

¹⁷⁴ X., "Régies communales. Association de communes", *Rev.Comm.* 1911, (5) 5-6; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 39; R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 189 en 192-194; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 26-28.

¹⁷⁵ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 43.

¹⁷⁶ R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 193.

voor heel wat protest bij de gemeenten en voor een bespreking in de Kamer en de Senaat.¹⁷⁷

1.2.3. Van verbod naar een algemene wet

41. Vooroorlogs scepticisme – Het voorgaande toont aan dat intergemeentelijk samenwerken sinds de Belgische onafhankelijkheid duidelijk aan een opmars bezig was en dat de situatie zoals die bestond in 1910 als volgt kan worden samengevat: intergemeentelijke samenwerking werd niet toegelaten, noch onder de vorm van een vereniging, noch door middel van een overeenkomst, tenzij er een specifieke wet bestond die dit toeliet.¹⁷⁸

Het valt te benadrukken dat weinigen in de periode vóór de Eerste Wereldoorlog overtuigd waren van de nood aan een algemene wet: *“Uit wat voorafgaat menen wij te mogen afleiden dat zowel de rechtsleer als de administratie nog wat afkerig stonden van een algemene wet en zich eerder uitspraken voor een voortzetting van het bestaande systeem, namelijk het aannemen van een bijzondere wet die de gemeenten machtigt zich te verenigen voor een welbepaald voorwerp, telkens de noodzakelijkheid zich hiertoe deed gevoelen.”*¹⁷⁹ BECO argumenteerde onder meer in dit opzicht dat *“les lois spéciales sont plus rapidement votées. Une loi générale se produira plus tard avec la supériorité qu’assurent les enseignements de l’expérience. La loi générale française sur les syndicats de communes n’a pas*

¹⁷⁷ Voor een beknopte weergave van de besprekingen in de Kamer, zie P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 28-29; voor een uitvoerig uitgewerkte weergave van de verschillende meningen ten aanzien van de voormelde koninklijke besluiten, zie X., *“Communes”*, *Rev.adm.* 1922, 198-208; zie ook D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 39; M. CORTENBOSCH, *“Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België”*, *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 28, (8) 12-13.

¹⁷⁸ P. BIDDAER, *Loi communale. Coordonnée et commentée*, Frameries et Bruxelles, Imprimerie centrale des communes, 1923, 218: *“Avant la guerre, le gouvernement ne reconnaissait pas aux communes le droit de s’associer pour des objets d’utilité publique rentrant dans leurs attributions légales; il ne leur permettait pas davantage de conclure des contrats de fournitures, par exemple pour le gaz et l’électricité, d’une commune à une autre.”*

¹⁷⁹ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 25; voor een beschrijving van de verschillende standpunten ten aanzien van de aanneming van een algemene wet, zie P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 22-26.

donné de résultat."¹⁸⁰ Het ontbreken van de wens naar een algemene wet bleek eveneens uit het feit dat het wetsvoorstel *autorisant les associations intercommunales en vue de la réalisation d'œuvres d'intérêt commun à plusieurs communes*¹⁸¹ dat FURNÉMONT reeds in 1903 indiende, vakkundig werd genegeerd. Dit wetsvoorstel wou intergemeentelijke samenwerking op een algemene manier regelen.¹⁸² Nochtans reikte dit wetsvoorstel de voordelen van een algemene wet en intergemeentelijke samenwerking in het algemeen duidelijk aan: "*L'association de communes, réduisant dans une large mesure les frais de premier établissement et les frais d'entretien des principaux services communaux favoriserait dans une large mesure l'extension de la vie municipale et du bien-être de nos concitoyens.*"¹⁸³ FURNÉMONT omschreef de intercommunales trouwens als "*établissements publics*".¹⁸⁴

Toch zag BERRYER, toenmalig minister van Binnenlandse Zaken, ten gevolge van het voormeld debat dat in 1910 rees naar aanleiding van de vernietiging van de twee intergemeentelijke overeenkomsten, het nut in van een algemene wet. In 1911 uitte hij de intentie om een algemene wet op intergemeentelijke samenwerking tot stand te brengen. Hij wachtte echter tevergeefs op het verdict van de commissie die was gelast met het onderzoek van het wetsvoorstel ingediend door FURNÉMONT en door het uitbreken van de oorlog werd er,

¹⁸⁰ X., "Discours prononcé par le gouverneur du Brabant", *Rev.adm.* 1907, (341) 343.

¹⁸¹ Dit wetsvoorstel grijpt niet terug naar de bestaande vormen van handelsvennootschappen om de intergemeentelijke verenigingen vorm te geven. Art. 3 van het wetsvoorstel voorziet louter in de oprichting van een raad die bestaat uit afgevaardigden van de gemeenten waarbij het aantal afgevaardigden afhankelijk is van, enerzijds, de bevolking van de gemeenten en, anderzijds, "*de belangrijkheid van de in de overeenkomst der vereeniging betrokken belangen*" in *Proposition de loi autorisant les associations intercommunales en vue de la réalisation d'œuvres d'intérêt commun à plusieurs communes*, *Parl.St.* Kamer 1902-03, nr. 245.

¹⁸² Dat FURNÉMONT intergemeentelijke samenwerking ziet als een middel met een uitgestrekte actieradius, blijkt op pagina 8 van zijn wetsvoorstel: "*Les syndicats de communes pourraient avoir dans leurs attributions l'enseignement primaire supérieur, l'enseignement professionnel, industriel et agricole, l'établissement de musées et de bibliothèques, l'hygiène publique et l'éclairage, les moyens de transport, les entreprises de dessèchement, la construction d'aqueducs, canaux, le service contre les incendies, la création d'abattoirs, de marchés, etc.*".

¹⁸³ *Proposition de loi autorisant les associations intercommunales en vue de la réalisation d'œuvres d'intérêt commun à plusieurs communes*, *Parl.St.* Kamer 1902-1903, nr. 245, 8.

¹⁸⁴ N. SURDIACOURT, Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 72.

begrijpelijk, toegelegd op andere prioriteiten. Het aannemen van een algemene wet over intergemeentelijke samenwerking verdween opnieuw naar de achtergrond.¹⁸⁵

42. Naar een (tijdelijke) bijstelling van opinie? – Ondanks de sporadische blijk van interesse om een algemene wet aan te nemen, bleef intergemeentelijke samenwerking niet toegelaten. Dit verbod bleef gelden tijdens de Eerste Wereldoorlog.¹⁸⁶ Niettegenstaande het verbod bleven gemeenten tijdens de oorlog, naast de oprichting van intergemeentelijke verenigingen (zie *supra*) ook intergemeentelijke overeenkomsten afsluiten. Zo bestond er tijdens de Eerste Wereldoorlog een tekort aan betaalmiddelen en trachtten de gemeenten dit probleem te verhelpen door muntbons uit te vaardigen en hun circulatie te bevorderden door onderling overeenkomsten af te sluiten. Het sluiten door verscheidene gemeenten van een overeenkomst in 1915 om de controle te regelen op de verkoop van boter, melk en vetten is een tweede voorbeeld van dergelijke intergemeentelijke overeenkomst.¹⁸⁷

43. Tegenstrijdige meningen na de oorlog – Na de Eerste Wereldoorlog werden *quasi* alle onwettelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die werden opgericht tijdens de oorlog ontbonden.¹⁸⁸ De wettigheid van onder meer de bevoorradingscoöperatieven werd opnieuw in vraag gesteld.¹⁸⁹ Er ontstond een

¹⁸⁵ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 43; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 39; M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 28, (8) 13; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 30 en 38.

¹⁸⁶ M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 28, (8) 13.

¹⁸⁷ M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 30, (6) 6-8; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 35; N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 48.

¹⁸⁸ M. CORTENBOSCH, "De intercommunales tot 1940" in X., *Het openbaar initiatief van de gemeenten in België 1785-1940. Handelingen*, Brussel, Gemeentekrediet, 1986, (107) 124.

¹⁸⁹ Hun wettigheid zou definitief worden bevestigd door het Hof van Cassatie in 1922; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 40; M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 30, (6) 8-9.

discussie tussen voor- en tegenstanders van intergemeentelijke samenwerking, waarbij het kernargument van de tegenstanders erin bestond dat gemeenten geen handel mochten drijven en enkel het gemeentelijk belang mochten nastreven.¹⁹⁰ SURDIACOURT vermeldt in dit verband: "*Renforcée par l'antagonisme existant entre partisans de l'initiative publique (ici communale) et de l'initiative privée, la question essentielle porte sur la possibilité ou non des communes à s'associer.*".¹⁹¹

Niettegenstaande de minister van Binnenlandse Zaken reeds in 1911 de intentie uitte om een algemene wet op intergemeentelijke samenwerking tot stand te brengen, bleef de regering het systeem van de uitvaardiging van specifieke wetten ook na de oorlog trouw en nam zij geen initiatief tot de creatie van een algemene wet. De regering behield bovendien haar standpunt dat ze in 1910 had verkondigd waardoor ook overeenkomsten tussen gemeenten verboden bleven.¹⁹²

¹⁹⁰ F. DEHOUSSE, "Un nœud de vipères constitutionnel: le statut des intercommunales et la Cour d'arbitrage", *JT* 1985, afl. 5354, (617) 618: "*Par surcroît, afin de remédier aux incertitudes pesant sur la constitutionnalité des associations de communes, spécialement lorsque ces dernières se livraient à des actes de commerce, il décida en 1919 de soumettre à révision l'article 108 de la Constitution.*"; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 37: "*De betwisting ging steeds over het feit of de vereniging van gemeenten als handelsvennootschap en haar daden als handelsdaden konden worden beschouwd.*"; M. CORTENBOSCH, "De intercommunales tot 1940" in X., *Het openbaar initiatief van de gemeenten in België 1785-1940. Handelingen*, Brussel, Gemeentekrediet, 1986, (107) 123: "*De verwezenlijkingen van 1914-1918 hadden nochtans niet iedereen overtuigd en opnieuw werd het argument naar voren gebracht: de gemeenten mogen geen handel drijven.*".

¹⁹¹ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 63.

¹⁹² Dit blijkt onder meer uit de brief die BECO op 18 juni 1919 richtte aan het college van burgemeester en schepenen van de stad Anderlecht. Hierin schreef hij dat hij vasthoudt aan het standpunt zoals vooropgesteld in de koninklijke besluiten van 5 juni en 5 december 1910: "*M. le Ministre de l'intérieur me prie de vous faire observer qu'aucune disposition légale n'est intervenue pour autoriser les fournitures de l'espèce et que, dans ces conditions, les considérations d'ordre juridique qui ont motivé l'arrêté du 5 décembre 1910, relatif à Ixelles et à Bruxelles, ainsi que l'arrêté du 5 juin 1910, annulant les délibérations des Conseils communaux de Lauwe et de Wevelghem, restent debout. Dans l'état actuel de la législation, M. le Ministre de l'intérieur ne pourrait donc, Messieurs, donner son adhésion à la convention projetée entre votre commune et la ville de Bruxelles.*" in MvT bij het wetsvoorstel betreffende de vereniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin.* 1922, 26; zie ook P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 38-39.

In de rechtsleer gingen er daarentegen andere stemmen op. Zoals *supra* nr. 17 vermeld, maakte het tijdschrift *Revue de l'administration* reeds in 1907 een onderscheid tussen verenigingen die worden opgericht om economische dan wel politieke belangen na te streven. Toen werd de vraag of intergemeentelijke verenigingen kunnen worden opgericht als deze economische gemeentelijke belangen nastreven, negatief beantwoord. Nu stelt zij haar visie echter bij. Zij blijft het stilzwijgen van de wet aanhalen als argument dat samenwerking voor politieke doeleinden niet mogelijk is, maar gemeenten kunnen volgens die rechtsleer wel samenwerken om gemeentelijke economische belangen te realiseren ondanks het gebrek aan wettelijke grondslag. Ter staving wijst zij op de oprichting van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voor bevoorrading – gecreëerd ter vervulling van een 'economisch belang' – die tijdens de Eerste Wereldoorlog werden opgericht.¹⁹³

VAUTHIER werpt ten aanzien van dit onderscheid op dat het economisch leven nauw is verweven met het overheidshandelen. Hij stelt dat wetgevend optreden is aangewezen om duidelijkheid te scheppen.¹⁹⁴ BUTTGEBACH haalt dit onderscheid eveneens aan door te stellen dat "*d'autres faisaient une distinction entre l'association créée en vue de la gestion d'intérêts politiques, - qui serait interdite, - et en vue de la gestion d'intérêts économiques, - qui serait permise.*".¹⁹⁵ Hij promoot de aanneming van een algemene wet door te stellen dat, ten eerste, de stelselmatige creatie van specifieke wetten telkens een lange parlementaire procedure vereist en, ten tweede, dat gemeenten zich terughoudend opstellen in het oprichten van intergemeentelijke verenigingen buiten de wettelijk voorziene mogelijkheden omdat zij riskeren dat de toezichhoudende overheid hun creaties niet aanvaardt.¹⁹⁶ Volgens BUTTGEBACH is er een (grond)wettelijk basis nodig opdat gemeenten zouden kunnen verenigen: "(...) *Les personnes publiques ne*

¹⁹³ X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 198.

¹⁹⁴ M. VAUTHIER, *Précis du droit administratif de la Belgique*, Brussel, Larcier, 1937, 89.

¹⁹⁵ A. BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 163.

¹⁹⁶ A. BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 163-164.

jouissent du droit de s'associer qu'en cas de reconnaissance constitutionnelle ou légale."¹⁹⁷

44. Cass. 6 april 1922 – De wettigheidsdiscussie werd voorgezet tussen de rechtscolleges¹⁹⁸, tot het Hof van Cassatie zijn principiële arrest van 6 april 1922 aannam. Het Hof diende de wettigheid van één van de ravitailleringsscoöperatieven die in 1915 werd opgericht, te onderzoeken. De kernvraag kon worden teruggeleid naar de vraag of er toentertijd sprake was van een verenigingsrecht van gemeenten, en het Hof van Cassatie oordeelde dat intergemeentelijke samenwerking tussen gemeenten is toegelaten.¹⁹⁹ Het Hof baseert dit verenigingsrecht op het ontbreken van een verbodsbepaling: "*Attendu que les communes agissant dans des vues d'intérêt public communal, peuvent faire tous les actes qui ne leur sont pas interdites; (...) Attendue que, d'autre part, aucune disposition légale n'a interdit aux communes de s'associer en vue de procurer aux habitants les avantages d'un effort collectif dans l'accomplissement de leur mission d'intérêt communal définie plus haut*".²⁰⁰ Reeds in 1841 had het Hof van Cassatie geoordeeld dat gemeenten alle rechten genieten die hen niet verboden zijn of die niet onverenigbaar zijn met wetten die hun organisaties regelen.²⁰¹ Door het recht van gemeenten te baseren op het ontbreken van een wettelijke

¹⁹⁷ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 164.

¹⁹⁸ Voor een korte uiteenzetting van de naoorlogse rechtspraak, zie P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 37 en N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 50.

¹⁹⁹ Volgens P. HAUTPENNE heeft dit arrest echter geen algemene draagwijdte. Hij baseert zijn opvatting op de bijzondere oorlogsomstandigheden waarin de onwettelijke intercommunales waarvan de geldigheid in het arrest in vraag werd gesteld, tot stand kwamen, zie P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 47, vn. 14bis.

²⁰⁰ Cass. 6 april 1922, *Pas.* 1922, 236-237; B. BEELEN, G. DE CUYPER en H. DRIESSEN, "De intercommunale vandaag en morgen", *Jura Falc.* 1977-1978, (187) 187 D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 40; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 38; A. GOEGEBUER, "Fiscaliteit van de intercommunales en de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden", *LRB* 2004, afl. 1, (3) 5.

²⁰¹ Cass. 30 december 1841, *Pas.* 1842, I, 25: "*Attendu que les communes, indépendamment de leur qualité de corps administratifs, constituent de véritables personnes civiles, soumises aux lois générales, et jouissent de tous les droits qui ne leur sont pas spécialement interdits ou qui ne sont pas incompatibles avec les lois particulières de leurs organisation*".

bepaling²⁰², kan er naar mijn mening worden gearchtund dat het Hof in zijn oordeel het legaliteitsbeginsel zoals vermeld in het toenmalige artikel 78 van de Grondwet miskent en voor een pragmatische aanpak koos.²⁰³

Het arrest verloor evenwel aan belang door het feit dat de grondwetsherziening in het jaar voordien voorgoed komaf maakte met de bestaande maar ook met eventuele toekomstige wettigheidsbezwaren (zie *infra* nr. 45 e.v.).²⁰⁴

Het arrest verduidelijkt het verband dat bestaat tussen handelsdaden, enerzijds, en het gemeentelijk belang, anderzijds, door te stellen dat de middelen waarmee gemeenten de realisatie van het gemeentelijk belang nastreven louter middelen zijn om dit gemeentelijk belang te realiseren: "*Attendu que, d'une part, elles peuvent faire des actes ayant, par eux-mêmes, le caractère d'actes de commerce; mais que l'objet de leur activité n'en reste pas moins l'accomplissement de leur fonction constitutionnelle par des procédés qui ne sont, en dernière analyse, que des moyens de réaliser des fins d'intérêt public communal et sont dominés par cet intérêt.*" (eigen onderlijning).²⁰⁵ Het Hof maakt met andere woorden duidelijk dat het feit dat gemeenten handelingen stellen met een commercieel karakter niet tot gevolg heeft dat zij het gemeentelijk belang niet langer betrachten. De commerciële handelingen zijn integendeel louter middelen om doeleinden van gemeentelijk belang te realiseren en het gemeentelijk belang krijgt bij die commerciële handelingen dan ook de overhand.

²⁰² Uit de bewoordingen van het Hof leiden LEUS en BAETEN af dat het Hof van Cassatie het intergemeentelijk handelen baseert op "de 'publiekrechtelijke' algemene machtiging die de gemeenten putten uit de grondwet.", zie K. LEUS en S. BAETEN, "Nieuwe vormen van overheidsrechtspersonen" in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht. Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1998-1999*, Gent, Mys & Breesch, 1999, (149) 160.

²⁰³ In de huidige Grondwet is dit legaliteitsbeginsel opgenomen in artikel 105. In zijn hedendaagse versie luidt dit artikels als volgt: "De Koning heeft geen andere macht dan die welke de Grondwet en de bijzondere wetten, krachtens de Grondwet zelf uitgevaardigd, hem uitdrukkelijk toekennen."

²⁰⁴ F. DEHOUSSE, "Un nœud de vipères constitutionnel: le statut des intercommunales et la Cour d'arbitrage", *JT* 1985, afl. 5354, (617) 618.

²⁰⁵ Cass. 6 april 1922, *Pas.* 1922, 236.

1.3. Grondwettelijke verankering

45. Grondwettelijke verankering en algemene wet – Na decennialang onzekerheid over de vraag of intergemeentelijk samenwerken wel was geoorloofd, werd aan het begin van de jaren twintig van de vorige eeuw de mogelijkheid voor gemeenten om zich te verstaan en zich te verenigen – met andere woorden om samen te werken – dan toch grondwettelijk verankerd. Dit gebeurde door de toevoeging van een tweede lid aan artikel 108 van de Grondwet. Zoals *infra* zal blijken, werd *quasi* onmiddellijk volgend op de grondwetsherziening een organiek kader tot stand gebracht. Het nieuwe lid van artikel 108 vereiste immers dat de verdere regulering van intergemeentelijke samenwerking gebeurde bij wet. De nood aan een wettelijk kader dat gemeenten op een algemene wijze en niet beperkt tot bepaalde sectoren in de mogelijkheid stelt om zich te verenigen, kreeg dus uiteindelijk gehoor.

Uit onder meer het voornemen van de regering om in 1919 dan toch naar de intergemeentelijke verenigingsvorm terug te grijpen als oplossing voor de schaarste aan vlees²⁰⁶, bleek dat ook de regering een positieve houding begon aan te nemen ten aanzien van intergemeentelijke samenwerking.²⁰⁷ Het wetsvoorstel voor een algemene wet op intergemeentelijke samenwerking ging desondanks uit van de oppositie: MELCKMANS diende het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen (hierna: Wetsvoorstel Melckmans) in waaruit de wet van 1 maart 1922 zou voortvloeien. De bespreking van dit wetsvoorstel en de bespreking van de herziening van de Grondwet vielen nagenoeg samen. Toch werd het wetsvoorstel Melckmans eerder in behandeling genomen in de Kamer dan de herziening van artikel 108 van de Grondwet.²⁰⁸

²⁰⁶ Dit voornemen bleek uit de indiening op 25 september 1919 van het wetsontwerp tot oprichting van intercommunale samenwerkende vennootschappen der Koelinrichtingen en Koelvervoermiddelen.

²⁰⁷ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 49-50; M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 30, (6) 9.

²⁰⁸ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 38-40.

Belangrijk in het kader van de grondwettelijke verankering is dat de minister van Binnenlandse Zaken de grondwettelijkheid van het wetsvoorstel in vraag stelde tijdens de bespreking van het wetsvoorstel in de Kamer. Volgens hem zorgde het wetsvoorstel, ook al was er intussen in het wetsvoorstel vooropgesteld dat gemeenten zich enkel voor een welbepaald gemeentelijk belang konden verenigen en niet langer voor een intercommunaal belang (zie *infra* nr. 46), toch voor de totstandbrenging van een nieuwe macht, namelijk 'een intercommunale macht', wat volgens hem strijdig was met de Grondwet. De mogelijke machten waren immers uitdrukkelijk grondwettelijk bepaald. Als oplossing stelde de minister voor om, ofwel, artikel 108, 2° van de Grondwet voorafgaand te wijzigen, ofwel, om het wetsvoorstel in die zin te amenderen dat het overeenstemt met de bestaande wetgeving. Van dergelijke overeenstemming zou volgens de minister sprake zijn indien het wetsvoorstel, ten eerste, voorziet dat het gemeentelijk belang waarvoor een intergemeentelijk samenwerkingsverband wordt opgericht, geval per geval wordt bepaald en, ten tweede, indien het wetsvoorstel voorschrijft dat de intergemeentelijke vereniging de rechtsvorm van een naamloze of samenwerkende vennootschap dient aan te nemen. Er werd gekozen voor de tweede suggestie en om amendementen in die zin aan te nemen.²⁰⁹ Vooraleer de artikelsgewijze bespreking van het wetsvoorstel evenwel kon plaatsvinden, werd de herziening van artikel 108 van de Grondwet in de Kamer behandeld.²¹⁰ De regering verkende trouwens oorspronkelijk de piste van een nieuw intercommunaal bestuursniveau.²¹¹ Dit betrof een niveau dat zich zou situeren tussen het gemeentelijk en het provinciaal bestuursniveau. Uiteindelijk werd dit idee niet weerhouden en werd het artikel, zoals hieronder zal blijken, op een minder verre gaande wijze herzien.²¹²

²⁰⁹ Door deze keuze kunnen er bedenkingen worden gesteld bij de werkelijke noodzaak van een grondwetsherziening (zie *infra*); P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 39-44.

²¹⁰ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 39-44.

²¹¹ F. DEHOUSSE, "Un nøud de vipères constitutionnel: le statut des intercommunales et la Cour d'arbitrage", *JT* 1985, afl. 5354, (617) 618.

²¹² Voor de redenen waarom deze weg uiteindelijk niet werd bewandeld, zie P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 40 en 44.

46. Grondwetsherziening – In eerste instantie werd artikel 108 van de Grondwet niet enkel in herziening gesteld om het verenigingsrecht voor gemeenten in te schrijven, maar eveneens om het gemeentelijk referendum mogelijk te maken.²¹³ Het idee om een gemeentelijke referendamogelijkheid in te voeren, werd evenwel verworpen.²¹⁴ De resterende beweegredenen voor de herziening van artikel 108 bestond erin dat er door middel van de wijziging zou kunnen worden voorkomen dat hetzelfde artikel – indien het niet zou worden gewijzigd – zou kunnen worden ingeroepen om de toekenning in de toekomst van een eventuele reglementerings- en beslissingsbevoegdheid aan intergemeentelijke bestuurscommissies als ongrondwettelijk te bestempelen.²¹⁵ Deze reden, namelijk om de grondwettelijkheid van intergemeentelijke verenigingen voor eens en altijd vast te leggen en latere discussies op een onbetwistbare wijze te vermijden, wordt door bepaalde rechtsleer aangehaald als “*de ware reden*” waarom er tot een grondwetsherziening werd overgegaan.²¹⁶ Dat er een vrees was voor latere grondwettelijkheidsdiscussies bleek duidelijk uit het tijdschrift *Revue de l'Administration* waarin werd aangehaald dat “*nous répondons à cela qu'il se rencontre des esprits presque trop scrupuleux, fatalement enclins à*

²¹³ Verslag aan de Kamer van de commissie voor de grondwetsherziening, *Pasin.* 1921, 575.

²¹⁴ Voor meer informatie over de overweging om het gemeentelijk referendum grondwettelijk te voorzien, zie P. BIDDAER, *Loi communale. Coordinée et commentée*, Frameries et Bruxelles, Imprimerie centrale des communes, 1923, 198-199.

²¹⁵ “*L'article 108 devrait être révisé (...). La disposition de cet article, qui attribue aux conseils communaux 'tout ce qui est d'intérêt communal', pourrait aussi être invoquée pour taxer d'inconstitutionnalité toute réforme qui tendrait à donner des pouvoirs de réglementation et de décision, soit à des organismes chargés d'administrer une régie municipale, soit à des commissions instituées pour administrer en commun, au profit des habitants de plusieurs communes, des services qui ont toujours été considérés comme étant d'intérêt communal.*” in *Pasin.* 1921, 575.

²¹⁶ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 46-48; dit is ook het standpunt van DE BRUYCKER. Volgens hem is de bepaling opgenomen in de Grondwet om een einde te stellen aan de controverse die voorheen bestond omtrent intergemeentelijke samenwerking, in P. DE BRUYCKER, “La coopération intercommunale en Belgique”, *Annuaire des collectivités locales* 2000, afl. 20, (166) 166; M. CORTENBOSCH, “Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België”, *Gemeentekrediet van België* 1955, afl. 31, (20) 20; G. VAN DAELE, “De intercommunales in België”, *Gemeentekrediet van België* 1984, bijvoegsel bij afl. 147, (1) 1-2; M. CORTENBOSCH, “De intercommunales tot 1940” in X., *Het openbaar initiatief van de gemeenten in België 1785-1940. Handelingen*, Brussel, Gemeentekrediet, 1986, (107) 125; M. VAUTHIER, *Précis du droit administratif de la Belgique*, Brussel, Larcier, 1937, 89.

*penser que la constitution a subi une atteinte plus ou moins grave; il n'était pas superflu de calmer par avance des appréhensions toujours prêtes à s'éveiller."*²¹⁷

Net zoals uit de bespreking van het wetsvoorstel Melckmans zal blijken, raakte de parlementaire bespreking van de herziening van artikel 108 van de Grondwet onder meer de vraag welk belang de intergemeentelijke verenigingen zouden kunnen nastreven. De regering ging niet akkoord met de initieel door de commissie voor de grondwetsherziening voorgestelde bepaling dat gemeenten zich mogen verenigen om zaken van 'intercommunaal belang' te regelen en te beheren.²¹⁸ Dergelijk belang bestond eenvoudigweg niet in het publiek recht en het wetsvoorstel zou zo een nieuwe (ongrondwettelijke) macht instellen.²¹⁹ Dit argument werd onderbouwd aan de hand van een voorbeeld: "*Il n'existe pas, en effet, dans notre droit public des objets d'intérêt intercommunal; la police, l'hygiène publique, par exemple, sont d'intérêt communal dans telle localité, comme elles sont d'intérêt communal dans telle autre localité, mais on ne peut pas dire qu'elle soit d'intérêt intercommunal pour les deux communes. Ce qui est vrai, c'est qu'il peut y avoir intérêt pour chacune de ces deux communes, de s'entendre pour organiser en commun le service communal de la police ou de l'hygiène publique.*" (eigen onderlijning).²²⁰

De regering stelde in een amendement voor om 'het intercommunaal belang' te vervangen door 'het gemeentelijke belang'²²¹, wat finaal werd opgenomen in de uiteindelijke versie van artikel 108, 2^o van de Grondwet. De aanname van dit amendement werd voorafgegaan door een uitgebreide discussie²²², waarbij het belangrijkste tegenargument voor het gebruik van '*intérêt communal*' erin bestond dat artikel 31 niet voor herziening vatbaar was verklaard: "*En effet,*

²¹⁷ X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 198.

²¹⁸ Verslag aan de Kamer van de commissie voor de grondwetsherziening, *Pasin.* 1921, 576-577.

²¹⁹ Over het gebruik van de terminologie 'intercommunaal belang' en 'gemeentelijk belang', zie X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 199-200.

²²⁰ *Note explicative présentée par le Gouvernement, Pasin.* 1921, 577 en P. BIDDAER, *Loi communale*, Frameries et Bruxelles, Imprimerie centrale des communes, 1923, 204.

²²¹ Amendement van de Regering, *Pasin.* 1921, 577-578.

²²² Voor de volledige discussie omtrent de grondwetsherziening, zie P. BIDDAER, *Loi communale*, Frameries et Bruxelles, Imprimerie centrale des communes, 1923, 202-218.

l'article 31 de la Constitution, qui attribue aux conseils communaux et aux conseils provinciaux les objets exclusivement provinciaux ou communaux, n'a pas été déclaré sujet à révision, et nous ne pouvons, dans l'article 108, introduire une disposition d'où il serait permis d'induire que les conseils provinciaux ou communaux pourraient déléguer à d'autres organismes la gestion d'intérêts exclusivement communaux ou provinciaux."²²³ Toch werd artikel 108, 2° van de Grondwet gewijzigd in die zin dat er een tweede lid werd toegevoegd aan dit artikel dat inhield dat verscheidene provinciën of verscheidene gemeenten zich onderling mogen verstaan of zich mogen verenigen onder de voorwaarden en op de wijze, door de wet te bepalen, om zaken van provinciaal belang of van gemeentelijk belang gemeenschappelijk te regelen en te beheren. Aan verscheidene provinciale raden of aan verscheidene gemeenteraden mag het echter niet toegelaten zijn, tezamen te beraadslagen.

Wat onder 'zaken van gemeentelijk belang' dient te worden begrepen, wordt niet verduidelijkt door de Grondwet zelf. Dit begrip lijkt alleszins erg ruim te kunnen worden ingevuld: "*Les mots (...) 'intérêt communal' doivent être pris dans une acception très large. Il s'agit ici des intérêts d'ordre politique et administratif tout aussi bien que des intérêts d'ordre purement économique. Deux ou plusieurs communes peuvent s'associer en vue de l'exploitation soit d'une ligne de transport en commun, soit d'une distribution d'eau, soit d'un mode d'éclairage ou de chauffage. Mais elles pourront également s'associer en vue de l'application de mesures de police. L'hygiène, la prévention et l'extinction des incendies, la prostitution, le maintien du bon ordre sur la voie publique, etc., pourront être l'objet d'une association formée entre communes.*"²²⁴

De grondwettelijke verankering van het recht voor gemeenten om samen te werken was een feit. Het louter bestaan van dit grondwettelijk recht is echter niet voldoende voor gemeenten om over te gaan tot de oprichting van een wettig intergemeentelijk samenwerkingsverband. Uit de nieuwe tekst van artikel 108 van

²²³ P. BIDDAER, *Loi communale*, Frameries et Bruxelles, Imprimerie centrale des communes, 1923, 204.

²²⁴ X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 200.

de Grondwet blijkt immers uitdrukkelijk dat wetgevend optreden om intergemeentelijke samenwerking te regelen, noodzakelijk is.

47. Noodzaak van grondwetsherziening – Aangezien de grondwettelijkheid van de uitgevaardigde specifieke wetten nooit werd ontkend, kan de vraag worden gesteld of een grondwetsherziening überhaupt nodig was om gemeenten het recht toe te kennen om zich intergemeentelijk te verenigen: *“On n’a jamais songé, croyons nous, à taxer ces lois d’inconstitutionnalité.”*²²⁵ Op deze vraag bestaat er in de rechtsleer opnieuw geen eensluidend antwoord. BUTTGENBACH stelt dat *“les personnes publiques ne jouissent du droit de s’associer qu’en cas de reconnaissance constitutionnelle ou légale.”*²²⁶ Ook MAST deelt de mening dat de grondwetswijziging noodzakelijk was om toe te laten dat de vertegenwoordigers van de gemeenten in intergemeentelijke verenigingen beslissingen zouden kunnen nemen die het grondgebied van hun individuele gemeenten overstijgen: *“Wanneer een tussengemeentelijke vereniging beslissingen neemt die inwoners van ieder der aangesloten gemeenten rechtsgeldig verbinden, worden de gemeentenaren op het gebied bestreken door de bevoegdheid van het tussengemeentelijk organisme voor een deel althans, beheerd door organen die zij niet rechtstreeks hebben verkozen. Daarom heeft de grondwetgever aan de gemeenten uitdrukkelijk het recht verleend om zich te verenigen.”*²²⁷

In de rechtsleer wordt er echter over het algemeen aangenomen dat een grondwetsherziening overbodig was. De aanneming van een gewone wet zou hebben volstaan om aan gemeenten het recht toe te kennen zich te verenigen. Omwille van het feit dat er in het verleden al wetten werden aangenomen die gemeenten toelieten om zich te verenigen, stelt CORTENBOSCH zich de vraag *“waarom [er] (...) dan aan de wetgever nog een vrijheid verleend [moest] worden waarvan hij reeds ruimschoots had gebruik gemaakt?”*²²⁸, net zoals het tijdschrift

²²⁵ X., “Communes”, *Rev.adm.* 1922, (198) 198.

²²⁶ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d’action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 164.

²²⁷ A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, E. Story-Scientia, Gent, 1962, 232-233.

²²⁸ M. CORTENBOSCH, “Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België”, *Gemeentekrediet van België* 1955, afl. 31, (20) 20.

Revue de l'administration zich die vraag stelt: "Pourquoi donc attribuer au législateur une liberté qu'il possédait déjà et dont il avait usé antérieurement à plusieurs reprises? (...) Doit-on conclure de ces faits qu'avant la révision de l'article 108 de la Constitution, il était interdit aux provinces et aux communes de s'associer? Nous ne le croyons pas et, au surplus, cette opinion restrictive n'avait nullement prévalu dans la pratique. En fait, des lois relativement nombreuses avaient autorisé des communes à s'associer."²²⁹ Hier wordt direct aan toegevoegd dat hoewel een grondwetsherziening onnodig was volgens het tijdschrift en ondanks het feit dat intergemeentelijke samenwerking ter behartiging van economische belangen volgens het tijdschrift mogelijk was zonder wettelijke grondslag, wetgevend optreden toch aangewezen was: "Néanmoins, nous reconnaissons bien volontiers que la question prêtait à la controverse et nous sollicitons, en somme, l'intervention du législateur."²³⁰

HAUTPENNE stelt dat de impliciete aanvaarding van de overeenstemming van het wetsvoorstel van de algemene wet met de Grondwet blijkt uit het feit dat er werd gekozen om het wetsvoorstel in overeenstemming te brengen met het bestaand grondwettelijk kader via de aanneming van amendementen, in plaats van te kiezen om te wachten met de verdere bespreking van het wetsvoorstel tot de herziening van de Grondwet zou hebben plaatsgevonden.²³¹ MAES wijdt de grondwetsherziening bovendien louter aan het toeval. De twee argumenten die hij aanhaalt ter onderbouwing hiervan zijn, enerzijds, het feit dat de Grondwet in die periode hoe dan ook moest worden gewijzigd om het algemeen enkelvoudig stemrecht in te voeren en, anderzijds, dat er in het verleden eveneens geen grondwetswijziging nodig werd geacht om de oprichting van bijvoorbeeld parastatalen toe te laten, terwijl hun oprichting evenmin grondwettelijk was geregeld ten tijde van het ontstaan van België.²³²

²²⁹ X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 198.

²³⁰ X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 199.

²³¹ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 47.

²³² R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 195.

Het Hof van Cassatie gaat nog een stap verder. Zoals eerder vermeld, was er volgens het Hof zelfs geen wet, laat staan een grondwetswijziging, nodig die het verenigingsrecht aan gemeenten zou toekennen. Volgens het Hof distilleren gemeenten hun verenigingsrecht uit het ontbreken van een (grond)wettelijk verbod op intergemeentelijk samenwerken en op het feit dat gemeenten met het oog op de realisatie van het gemeentelijk belang alles mogen doen wat hen niet is verboden.²³³

1.4. Tussentijdse conclusie

48. Dit eerste onderdeel betrof de periode vanaf de Belgische onafhankelijkheid tot aan de creatie van de wet van 1 maart 1922 omtrent de vereniging van gemeenten tot nut van 't algemeen. De focus lag, enerzijds, op de vraag of gemeenten in deze periode het recht hadden om samen te werken en om zich te verenigen. Anderzijds, waar er in de loop der tijd verenigingsmogelijkheden werden ingevoerd door middel van specifieke wetten, werd er in dit onderdeel toegelegd op de juridische uitwerking van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Er werd telkens onderzocht welke rechtsvorm en organisatiestructuur deze verenigingen aannamen, wie de mogelijke deelgenoten waren, wat het doel en de aard en het karakter van de intercommunales was en of er toezicht op werd voorzien.

- **Recht op intergemeentelijk samenwerken** – Wat het eerste aspect betreft, namelijk het recht van gemeenten om onderling samen te werken en zich met elkaar te verenigen, valt er te besluiten dat het oprichten van intergemeentelijke verenigingen vanaf de onafhankelijkheid van België tot aan de grondwetsherziening van 1921 *in beginsel* niet werd toegelaten. De voornaamste argumenten waren zonder twijfel het feit dat zowel de Grondwet als de gewone wetten geen enkele bepaling bevatten dat dergelijk recht omvat en dat de vrees bestond dat gemeenten zich door te verenigen commercieel zouden uitlaten. Gemeenten mogen immers geen handel drijven en mogen enkel het gemeentelijk belang nastreven. Naast de

²³³ Cass. 6 april 1922, *Pas.* 1922, 235-237.

intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die hun grondslag vonden in specifieke wetten, namen gemeenten in de beschreven periode ook andere intergemeentelijke initiatieven. Het sluiten van intergemeentelijke overeenkomsten was in eerste instantie wel toegelaten, tot het geweer in 1910 van schouder werd veranderd naar aanleiding van protest door de privésector. Vanaf 1910 was intergemeentelijke samenwerking m.a.w. niet toegelaten, noch onder de vorm van een vereniging, noch door middel van een overeenkomst, tenzij er een specifieke wet bestond die dit toeliet.

Ondanks het gebrek aan een (grond)wettelijke basis van het verenigingsrecht van gemeenten, werden er voornamelijk in nutssectoren tal van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden opgericht, onder meer in de sectoren inzake elektriciteit en gas, waterbedeling en spoorwegen, maar ook in een uiteenlopende variatie aan sectoren, zoals bevoorrading, werklozenhulp en verzekeringen. Het zou duren tot de herziening van artikel 108 van de Grondwet in 1921 vooraleer het recht voor gemeenten om zich te verstaan en zich te verenigen werd opgenomen in de Grondwet, waarbij de link tussen het intergemeentelijk samenwerkingsverband en de invulling van het gemeentelijk belang bleef niet uitbleef. Het Hof van Cassatie oordeelde in 1922 dat gemeenten het recht hadden om zich te verenigen.

- **Juridische uitwerking intergemeentelijke samenwerkingsverbanden**
 - Wat het tweede aspect betreft, namelijk de invulling die de wetgever gaf aan de intercommunales in zijn eerste specifieke wetten, kan er worden besloten dat de wetgever dergelijke verenigingen qua *doelstelling en activiteit* toeliet in welbepaalde (nuts)sectoren: de sector van ziekenhuis- en verzorgingsinstellingen, spoorwegen en waterbedeling. Het antwoord op de vraag welke *rechtsvorm en organisatiestructuur* de verenigingen aannamen, wie de mogelijke *deelgenoten* waren, wat de *aard en het karakter* was van de intercommunales en of zij aan *toezicht* was onderworpen, varieert naargelang de specifieke wet die werd uitgevaardigd. Wat de aard en het karakter betreft, is het vermeldenswaardig dat een overkoepelend element is dat de specifieke intercommunales uitdrukkelijk ofwel in de wet zelf, ofwel

in één van de kamerdocumenten, als openbare instellingen en openbare diensten werden gekwalificeerd.

- Wat de wet van 6 augustus 1897 rakende de inrichting van verplegingsgestichten onder verschillende gemeenten betreft, greep deze wet *vooreerst* niet terug naar de bestaande vennootschaps- of verenigingsvormen noch naar het toenmalige handelsrecht en het vennootschapsrecht. Waar de wet geen afwijkingen voorziet, zijn deze intercommunales in principe onderworpen aan de bepalingen die de gemeentelijke burgerlijke godshuizen regelden. Het bestuur dient in handen te zijn van een intergemeentelijke commissie die uit minstens vijf leden bestaat en waarbij elke deelnemende gemeente een afgevaardigde heeft in de commissie. *Ten tweede* is de mogelijkheid om private deelnemers toe te laten treden tot de vereniging niet voorzien in de wet. *Ten derde* kan de intercommunale worden gekwalificeerd als een openbare instelling die het gemeentelijk belang nastreeft. Noch de wet, noch de memorie van toelichting bij deze wet gaan verder in op het gemeentelijk belang en de impact ervan op de kwalificatie van de vereniging. *Ten slotte* is de oprichting van dergelijke intercommunale onderworpen aan een Koninklijke machtiging. Voor het overige is er qua toezicht op de handelingen van de intergemeentelijke vereniging niets uitdrukkelijk bepaald.

- De wet van 1 juli 1899 betreffende de vereenigingen van gemeenten en van provinciën tot het beheer van buurtspoorwegen schrijft *ten eerste* voor dat de intercommunale de vorm van een naamloze of coöperatieve vennootschap moet aannemen. Hoewel de vorm is geïnspireerd op een naamloze of een coöperatieve vennootschap, valt ze niet te kwalificeren als (commerciële) onderneming aangezien de intercommunale een taak van gemeentelijk belang uitoefent en bijgevolg geen winst nastreeft. *Ten tweede* zijn zowel provincies als particulieren uitdrukkelijk toegelaten als deelnemers in de intercommunale. De Staat is uitgesloten. *Ten derde*, wat de aard van de intercommunale betreft, stelt de wet dat de intercommunale kan genieten van de voordelen verleend door de wetten op de

handelsvennootschappen, zonder evenwel zijn burgerlijk karakter te verliezen. Het intergemeentelijk samenwerkingsverband kan ook enkel van de voordelen van de handelsvennootschapswetten genieten in de mate dat deze verstaanbaar zijn met de regels van het publiek recht. De intercommunale blijft een bestuur en blijft onderworpen aan de principes van het publiek recht. De voorbereidende werken stellen expliciet dat de uitbating van spoorwegen een gemeentelijk belang uitmaakt. *Ten vierde* kan de regering controle uitoefenen op alle verrichtingen van de intercommunale en is de oprichting onderworpen aan goedkeuringstoezicht door de Koning.

- De wet van 18 augustus 1907 betreffende de vereenigingen van gemeenten en particulieren tot het inrichten van waterleidingen verplicht de intercommunales *ten eerste* om de vorm aan te nemen van een naamloze of coöperatieve vennootschap. Hoewel het samenwerkingsverband de vorm aanneemt van een naamloze of een coöperatieve vennootschap en kan genieten van de voordelen van de wetten op de handelsvennootschappen, heeft het geen commercieel karakter en is het geen industriële onderneming. *Ten tweede* zijn provincies en particulieren mogelijke deelnemers. *Ten derde*, wat de aard van de intercommunale betreft, stelt de wet ook hier dat de intercommunale kan genieten van de voordelen verleend door de wetten op de handelsvennootschappen, zonder evenwel zijn burgerlijk karakter te verliezen. De intercommunale inzake waterbedeling streeft een gemeentelijk belang na en wordt als openbare dienst gekwalificeerd. *Ten vierde*, wat het toezicht betreft, kan de regering controle uitoefenen op alle verrichtingen van de intercommunale en is de oprichting onderworpen aan goedkeuringstoezicht door de Koning.

Het is duidelijk dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in de beginjaren verschillende vormen aannamen en de juridische benadering van hun organisatie, deelnemers, doelstellingen, en aard en karakter nog sterk verschilde. Dit is ongetwijfeld te wijten aan het feit dat intergemeentelijke

DEEL I – De geschiedenis van intergemeentelijke samenwerking: rechtshistorische analyse

samenwerking niet op een eenvormige manier was geregeld. De wet van 1 maart 1922 zou hier verandering in brengen.

2. De wet van 1 maart 1922 omtrent de vereniging van gemeenten tot nut van 't algemeen

49. Opbouw – Het tweede hoofdstuk van het rechtshistorisch onderzoek onderzoekt de kaderwet van 1 maart 1922 omtrent de vereniging van gemeenten tot nut van 't algemeen. Na een korte inleiding komen achtereenvolgens de wetsartikelen omtrent de rechtsvorm en de organisatie (2.1.), de deelnemers (2.2.), het doel, de aard en het karakter (2.3.) en het toezicht (2.4.) op de intercommunales die worden opgericht op grond van de kaderwet, aan bod. Een vijfde hoofdstuk gaat in op de intergemeentelijke overeenkomsten (2.5.) waarna dit onderdeel wordt afgesloten met een tussentijdse conclusie (2.6.).

50. Kaderwet als algemene, declaratieve en dwingende wet – Voortbouwend op de grondwetsherziening van 24 augustus 1921, waardoor het toenmalig artikel 108 van de Grondwet voortaan een grondwettelijke basis bevat voor gemeenten om zich te verstaan of zich te verenigen voor zaken van een welbepaald gemeentelijk belang op de wijze zoals bepaald door de wet, nam de wetgever de wet van 1 maart 1922 omtrent de vereniging van gemeenten tot nut van 't algemeen aan.²³⁴

Dat intergemeentelijke samenwerking zijn nut heeft bewezen, wordt nog maar eens aangegeven in het verslag van de middenafdeling²³⁵ bij de wet van 1 maart 1922: "(...) *les auteurs de cette proposition de loi ont clairement montré l'opportunité et la nécessité même, à l'époque actuelle, des conventions et des associations intercommunales pour certains objets d'utilité publique et les*

²³⁴ Wet van 1 maart 1922 omtrent de vereniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, BS 16 maart 1922.

²³⁵ De middenafdeling was de centrale afdeling van de Kamer van Volksvertegenwoordigers en bestond uit de verslaggevers van de afzonderlijke afdelingen van de Kamer van Volksvertegenwoordigers. Die verslaggevers vertegenwoordigden de standpunten van de zes afdelingen t.a.v. ingediende wetteksten. De bespreking die in de middenafdeling plaatsvond, werd vervolgens samengevat in een rapport voor de plenaire vergadering, zie F. VERLEDEN, "De erkenning van de fracties in het kamerreglement (1962)" in D. HEIRBAUT, X. ROUSSEAU en A. WIJFFELS (eds.), *Justitie- en rechtsgeschiedenis. Een nieuwe onderzoeksgeneratie*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2010, 581 ev.

obstacles que leur opposent la législation et la jurisprudence administrative.".²³⁶ Met de wet van 1 maart 1922 wordt de wil veruitwendigd om gemeenten op een algemene manier aan te zetten tot intergemeentelijk samenwerken: "Ce ne sont plus des dérogations exceptionnelles au régime commun qui sont nécessaires, c'est un régime légal et normal qui doit être appliqué à tous les cas semblables qui seront de plus en plus fréquents".²³⁷ De kaderwet voorziet in een organiek raamwerk voor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in het algemeen en zijn toepassingsgebied beperkt zich dus niet tot welbepaalde sectoren, in tegenstelling tot de reeds bestaande specifieke wetten – die overigens hun gelding blijven behouden.²³⁸ De wetgever regelde de materie van de intergemeentelijke samenwerking zo voor het eerst op een *algemene* manier in België.

Met de eindeloze discussie omtrent het verenigingsrecht van gemeenten in het achterhoofd, valt het te benadrukken dat de kaderwet louter de organisatie van het verenigingsrecht beoogt en niet aan de basis ligt van de creatie van dit recht. De wet is dus een *declaratieve* en geen *constitutieve* wet.²³⁹ De wet heeft bovendien een *dwingend* karakter: indien er wordt afgeweken van de imperatieve bepalingen, is die bepaling nietig en wordt die afwijking als onbestaande beschouwd. In dat geval kan er niet meer worden gesproken van een intercommunale, maar van een feitelijke vereniging.²⁴⁰

51. Verhouding tussen kaderwet en specifieke wetten – De wet van 1 maart 1922 bevat geen voorschriften die de verhouding regelen tussen, enerzijds, de algemene wet en, anderzijds, de reeds bestaande specifieke wetten. Aangezien

²³⁶ Verslag van de Middenafdeling bij het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin.* 1922, 28.

²³⁷ Verslag van de Middenafdeling bij het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin.* 1922, 28.

²³⁸ C. GOETHALS, "La physionomie des intercommunales en Belgique", *Les @nalyses du CRISP en ligne*, 14 mars 2017, www.crisp.be, 2; A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, E. Story-Scientia, Gent, 1962, 235; M. CORTENBOSCH, "De intercommunales voor waterbedeling in België", *Gemeentekrediet van België* 1951, afl. 17, (7) 9.

²³⁹ Dit wordt benadrukt in het Verslag van de commissie voor binnenlandse zaken en hygiëne, *Pasin.* 1922, 34.

²⁴⁰ B. BEELEN, G. DE CUYPER en H. DRIESSEN, "De intercommunale vandaag en morgen", *Jura Falc.* 1977-1978, (187) 188; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 64 en 68-69.

de wet van 1 maart 1922 de specifieke wetten niet heeft opgeheven – noch uitdrukkelijk, noch stilzwijgend – blijven ze van kracht. De oprichting van intercommunales op grond van die specifieke wetten blijft bijgevolg ook mogelijk na de inwerkingtreding van de algemene wet. De reeds bestaande ‘specifieke’ intercommunales blijven eveneens beheerst door hun specifieke wet en niet door de kaderwet.²⁴¹

Hierbij kan de vraag worden gesteld wat er dient te gebeuren met bepalingen die niet zijn voorzien in de specifieke wetten, maar wel in de algemene wet van 1 maart 1922. Volgens BUTTGENBACH wordt hetgeen niet is geregeld in de specifieke wet beheerst door de kaderwet voor zover dit niet onverenigbaar is met de algemene geest van de specifieke wet.²⁴² Volgens HAUTPENNE en DE CLERCK deelt de regering deze mening echter niet. Volgens hen blijkt dit uit het feit dat er een koninklijk besluit werd aangenomen in 1933 dat artikel 3 van de kaderwet van toepassing verklaarde op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die zijn opgericht op grond van de specifieke wetten van 1897 en 1907 (voor toelichting bij dit koninklijk besluit, zie *infra* nr. 93).²⁴³ HAUTPENNE is van mening dat de kaderwet de specifieke wetten beter had opgeheven en dat de wetgever de bestaande intercommunales had moeten verplichten om hun statuten in overeenstemming te brengen met de wet van 1 maart 1922.²⁴⁴ De intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die vóór de aanneming van de wet

²⁴¹ R. MAES, “Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet” in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 199; G. VAN DAELE, “De intercommunales in België”, *Gemeentekrediet van België* 1984, bijvoegsel bij afl. 147, (1) 2; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 52; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 41, 50 en 234; A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d’action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 162.

²⁴² A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d’action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 162-163; zie ook E. BOON, “Status en rechtsvorm van de intercommunale en super-communale nutsbedrijven, met inbegrip van de status van het personeel”, *TBP* 1961, afl. 3-4, (197) 206.

²⁴³ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 52; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 234.

²⁴⁴ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 52-53.

van 1 maart 1922 waren opgericht met een doel van gemeentelijk belang dat niet terug te brengen is tot één van de specifieke wetten, kunnen "*slechts een wettelijk bestaan verwerven voor de toekomst, na vervulling van de door de wet van 1 maart 1922 voorgeschreven procedure.*"²⁴⁵

Ook over de creatie van nieuwe specifieke wetten na de totstandkoming van de kaderwet en de intercommunales die op die nieuwe gronden kunnen worden opgericht, bevat de wet van 1 maart 1922 geen aanwijzingen. De creatie van dergelijke nieuwe specifieke wetten tot oprichting van intercommunales met welomschreven doelstellingen blijft bijgevolg mogelijk.²⁴⁶ Die nieuwe 'specifieke' intercommunales worden volgens DE CLERCK volledig beheerst door de kaderwet voor alles wat niet geregeld is in de specifieke wet en voor zover dit overeenstemt met de algemene geest van de specifieke wet. Indien de specifieke wetten afwijkingen op de kaderwet vooropstellen die zijn "*ingegeven door de eigen aard van het konkrete doel*", kunnen de gemeenten niet kiezen om er van af te wijken en de bepalingen van de kaderwet toe te passen, aldus DE CLERCK. Ten aanzien van bepalingen die louter de organisatie raken, hebben de gemeenten volgens hem dan weer wel de principiële vrijheid om afwijkingen te voorzien.²⁴⁷ De vraag of intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die door de wetgever een specifiek statuut krijgen hun specifieke vorm kunnen afzweren en kunnen worden ontplooid op basis van het regime van de wet van 1 maart 1922, dient volgens BUTTGENBACH daarentegen negatief te worden beantwoordt: "*Il nous paraît donc que la loi de 1922 ne s'applique que dans la mesure où une loi particulière n'a pas prévu, pour certaines intercommunales, un statut spécial.*"²⁴⁸ Ook HAUTPENNE deelt de mening dat intercommunales die worden opgericht op grond van specifieke wetten aangenomen na de totstandkoming van de algemene wet, niet kunnen afwijken van hun specifiek regime. De wetgever heeft de afwijkingen namelijk bewust gewild.²⁴⁹

²⁴⁵ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 52.

²⁴⁶ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 41.

²⁴⁷ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 54 en 234-235.

²⁴⁸ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 163, vn. 1.

²⁴⁹ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 53-54.

2.1. Rechtsvorm

52. Rechtsvorm niet wettelijk voorzien – De wetgever greep bij de invulling van de rechtsvorm bij twee van de drie specifieke wetten terug naar welomschreven bestaande private rechtsvormen. Zowel de wet van 18 augustus 1907 betreffende de verenigingen van gemeenten en particulieren tot het inrichten van waterleidingen als de wet van 1 juli 1899 betreffende de verenigingen van gemeenten en van provinciën tot het beheer van buurtspoorwegen schreven voor dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in die sectoren de vorm van een naamloze of een coöperatieve vennootschap dienden aan te nemen.

De wet van 1 maart 1922 kiest echter voor een ander uitgangspunt door niet terug te grijpen naar een private rechtsvorm. Artikel 5 vereist dat de rechtsvorm van de intercommunale in de statuten moet worden opgenomen – wat mijns inziens de keuzevrijheid van de oprichtende deelnemers bevestigt – en dat de statuten moeten overeenstemmen met de handelswetten zolang het niet noodzakelijk is om ervan af te wijken omwille van de bijzondere aard van de verenigingen en zonder dat de vereniging haar burgerlijk karakter verliest.²⁵⁰

53. Beschouwingen in de rechtsleer – Gelet op die relatief vage bepaling in de wet en het gebrek aan verduidelijking in de kamerdocumenten is het aangewezen om wat duiding omtrent de rechtsvorm te zoeken in de rechtsleer.

Een *eerste* vaststelling is dat de eensgezindheid over de potentieel aan te nemen rechtsvormen in de rechtsleer ontbreekt. Zo is er *vooreerst* het tijdschrift *Revue de l'administration* dat stelt dat het zich – behoudens de bestaande wettelijk voorziene rechtsvormen – niet kan voorstellen welke volkomen nieuwe rechtsvormen die zijn aangepast aan de nieuwe situaties die sinds de grondwettelijke verankering van het verenigingsrecht van gemeenten kunnen ontstaan, zouden kunnen worden ontworpen om een intergemeentelijk

²⁵⁰ Art. 5, 1^o: "*Les statuts doivent mentionner (...) la forme juridique (...) de l'association (...). Les statuts sont conformes aux prescriptions des lois commerciales pour autant qu'il ne soit pas nécessaire d'y déroger en raison de la nature spéciale des associations et sans que l'association perde son caractère civil.*"

samenwerkingsverband vorm te geven. DE CLERCK is daarentegen wel een voorstander van dergelijke nieuwe *sui generis*-verenigingsvormen: hij oppert de creatie van een eigen intercommunale verenigingsvorm en benadrukt dat dit “*ten zeerste wenselijk [zou] zijn*”.²⁵¹ Onder meer VAUTHIER en CORTENBOSCH leiden dan weer een ‘*default*-rechtsvorm’ af uit de wet: volgens hen is het de bedoeling van de wetgever dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband in eerste instantie de vorm aanneemt van een naamloze of een coöperatieve vennootschap. De oprichtende deelnemers kunnen volgens hen wel evengoed een machtiging bekomen om de intercommunale een andere rechtsvorm toe te kennen.²⁵² Ook BOON gaat uit van een voorkeur voor de handelsvennootschapsvorm die zou blijken uit artikel 5 van de wet.²⁵³ Voorts wordt er gewezen op de onduidelijkheid van de wet: volgens DE CLERCK kan het tweede lid van artikel 5 de indruk wekken dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband de vorm van een handelsvennootschap moet aannemen, waarop dan afwijkingen kunnen worden voorzien. Toch neemt de rechtsleer volgens hem over het algemeen aan dat de intercommunale kan worden opgericht overeenkomstig eender welke rechtsvorm.²⁵⁴ Ten slotte bevestigt BUTTGENBACH dat de wet van 1 maart 1922 erg ‘soepel’ is wat de rechtsvorm van de intercommunale betreft en dat de wet de gemeenten de keuzevrijheid geeft om de intercommunale die rechtsvorm te geven die het best aansluit bij haar doel.²⁵⁵

Niet iedereen schaart zich echter achter die zienswijze. Een volkomen ander standpunt wordt ingenomen door onder meer VAN RYN en HAUTPENNE. Zij beweren dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband enkel een rechtsvorm kan aannemen die in de handelswetten is vermeld. “*Nous ne croyons pas que les*

²⁵¹ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 66.

²⁵² M. VAUTHIER, *Précis du droit administratif de la Belgique*, Brussel, Larcier, 1937, 91; M. CORTENBOSCH, “De intercommunales tot 1940” in X., *Het openbaar initiatief van de gemeenten in België 1785-1940. Handelingen*, Brussel, Gemeentekrediet, 1986, (107) 125; M. CORTENBOSCH, “Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België”, *Gemeentekrediet van België* 1955, afl. 31, (20) 20.

²⁵³ E. BOON, “Status en rechtsvorm van de intercommunale en super-communale nutsbedrijven, met inbegrip van de status van het personeel”, *TBP* 1961, afl. 3-4, (197) 209.

²⁵⁴ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 66-67 en 205.

²⁵⁵ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d’action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 165.

dérogations puissent aller jusqu'à adopter une forme autre que celles organisées par les lois commerciales, car cette interprétation ne se concilie guère avec la règle énoncée par l'article 5", aldus VAN RYN.²⁵⁶ Ook volgens bepaalde andere auteurs wordt er met 'de handelswetten' in artikel 5 de bepalingen bedoeld die betrekking hebben op de naamloze en coöperatieve vennootschap.²⁵⁷

Een tweede bemerking is dat verschillende rechtsgeleerden de rechtsvorm van het intergemeentelijk samenwerkingsverband dat wordt opgericht op grond van de wet van 1 maart 1922 afhankelijk stelt van het doel dat zij beoogt. Wat dit doel van de intercommunale betreft, maakt de rechtsleer immers dikwijls het onderscheid tussen, enerzijds, het nastreven van een 'economisch' gemeentelijk belang en, anderzijds, het nastreven van een 'politiek' en 'administratief' gemeentelijk belang.²⁵⁸ Onder meer VAUTHIER, maar evengoed DE CLERCK²⁵⁹, CORTENBOSCH²⁶⁰ en andere auteurs²⁶¹, stellen dat als gemeenten zich verenigen in 'bedrijven' met een commercieel of industrieel karakter en als het doel van de intercommunale 'zuiver economisch'²⁶² is, zij zich aan de types zullen houden die de handelswetgeving voorziet en dat er weinig zal worden afgeweken van de reeds lange tijd gebruikte private rechtsvormen. De naamloze en de coöperatieve vennootschap zijn volgens *Revue de l'administration* immers een solide basis om de intercommunale vorm te geven. Indien er daarentegen een intercommunale met het oog op het vervullen van taken met een eerder politiek of administratief

²⁵⁶ J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, II, Brussel, Bruylant, 1957, 184.

²⁵⁷ J. DE BECKER en A. DE BECKER, *Les Communes belges devant le problème économique*, Brussel, Comité Central Industriel de Belgique, 1936, 79; X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 201-203.

²⁵⁸ Zie onder meer X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 200-202 en M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1955, afl. 31, (20) 20; dit onderscheid, en ruimer gesteld het doel van de intercommunale die is opgericht op grond van de wet van 1 maart 1922, wordt *infra* 2.1.3. verder uitgewerkt.

²⁵⁹ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 66-67 en 205.

²⁶⁰ M. CORTENBOSCH, "De intercommunales tot 1940" in X., *Het openbaar initiatief van de gemeenten in België 1785-1940. Handelingen*, Brussel, Gemeentekrediet, 1986, (107) 125; M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1955, afl. 31, (20) 20.

²⁶¹ X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 201-203.

²⁶² *Revue de l'administration* hanteert de begrippen 'zuiver economisch'. Hier dient te worden genuanceerd dat een intercommunale geen zuiver economisch doel kan nastreven, maar altijd het gemeentelijk belang moet vooropstellen. De formulering in het tijdschrift is dus ietwat ongelukkig.

karakter – zoals bijvoorbeeld brandpreventie en -bestrijding, hygiëne, zedenpolitie en het bewaken van de goede orde op de openbare weg – wordt opgericht, zijn de gemeenten vrij om haar vorm en de modaliteiten van hun samenwerken te bepalen. De regering moet er 'met zijn voorzichtigheid en wijsheid' op toezien dat hij die combinaties toelaat die het meest kans hebben op succes en het minst aanleiding kunnen geven tot conflicten.²⁶³ Noch de wet van 1 maart 1922 noch de kamerdocumenten maken echter een onderscheid tussen verschillende 'categorieën van gemeentelijk belang' en weiden niet uit over de rechtsvorm en over de impact van het doel van de intercommunale op haar rechtsvorm.

De rechtsleer lijkt overwegend aan te nemen dat gemeenten de intercommunale eender welke rechtsvorm kunnen toekennen, uiteraard mits koninklijke machtiging. Gelet op de bewoording van onder meer artikel 5 van de wet van 1 maart 1922 lijkt mij dit een valide benadering te zijn.

2.2. Deelnemers

54. Twee of meer gemeenten – In het wetsvoorstel Melckmans werd oorspronkelijk enkel de gemeente als mogelijke deelnemer van het intergemeentelijk samenwerkingsverband vooropgesteld. Op grond van artikel 1, eerste lid van de wet van 1 maart 1922 kunnen twee of meer gemeenten zich verenigen voor welbepaalde zaken van gemeentelijk belang.²⁶⁴ Twee gemeenten is het minimumaantal, maar tegelijkertijd het voldoende aantal leden om van een intergemeentelijk samenwerkingsverband te kunnen spreken.²⁶⁵ De gemeenten die samen een intercommunale willen oprichten, moeten niet aan elkaar grenzen noch in eenzelfde provincie gelegen zijn.²⁶⁶

²⁶³ M. VAUTHIER, *Précis du droit administratif de la Belgique*, Brussel, Larcier, 1937, 91; X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 201-203.

²⁶⁴ Art. 1, eerste lid: "Deux ou plusieurs communes peuvent former des associations pour des objets d'un intérêt communal bien déterminé."

²⁶⁵ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 82; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 70.

²⁶⁶ B. BEELEN, G. DE CUYPER en H. DRIESSEN, "De intercommunale vandaag en morgen", *Jura Falc.* 1977-1978, (187) 189; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*,

55. De Staat en provincies – Het tweede lid van artikel 1 laat echter toe dat naast de gemeenten ook de Staat en de provincies waarin de deelnemende gemeenten gelegen zijn, aan de vereniging kunnen deelnemen.²⁶⁷ De deelnamemogelijkheid van de Staat vloeit voort uit een amendement dat de regering aanbracht.²⁶⁸ Volgens toenmalig minister van Binnenlandse Zaken CARTON DE WIART heeft dit amendement als doel om de wet van toepassing te maken op alle mogelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, waaronder de intercommunales in de sector van de tramwegen. Ten aanzien van die intercommunales kan de Staat er immers belang bij hebben om er lid van te worden om het kapitaal dat wordt geïnvesteerd in ondernemingen – die aan het einde van de concessieovereenkomst eigendom worden van de Staat – te onderhouden en te laten renderen.²⁶⁹ HAUTPENNE merkt ten aanzien van die motivering van het amendement op dat de intercommunale betreffende de tramwegen net een materie betreft die niet onder de toepassing van de wet van 1 maart 1922 valt, maar door bijzondere wetgeving wordt geregeld.²⁷⁰ Gelet op artikel 16 van de wet van 1 maart 1922 lijkt dit echter niet te kloppen aangezien dit artikel een bepaling bevat die uitdrukkelijk betrekking heeft op de intercommunales in de sector van de tramwegen.²⁷¹

De mogelijke deelname van provincies werd voor een eerste keer vooropgesteld in het tweede tekstvoorstel van de middenafdeling.²⁷² Die deelname is beperkt tot de provincies waarin de gemeenten-deelgenoten zijn gelegen, dit na enige

Brussel, Larcier, 1968, 71; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 83.

²⁶⁷ Art. 1, tweede lid: "L'Etat et les provinces dans lesquelles les communes sont situées peuvent faire partie de l'association."

²⁶⁸ Amendementen voorgesteld door de Regeering bij het wetsvoorstel betreffende de vereniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Parl.St. Kamer* 1920-21, nr. 204, 1.

²⁶⁹ Discussie in de Kamer van volksvertegenwoordigers over het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin.* 1922, 31.

²⁷⁰ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 83.

²⁷¹ Art. 16, eerste lid: "Par dérogation aux articles 13, 14 et 15, l'Etat peut, pendant la durée d'une société de tramways ou de distribution d'eau, reprendre (...) tout ou partie des installations (...)." (eigen onderlijning).

²⁷² Tekst door de Middenafdeling voorgesteld bij het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Parl.St. Kamer* 1920-21, nr. 148, 1.

discussie.²⁷³ De vrees bestond immers dat de deelname door gelijk welke provincie, zonder de vereiste dat één van hun gemeenten aan de intercommunale moet deelnemen, ertoe zou leiden dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband een nationaal karakter zou krijgen.²⁷⁴ Dit heeft tot gevolg dat de provincie het intergemeentelijk samenwerkingsverband dient te verlaten als een gemeente uittreedt en dit de enige gemeente is in het samenwerkingsverband die tot de deelnemende provincie behoort.²⁷⁵

56. Private personen en maatschappijen – Tot slot schrijft het derde en tegelijkertijd laatste lid van artikel 1 van de kaderwet voor dat deelname van private personen en maatschappijen aan de intercommunale mogelijk is, mits de Koning machtiging verleent.²⁷⁶ Deze mogelijkheid werd pas geïntroduceerd naar het einde van de parlementaire werkzaamheden toe.

Het amendement dat private deelname uiteindelijk mogelijk zou maken, werd ingediend door VISART DE BOCARMÉ.²⁷⁷ In de motivering van zijn amendement haalt hij verschillende argumenten aan ter ondersteuning van zijn voorstel, waarvan de belangrijkste hier worden weergegeven. *Vooreerst* is de deelname van private personen en maatschappijen aan intercommunales volgens hem in bepaalde gevallen erg nuttig en soms zelfs noodzakelijk. Dit aangezien er nu en dan intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zijn met doelstellingen van dien aard dat de deelname van private maatschappijen essentieel is. Hij voegt hier

²⁷³ MELCKMANS en HALLET dienden een amendement in dat uiteindelijk niet werd aangenomen en dat ertoe strekte om het even welke provincie toe te laten tot de intercommunale. Zij stelden voor om het tweede lid als volgt in te vullen: "*De provinciën kunnen ook van die vereenigingen deel uitmaken.*", zie Amendementen door de heeren Melckmans en Hallet voorgesteld op den tekst der Middenafdeeling bij het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Parl.St.* Kamer 1920-21, nr. 170, 1.

²⁷⁴ *Ann.parl.* Kamer 1920-21, 2434; zie ook P. HAUTPENNE, *De vereenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 83-84.

²⁷⁵ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 73.

²⁷⁶ Art. 1, derde lid: "*La participation de particuliers et de sociétés dans des associations déterminées peut également être autorisée par le Roi.*"

²⁷⁷ *Ann.parl.* Kamer 1920-21, 2434; zie ook F. DEHOUSSE, "Un nœud de vipères constitutionnel: le statut des intercommunales et la Cour d'arbitrage", *JT* 1985, afl. 5354, (617) 681; P. HAUTPENNE, *De vereenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 48.

onmiddellijk aan toe dat de statuten van de intercommunale uiteraard in die zin moeten worden opgesteld dat de rechten en de belangen van de gemeenten te allen tijde worden gerespecteerd. Hij ziet dan ook geen enkele noodzaak om de deelname van maatschappijen en private personen op een absolute manier uit te sluiten. Dergelijke deelnemende maatschappijen kunnen bovendien evengoed zijn opgericht met het oog op de behartiging van een openbaar belang, net zoals de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zelf. Als voorbeeld haalt hij de spoorwegmaatschappijen en de goedkope woningmaatschappijen aan. Voor intercommunales in de branches van liefdadigheid en onderwijs en in de sectoren van de waterbedeling en de openbare verlichting kan het volgens hem nuttig zijn om beroep te doen op particuliere initiatieven die eveneens het openbaar nut nastreven. In de motivering van zijn amendement stelt VISART DE BOCARMÉ *voorts* dat gemeenten vaak 'verplicht' zijn om deel te nemen aan ondernemingen die in een behoefte voorzien vanuit het oogpunt van het algemeen belang, maar die tegelijkertijd een zeer karakteristiek commercieel karakter hebben, zoals de bedrijven voor waterbedeling, de bedrijven die in de openbare verlichting voorzien en de ondernemingen voor stroomdistributie. Bepaalde diensten die absoluut noodzakelijk zijn voor het welzijn van de inwoners kunnen anders eenvoudigweg niet kunnen worden georganiseerd. Zij vereisen namelijk het monopolie en het exclusief gebruik van de openbare weg, waardoor ze niet kunnen worden aangeboden zonder de hulp van de gemeenten. Ter staving van zijn amendement dat de deelname van private personen en maatschappijen aan intergemeentelijke samenwerkingsverbanden wettelijk wil toelaten, haalt hij *ten slotte* aan dat private deelname in Duitsland en Groot-Brittannië niet is uitgesloten en dat dit daar tot uitstekende resultaten heeft geleid. In ieder geval moet het karakter van openbaar belang steeds de overhand krijgen in de intercommunale en mogen de intercommunales nooit een doel nastreven dat essentieel, hoofdzakelijk of uitsluitend commercieel of industrieel is: "(...) *le caractère d'intérêt public doit dominer et les associations ne peuvent jamais avoir un but essentiellement, principalement ou exclusivement commercial ou industriel.*"²⁷⁸

²⁷⁸ Discussie in de Kamer van volksvertegenwoordigers over het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin.* 1922, 31-32.

De middenafdeling sprak zich slechts in beperkte mate uit over de private deelname. De middenafdeling stelt dat de deelname van bedrijven met een overwegend industrieel of commercieel karakter aan intergemeentelijke samenwerkingsverbanden niet mag worden toegestaan: "*Les entreprises dont le caractère industriel ou commercial est prépondérant ne voient pas être permises à des associations de communes, pas plus qu'aux communes elles-mêmes.*".²⁷⁹ De middenafdeling motiveert dit door te stellen dat de gemeentelijke financiën immers niet mogen worden blootgesteld aan al te grote risico's en er al zeker geen weg mag worden ingeslagen die het gemeentelijk belang op de helling zou kunnen zetten.²⁸⁰ De middenafdeling lijkt hierdoor in een extra voorwaarde te voorzien die de mogelijke private deelnemers inperkt. Er kan eventueel ook een andere interpretatie worden gegeven aan deze overweging van de middenafdeling, met name door te stellen dat dit er op wijst dat de gemeenten steeds een meerderheid van stemmen moeten aanhouden in het intergemeentelijk samenwerkingsverband.

Na weerstand uit socialistische hoek waarbij MELCKMANS en HALLET hun bezorgdheid uitten over het feit dat het winstbejag dat inherent is aan private maatschappijen onverenigbaar is met het doel van openbaar nut dat de intercommunales beogen²⁸¹, werd het amendement aangenomen. Wel pas nadat verschillende keren werd verzekerd dat de deelneming van private personen en maatschappijen enkel mag worden toegelaten met het oog op het algemeen belang.²⁸²

57. Geen nieuwigheid – De deelnamemogelijkheid van provincies en private ondernemingen aan intercommunales is niet nieuw. Zowel de wet van 18 augustus 1907 betreffende de verenigingen van gemeenten en particulieren tot het

²⁷⁹ Verslag van de Middenafdeling bij het wetsvoorstel betreffende de vereniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin.* 1922, 28.

²⁸⁰ "*On ne doit pas exposer les finances communales à des risques trop grands ni entrer dans une voie où la notion de l'intérêt communal serait effacée.*" in Verslag van de Middenafdeling bij het wetsvoorstel betreffende de vereniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin.* 1922, 28.

²⁸¹ *Ann.parl.* Kamer 1920-21, 2434-2436 en 2464-2466.

²⁸² P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 85.

inrichten van waterleidingen²⁸³ als de wet van 1 juli 1899 betreffende de vereenigingen van gemeenten en van provinciën tot het beheer van buurtspoorwegen²⁸⁴ lieten de deelneming van provincies en particulieren uitdrukkelijk toe. Deelname door de Staat was in geen van de drie specifieke wetten voorzien en werd in de voorbereidende werken van de wet omtrent de buurtspoorwegen zelfs uitdrukkelijk onmogelijk geacht. Het valt op te merken dat de deelname van provincies aan intercommunales inzake waterbedeling aan geen enkele beperking was onderworpen, dit in tegenstelling tot de kaderwet die in dit verband wel in een restrictie voorziet.

Wat wel nog uit de uitdrukkelijke vermelding van de mogelijke deelnemers lijkt voort te vloeien, is dat er geen andere (rechts)personen dan diegene die zijn vermeld in de wet kunnen deelnemen aan het intergemeentelijk samenwerkingsverband – tenzij een bijzondere wetsbepaling dit zou voorzien. Er lijkt hier echter los mee te worden omgesprongen. Ondanks deze bepaling liet de toezichthoudende overheid de deelname van andere (rechts)personen immers toe.²⁸⁵

58. Beschouwingen in de rechtsleer – Naast de wet en de voorbereidende werken wijdt ook de rechtsleer uit over de deelnamemogelijkheden. Een *eerste* bemerking die de rechtsleer maakt, betreft de beperking die bepaalde rechtsgeleerden stellen aan de deelneming. In een bijdrage wordt onomwonden gesteld dat de deelname van de Staat, provincies en private personen en maatschappijen enkel denkbaar is voor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden met een 'zuiver economisch'²⁸⁶ doel. Volgens het tijdschrift zou het immers onbegrijpelijk zijn dat er niet-gemeenten zouden kunnen deelnemen aan intercommunales die zijn opgericht met een politiek of administratief oogmerk. Indien dit wel het geval zou zijn, zouden de fundamentele van het administratief

²⁸³ Art. 1: "(...) *de s'associer avec une ou plusieurs communes ou provinces, ou avec des particuliers (...)*".

²⁸⁴ Art. 1, derde lid: "*Celle-ci pourra comprendre des particuliers.*".

²⁸⁵ Voor een aantal voorbeelden, zie D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 74.

²⁸⁶ Hier dient te worden genuanceerd dat een intercommunale geen zuiver economisch doel kan nastreven, maar altijd het gemeentelijk belang moet vooropstellen. De formulering in het tijdschrift is dus ietwat ongelukkig.

recht immers in vraag worden gesteld.²⁸⁷ Die beperking wordt eveneens vooropgesteld door DE CLERCK, maar noch door de wet, noch door de voorbereidende werken.²⁸⁸

Een *tweede* opmerking raakt de verhouding tussen de gemeenten en de overige deelnemers. De kaderwet laat na om voor te schrijven wat de verhouding is tussen het stemmenaandeel van de gemeenten en het aandeel dat er aan de andere deelgenoten dient toe te komen. De rechtsleer – waaronder BUTTGENBACH, MARIONÉ, DE CLERCK, HAUTPENNE, BELEEN, DE CUYPER en DRIESSEN – lijkt zich allen achter het idee te scharen dat de deelnemende gemeenten in elk geval het overwicht aan stemmen dienen te behouden en dat die zienswijze overeenstemt met de geest van de wet.²⁸⁹ Uit wat volgt zal blijken dat die lacune in de jaren na de totstandkoming van de wet van 1 maart 1922 geleidelijk aan werd weggewerkt.

Ten derde maakt de rechtsleer een onderscheid tussen 'gemengde' en 'zuivere' intercommunales al naargelang private (rechts)personen respectievelijk wel of

²⁸⁷ X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 204.

²⁸⁸ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 72.

²⁸⁹ Volgens DE CLERCK wil de wetgever dat gemeenten op ieder vlak het overwicht hebben in de intercommunale, in D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 71-72: "Ofschoon het niet met zoveel woorden in de kaderwet staat, is het onbetwistbaar de wil van de wetgever dat de gemeentelijke deelneming het absoluut overwicht in de vereniging moet hebben en steeds behouden, en dit op alle gebied, zowel op het stuk van de oprichtingsvereisten (kapitaal, aandelen, enz.) als van het beheer en de werking van de interkommunale (...); BUTTGENBACH gaat na wat er aanvaardbaar is binnen de geest van de wet: "(...) dans l'esprit de la loi, l'influence des communes doit y rester prépondérante. (...) Dans l'esprit et et après le vœu de la loi, l'influence des intérêts privés ne peut être prépondérante dans l'association." in A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 165; ook HAUTPENNE stelt: "Meer nog dan voor de zuivere intercommunales achten wij het wenselijk dat de gemeenten-leden de meerderheid zouden hebben in de beheersorganen van de gemengde intercommunales." in P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 91-92; BELEEN, DE CUYPER en DRIESSEN stellen dat "het (...) niet meer dan normaal [*is*] dat gemeenten de meerderheid der leden uitmaken" in B. BEELEN, G. DE CUYPER en H. DRIESSEN, "De intercommunale vandaag en morgen", *Jura Falc.* 1977-1978, (187) 189; MARIONÉ interpreteert het stilzwijgen van de wetgever als volgt: "A vrai dire, nous pensons simplement que le législateur n'a pas cru devoir consacrer explicitement ce qui est une évidence, à savoir que l'association de communes doit demeurer une entreprise publique", zoals aangehaald in P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 91-92.

niet deelnemen.²⁹⁰ De wet van 1 maart 1922 maakt dit onderscheid echter niet en voorziet één regelstelsel, ongeacht of er al dan niet sprake is van private deelname.²⁹¹ Volgens DE CLERCK dient dit onderscheid dan ook te worden verworpen. Volgens hem kan de private deelname immers geen gevolgen hebben voor de aard van de samenwerking, maar enkel "invloed hebben op de doelmatigheid van de streving".²⁹² HAUTPENNE daarentegen werpt de aannemelijke vraag op of de wetgever onderscheiden regels zou moeten voorschrijven ten aanzien van gemengde en zuivere intercommunales.²⁹³ BOON onderscheidt op zijn beurt de 'vereniging van gemengde economie' van 'de intercommunale', waarmee hij met de eerste doelt op de intercommunales waaraan particulieren deelnemen.²⁹⁴

2.3. Doel, aard en karakter

2.3.1. De wet van 1 maart 1922 en het doel, de aard en het karakter

59. "Zaken van een welbepaald gemeentelijk belang" – Wat het doel van de intercommunale betreft, is de wet van 1 maart 1922 duidelijk. Op grond van artikel 1 kunnen twee of meer gemeenten een vereniging vormen voor zaken van een welbepaald gemeentelijk belang.²⁹⁵ In eerste instantie stelde het wetsvoorstel Melckmans voorop dat intergemeentelijke verenigingen voor 'zaken tot nut van het algemeen' zouden kunnen worden opgericht.²⁹⁶ 'Zaken tot nut van het

²⁹⁰ Zie bijvoorbeeld A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, E. Story-Scientia, Gent, 1962, 235; B. BEELEN, G. DE CUYPER en H. DRIESSEN, "De intercommunale vandaag en morgen", *Jura Falc.* 1977-1978, (187) 189; A. BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 165; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 86-95.

²⁹¹ M. CORTENBOSCH, "De intercommunales tot 1940" in X., *Het openbaar initiatief van de gemeenten in België 1785-1940. Handelingen*, Brussel, Gemeentekrediet, 1986, (107) 128.

²⁹² D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 204-205.

²⁹³ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 86.

²⁹⁴ E. BOON, "Status en rechtsvorm van de intercommunale en super-communale nutsbedrijven, met inbegrip van de status van het personeel", *TBP* 1961, afl. 3-4, (197) 202 en 207.

²⁹⁵ Art. 1: "Deux ou plusieurs communes peuvent former des associations pour des objets d'un intérêt communal bien déterminé."

²⁹⁶ Art. 1 van het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen: "Twee of meer gemeenten kunnen door den Koning, nadat de Bestendige

algemeen' bleek te verregaand te zijn aangezien de vrees bestond dat deze algemene mogelijkheid de uitholling van de bevoegdheden van de gemeenten met zich zou meebrengen. Volgens de administratie zouden de beheersraden van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden de bevoegdheden van de gemeenteraden uitoefenen en zouden ze zo een nieuwe macht vormen. Na de opmerking van de administratie dat dergelijk 'onbeperkt doel' strijdig is met de Grondwet, diende de regering een amendement in. Dit amendement voorzag dat het na te streven belang beperkt zou blijven tot 'welbepaalde zaken van gemeentelijk belang'. Uiteindelijk werd er voor gekozen om de gemeenten toe te laten zich te verstaan en te verenigen om 'zaken van een welbepaald gemeentelijk belang' te vervullen. In tegenstelling tot de specifieke wetten worden de doelstellingen van de intercommunales bijgevolg niet *a priori* bepaald. Over wat precies onder 'een welbepaald gemeentelijk belang' moet worden begrepen, wijdt de wet niet verder uit. Dit gebrek aan begripsinvulling is overigens geen hiaat dat zich louter in de kaderwet manifesteert. Algemeen gesteld was er nergens wettelijk gedefinieerd wat onder het gemeentelijk belang diende te worden verstaan.

60. Geen kwalificatie van aard en karakter – Wat de aard en het karakter van het intergemeentelijk samenwerkingsverband betreft, is de wet van 1 maart 1922 minder duidelijk. De aard en het karakter van de intercommunales die op grond van de specifieke wetten worden gecreëerd, werd daarentegen telkens uitdrukkelijk bepaald, ofwel in de wet zelf²⁹⁷, ofwel in de memorie van toelichting en andere kamerdocumenten²⁹⁸. De intercommunales die krachtens die wetten

Deputatie is gehoord, gemachtigd worden zich te vereenigen tot het oprichten, uitbreiden en in bedrijf nemen van instellingen of diensten voor zaken tot nut van 't algemeen.", Parl.St. Kamer 1919-20, nr. 64; dit blijkt eveneens uit de titel van de wet van 1 maart 1922 die bij vergetelheid niet is gewijzigd ten opzichte van het wetsvoorstel.

²⁹⁷ Art. 2 van de wet van 6 augustus 1897 rakende de inrichting van verplegingsgestichten onder verschillende gemeenten: "*Ces établissements publics sont administrés par une commission intercommunale et sont soumis, sauf dérogation dans la présente loi, à toutes les dispositions légales qui régissent les hospices civils communaux.*" (eigen onderlijning).

²⁹⁸ Wat de intercommunales opgericht conform de wet van 1907 betreft, is dit uitdrukkelijk opgenomen in de memorie van toelichting: "*Par contre, à raison de leur caractère de service public*" (eigen onderlijning); "*Il importe que les associations, bien que jouissant des avantages accordés par la loi sur les sociétés commerciales, ne soient point tentés de transformer le service public pour lequel elles sont créées en une entreprise*

werden opgericht, zijn hierdoor uitdrukkelijk gekwalificeerd als openbare instellingen en openbare diensten die niet te kwalificeren zijn als commerciële ondernemingen. Helaas laat de wet van 1 maart 1922 na om de aard van de intercommunales uitdrukkelijk te omschrijven en blijft de wet vaag omtrent het karakter.

Zoals *supra* gesteld, snijdt enkel artikel 5 van de wet de aard van de intercommunale enigszins aan. Dit artikel vereist dat de statuten overeenstemmen met de handelswetten, zolang het niet noodzakelijk is om van de wetten af te wijken omwille van de bijzondere aard van de intercommunale. Het artikel stelt verder dat de intercommunale haar burgerlijk karakter niet verliest, ondanks de overeenstemming van haar statuten met de handelswetten.²⁹⁹ Aangezien de handelswetten in beginsel dienen te worden gerespecteerd in de statuten, zullen de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden logischerwijs kenmerken vertonen die afkomstig zijn uit het handelsrecht en ruimer gesteld het privaatrecht. Wat nu precies onder 'de bijzondere aard' van de intercommunale dient te worden begrepen, wordt niet in de wet verduidelijkt. Artikel 2 van het wetsvoorstel Melckmans gaf nochtans een duidelijke invulling aan de aard van de intercommunale door de intercommunale te kwalificeren als een openbare instelling of openbare dienst: "Ces

industrielle, exploitée dans un esprit de lucre et en vue d'assurer aux associés des bénéfices aussi élevés que possible." (eigen onderlijning); "Il y a toutes raisons, semble-t-il, de faire bénéficier des avantages accordés par le projet de loi l'association qui de créerait ainsi exceptionnellement entre la commune et certains particuliers, à la condition, expresse, toutefois, que l'entrée de ceux-ci dans la société ne puisse avoir pour effet de la détourner de son but d'utilité publique, ni de lui attribuer le caractère d'une entreprise purement industrielle." (eigen onderlijning); Ces mots signifient que les sociétés de distribution d'eau ne seront pas des sociétés commerciales. (...)." (eigen onderlijning); "Les sociétés de distribution d'eau sont assimilables à des administrations publiques (...)", in MvT bij le projet de loi relatif aux associations de communes et de particuliers pour l'établissement de services de distribution d'eau, Parl.St. Kamer 1906-17, nr. 124, respectievelijk 7, 9, 7, 8 en 10 en *Pasin.* 1907, respectievelijk 203, 204, 204, 204 en 205; voor de intercommunales opgericht op basis van de wet van 1899, zorgt het Verslag van de kamercommissie voor een uitdrukkelijk kwalificatie: "De même que les sociétés de mines, minières et carrières qui adoptent la forme commerciale, les sociétés intercommunales ne deviendront pas pour cela des sociétés de commerce." (eigen onderlijning) in Verslag van de Kamercommissie chemins de fer vicinaux, 17 en *Pasin.* 1899, 166.

²⁹⁹ Art. 5, 1^o, tweede lid: "Les statuts sont conformes aux prescriptions des lois commerciales pour autant qu'il ne soit pas nécessaire d'y déroger en raison de la nature spéciale des associations et sans que l'association perde son caractère civil."

établissements ou services publics sont administrés par une Commission intercommunale et sont soumis, sauf dérogations par la présente loi, à toutes les dispositions légales qui régissent les communes." (eigen onderlijning).³⁰⁰ Die uitdrukkelijke kwalificatie werd echter niet behouden in de uiteindelijke wet. HAUTPENNE stelt terecht dat, aangezien de aangenomen wettekst in grote mate afwijkt van het oorspronkelijk wetsvoorstel, er niet meer kan worden uitgegaan van hetgeen werd vooropgesteld in dat wetsvoorstel om het uiteindelijke voorschrift nader te verklaren.³⁰¹

In dit kader kan er wel worden gewezen op een aantal impliciete aanwijzingen die wijzen op de aard en het karakter van de intercommunale, waaronder artikel 5, 7° van de kaderwet. Dit artikel schrijft voor dat de statuten de verslagen moeten vermelden tussen het intergemeentelijk samenwerkingsverband en de gemeente over de goedkeuring of de communicatie van begrotingen, rekeningen en *administratieve handelingen*.³⁰² Dit is een belangrijke aanwijzing voor het 'publiek karakter' van de intercommunale. Ook artikel 8 van de kaderwet bevat aanwijzingen. Dit artikel kent de intercommunale het overheidsprerogatief van de onteigening toe.³⁰³ Artikel 9 laat toe dat de intercommunale op dezelfde wijze als de gemeente leningen kan afsluiten, mits machtiging door de Koning.³⁰⁴ Het feit dat leningen "*dans les mêmes conditions que les communes*" worden afgesloten, toont aan dat de intercommunales als verlengstuk van de gemeenten is te beschouwen. Op grond van artikel 10 kan de intercommunale subsidies van de overheid ontvangen en schenkingen.³⁰⁵ Voorts wijst het administratief toezicht eveneens op een sterk overheidsgehalte van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Ten slotte nam de wetgever de belastingvrijstelling

³⁰⁰ Art. 2 van het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Parl.St.* Kamer 1919-1920, nr. 64, 2.

³⁰¹ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 96.

³⁰² Art. 5, 7° : "*Les statuts doivent mentionner: 7° Les rapports de l'association avec les communes et les provinces intéressées au sujet de l'approbation ou de la communication des budgets, des comptes et des actes administratifs.*"

³⁰³ Art. 8: "*L'association pourra être autorisée à poursuivre en son nom des expropriations pour cause d'utilité publique. (...).*"

³⁰⁴ Art. 9: "*La société peut contracter des emprunts dans les mêmes conditions que les communes avec l'autorisation du Roi.*"

³⁰⁵ Art. 10: "*L'association peut recevoir des subsides des pouvoirs publics et des libéralités. Celles-ci sont soumises à l'approbation par arrêté royal.*"

van artikel 13 van de wet van 18 augustus 1907 *grosso modo* over in artikel 17.³⁰⁶ Voortaan zijn alle intergemeentelijke samenwerkingsverbanden vrijgesteld van alle belastingen ten behoeve van den Staat, evenals van alle provinciale of gemeentebelastingen.³⁰⁷ Ook BOON beschouwt die bepalingen als een impliciete aanwijzing voor het feit dat de intercommunale het karakter heeft van een openbare dienst: *“Dit karakter wordt niet alleen gestaafd door de voorbereidende werken, doch ook door de onderscheidene bepalingen der wet zelf, nopens de oprichting en de ontbinding, nopens de administratieve voorgedij, nopens de mogelijkheid tot onteigening ten openbaren nutte (artikel 8) en nopens de vrijstelling van belastingen (artikel 17).”*³⁰⁸ Ook BUTTGENBACH beschouwt sommige prerogatieven als aanwijzing voor het publiek karakter van de intercommunale: *“Le fait que l’intercommunale peut être autorisée à poursuivre en son nom des expropriations pour cause d’utilité publique (art. 8) est aussi un indice de son caractère public. Adde, le fait que les intercommunales sont assimilées aux communes pour l’application des lois fiscales (art. 17).”*³⁰⁹

2.3.2. De parlementaire voorbereidingen en het doel, de aard en het karakter

61. Duiding in de parlementaire voorbereidingen – Hoewel de wet van 1 maart 1922 het rechtsstatuut en de aard van de intercommunale niet uitdrukkelijk vermeldt, kan er toch enigszins duiding worden gevonden in de parlementaire voorbereidingen. Hieronder wordt er nagegaan wat er in de verschillende kamerdocumenten en in de handelingen werd overwogen omtrent het doel, de aard en het karakter van de intercommunale. Er wordt onderzocht of er in de

³⁰⁶ Het tweede lid werd lichtjes gewijzigd: de vrijstelling van het octrooirecht werd niet langer vermeld, maar de vrijstelling werd tegelijkertijd verruimd tot ‘iedere bijdrage die de Staat ten goede komt’.

³⁰⁷ Volgens SURDIACOURT zijn die voordelen oorspronkelijk gecreëerd om de techniek van intercommunalisatie te promoten aangezien er aanvankelijk terughoudend werd omgesprongen met hun creatie en was het *“naturel que celle-ci jouisse des mêmes privilèges que ses fondateurs”*, zie N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 146.

³⁰⁸ E. BOON, “Status en rechtsvorm van de intercommunale en super-communale nutsbedrijven, met inbegrip van de status van het personeel”, *TBP* 1961, afl. 3-4, (197) 207.

³⁰⁹ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d’action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 166, vn. 3.

voorbereiding van de wet aanwijzingen terug te vinden zijn die de aard en het karakter van de intercommunale kunnen verduidelijken en het stilzwijgen van de wet kunnen compenseren. Het doel, enerzijds, en de aard en het karakter van de intercommunale, anderzijds, worden samen behandeld. Dit aangezien er tijdens de parlementaire voorbereidingen ook geen onderscheiden discussie plaatsvond over deze indicatieve criteria afzonderlijk.

Ten eerste zijn er in de verslagen die de middenafdeling opstelde tal van overwegingen terug te vinden die in hoofdzaak het doel, maar tegelijkertijd de aard en het karakter van de intercommunale betreffen. Een belangrijk en essentieel beginsel dat volgens de middenafdeling niet uit het oog mag worden verloren, is dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband, zoals alles wat toegewezen is aan en wat tot de bevoegdheid van de gemeenteraad behoort, een karakter van openbaar nut moet hebben en van gemeentelijk belang.³¹⁰ Voorts stelt de middenafdeling dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die een commerciële of speculatieve hoofddoelstelling aanhouden, nooit kunnen worden goedgekeurd.³¹¹ Zoals *supra* nr. 56 reeds vermeld, mag de deelname van bedrijven met een overwegend industrieel of commercieel karakter volgens de middenafdeling niet worden toegestaan aangezien de gemeentelijke financiën niet mogen worden blootgesteld aan te grote risico's en aangezien er zeker geen weg mag worden ingeslagen die het gemeentelijk belang op de helling zou kunnen zetten.³¹² In zijn aanvullend verslag benadrukt de middenafdeling dat het aan de

³¹⁰ "Un principe important et essentiel, cependant, ne peut pas être perdu de vue. Les associations dont il s'agit, comme tout ce qui est dans les attributions et la compétence des conseils communaux, doivent avoir un caractère d'utilité publique et d'intérêt communal." (eigen onderlijning) in Verslag van de Middenafdeling bij het wetsvoorstel betreffende de vereniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin*. 1922, 28.

³¹¹ "Ce n'est jamais dans un but principal de commerce ou de spéculation qu'elles peuvent être autorisées (...). Il est vrai que certaines entreprises, par exemple les distributions d'eau et l'éclairage, peuvent procurer des bénéfices aux communes ou les exposer à des pertes, mais, comme elles sont une nécessité publique et comportent l'occupation exclusive de la voirie communale, on ne peut leur appliquer d'autre régime que celui de la régie ou de la concession avec le monopole." (eigen onderlijning) in Verslag van de Middenafdeling bij het wetsvoorstel betreffende de vereniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin*. 1922, 28.

³¹² "Dans des circonstances normales et quand une nécessité réelle n'impose pas les mesures exceptionnelles, les entreprises dont le caractère industriel ou commercial est prépondérant ne voient pas être permises a des associations de communes, pas plus qu'aux communes elles-mêmes. On ne doit pas exposer les finances communales à des risques trop grands ni entrer dans une voie où la notion de l'intérêt communal serait

overheid is om misbruiken te voorkomen en dat het haar taak is om te bewaken dat het openbaar belang wordt nagestreefd.³¹³ Ten slotte werd er volgens de middenafdeling gepoogd om een wet te creëren die geen inbreuk pleegt op de regels van het administratief recht aangezien die moeten geëerbiedigd blijven: "*La Section centrale s'est réunie plusieurs fois pour examiner ces amendements divers et s'est mise d'accord pour formuler la proposition de manière à rendre possible et efficace l'association des communes, devenue nécessaire aujourd'hui, sans porter atteinte à des règles administratives qui doivent être maintenues dans l'intérêt même des communes (...).*" (eigen onderlijning).³¹⁴ Dit toont aan dat het administratief recht door de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden dient te worden gerespecteerd.

Ten tweede, naast de middenafdeling, formuleerde ook VISART DE BOCARMÉ in de motivering van zijn amendement omtrent de deelname van private personen en maatschappijen overwegingen met betrekking tot de aard en het karakter van de intercommunale. Het valt te herhalen dat hij het doel van de intercommunale zelfs uitdrukkelijk koppelt aan haar karakter door te stellen dat de intercommunale altijd een doelstelling van openbaar nut moet nastreven en dat dit tot haar wezenlijke karakter behoort: "*Les associations de communes doivent toujours avoir un but d'utilité publique. C'est là leur caractère essentiel.*" (eigen onderlijning).³¹⁵ Het karakter van openbaar nut moet volgens hem steeds de overhand krijgen in het intergemeentelijk samenwerkingsverband en het mag nooit een doel nastreven dat essentieel, hoofdzakelijk of uitsluitend commercieel of industrieel is: "*(...) le caractère d'intérêt public doit dominer et les associations ne peuvent jamais avoir un but essentiellement, principalement ou exclusivement*

effacée." (eigen onderlijning) in Verslag van de Middenafdeling bij het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin.* 1922, 28.

³¹³ "*(...) en laissant au Gouvernement le droit de prévenir les abus et de sauvegarder l'intérêt général.*" (eigen onderlijning) in het Aanvullend verslag van de Middenafdeling bij het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin.* 1922, 30.

³¹⁴ Aanvullend verslag van de Middenafdeling bij het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin.* 1922, 30.

³¹⁵ Discussie in de Kamer van volksvertegenwoordigers over het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin.* 1922, 32.

commercial ou industriel." (eigen onderlijning).³¹⁶ In ieder geval wordt benadrukt dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband het gemeentelijk belang dient te behartigen, zoals artikel 1 van de wet vooropstelt, en dat die doelstelling steeds de overhand moet krijgen. Het essentieel, hoofdzakelijk of uitsluitend nastreven van een commerciële of industriële doelstelling is te allen tijde absoluut verboden. VISART DE BOCARMÉ stelt dat het doel van openbaar nut (*but d'utilité publique*) het essentieel karakter uitmaakt van de intercommunale en dat het karakter van openbaar nut (*le caractère d'intérêt public*) moet primeren. Op het einde van zijn motivering benadrukt VISART DE BOCARMÉ dat er vertrouwen moet zijn in de overheid, in de hoop dat hij geen intergemeentelijke samenwerkingsverbanden met een volledig commercieel karakter zal goedkeuren.³¹⁷

Ten derde benadrukt HALLET tijdens de artikelsgewijze bespreking nogmaals dat de intercommunale geen winstoogmerk mag hebben en dat ze een openbare dienst beoogt te realiseren.³¹⁸

Ten slotte brengt de Senaatscommissie voor binnenlandse zaken en hygiëne het intergemeentelijk samenwerkingsverband op dezelfde lijn met de overige publiekrechtelijke instellingen: "*Il n'est cependant pas sans intérêt de situer cette loi dans l'évolution de nos institutions de droit public.*"³¹⁹ Op het einde van zijn verslag stelt de Senaatscommissie nog dat de kaderwet de openbare machten in staat stelt om de economische en intellectuele instrumenten te perfectioneren.³²⁰ Hieruit blijkt dat economische optimalisatie, ondanks het nastreven van een doelstelling van gemeentelijk belang, in ieder geval inherent blijft aan intercommunalisatie.

³¹⁶ Discussie in de Kamer van volksvertegenwoordigers over het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin.* 1922, 32.

³¹⁷ "*Nous devons faire confiance au Gouvernement, en espérant qu'il n'approuvera pas des sociétés dont le caractère serait absolument commercial (...).*" (eigen onderlijning) in Discussie in de Kamer van volksvertegenwoordigers over het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin.* 1922, 32.

³¹⁸ Ann.parl. Kamer 1920-21, 2435: "*Les communes, en s'associant, ne visent pas un but lucratif; elles cherchent à réaliser un service public dans le seul intérêt de la population.*"

³¹⁹ Verslag van de commissie voor binnenlandse zaken en hygiëne, *Pasin.* 1922, 33.

³²⁰ Verslag van de commissie voor binnenlandse zaken en hygiëne, *Pasin.* 1922, 35.

62. Uitdrukkelijke kwalificatie in de parlementaire voorbereidingen – Uit het voorgaande blijkt dat de kamerdocumenten voornamelijk overwegingen bevatten omtrent het doel en voor het overige louter wat duiding geven bij de aard en het karakter van het intergemeentelijk samenwerkingsverband. Tijdens de laatste behandeling van het wetsvoorstel in de Kamer van volksvertegenwoordigers op 2 en 3 augustus 1921 werd de intercommunale uiteindelijk toch nog uitdrukkelijk gekarakteriseerd en gekwalificeerd.

Toenmalig minister van Binnenlandse Zaken CARTON DE WIART waagde zich tijdens de artikelsgewijze bespreking aan een uitdrukkelijke kwalificatie van de intercommunale door te stellen dat de intercommunales die nieuw zullen worden opgericht hun karakter van instellingen van openbaar nut zullen behouden: "(...) *il faut que les organismes nouveaux que nous allons faire naître conservent leur caractère d'institutions d'utilité publique.*" (eigen onderlijning).³²¹ Bij de bespreking van artikel 11 van het wetsvoorstel stelt de minister voorts dat er door het samenwerken via intercommunales, instellingen van openbaar belang worden gecreëerd: "(...) *celle permettre à plusieurs communes de grouper leurs efforts en vue de créer des institutions et des établissements d'intérêt public.*" (eigen onderlijning).³²² Ten slotte dient de hogere overheid volgens hem na te gaan of de intercommunales die worden opgericht publiekrechtelijke instellingen zijn en blijven die in het openbaar belang zijn opgericht en worden beheerd: "*L'autorité supérieure aura le devoir de veiller à ce qu'elles soient et demeurent des établissements de droit public créés et exploités dans un intérêt public.*" (eigen onderlijning).³²³ Ook HALLET maakte een overweging waaruit het publiek karakter van de intercommunale met zoveel woorden blijkt. Volgens hem is de intercommunale wel degelijk een organisme van publiek recht: "(...) *ces associations qui sont en fait de nouveaux organismes de droit public.*" (eigen onderlijning).³²⁴ Ten slotte lijkt MELCKMANS bij de bespreking van artikel 11 van het wetsvoorstel te stellen dat de vereniging een overheidsentiteit is die een dienst van openbaar belang aanbiedt: "*Mais lorsqu'il s'agit d'une association, d'un*

³²¹ *Ann.parl.* Kamer 1920-21, 2435.

³²² *Ann.parl.* Kamer 1920-21, 2437.

³²³ *Ann.parl.* Kamer 1920-21, 2465.

³²⁴ *Ann.parl.* Kamer 1920-21, 2435.

pouvoir public, en vertu de quel droit le gouvernement peut-il faire cesser un service d'intérêt public?" (eigen onderlijning).³²⁵

Net voordat het wetsvoorstel naar de Senaat zou worden doorverwezen, gaan verschillende Kamerleden en de minister van Binnenlandse Zaken alsnog over tot de kwalificatie van de intercommunale als publieke instelling van openbaar nut. Het stilzwijgen van de wet wordt bijgevolg enigszins opgevangen door de besprekingen in de kamer.

2.3.3. De rechtsleer en het doel, de aard en het karakter

A. Doel

63. Gemeentelijk belang – Op grond van artikel 1, eerste lid van de wet van 1 maart 1922 kunnen gemeenten zich met het oog op de realisatie van een welbepaald gemeentelijk belang gaan verenigen. De hantering van het enigszins vage begrip 'gemeentelijk belang' bij het aangeven van het doel van de intercommunale, wordt door de rechtsleer verduidelijkt. Volgens een auteur is het de bedoeling van de wetgever om de regering "*une ligne de conduite*" aan te bieden en dient het gemeentelijk belang erg ruim te worden opgevat.³²⁶ BUTTGENBACH haalt HARIION aan die stelt dat "*l'association intercommunale peut faire plus grand que la commune; mais elle ne peut faire autre chose*".³²⁷ Een andere auteur vat het welbepaald gemeentelijk belang samen als volgt: "*het bestrijkt alle activiteit, die gemeentelijke belangen raakt, waarvan de regeling aan de gemeentelijke colleges is opgedragen door de Constitutie en door de gemeentewet.*".³²⁸

Het is duidelijk dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband dat wordt opgericht op grond van de wet van 1 maart 1922 op een erg groot aantal gebieden kan optreden doordat de wetgever 'het gemeentelijk belang' als aanknopingspunt

³²⁵ *Ann.parl.* Kamer 1920-21, 2439.

³²⁶ X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 200 en 202.

³²⁷ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 164.

³²⁸ O.V., "Het 'gemeentelijk belang' in de Intercommunale Vennootschappen", *RW* 1940, afl. 3, (1233) 1234.

hanteert. Toch werkt de vereiste dat de activiteit kadert in het gemeentelijk belang ook restrictief ten aanzien van de doelstellingen van de intercommunale: het intergemeentelijk samenwerkingsverband kan niet worden opgericht voor *om het even welke* activiteit. Zo kan bijvoorbeeld niet elke commerciële en industriële doelstelling worden nagestreefd. De mogelijke doelstellingen blijven immers begrensd door het gemeentelijk belang: *“Waar sommige daden en handelingen van handelsvennootschappen kunnen beschouwd worden als zijnde gesteld binnen de doelstelling der maatschappij, zoals die doelstelling in het statuut is bepaald, daar kan het gebeuren, dat dezelfde daden en handelingen, binnen gelijke termen van gelijke doelstelling, toch niet geoorloofd zijn voor een intercommunale; men moet n.l. aannemen, dat het ‘gemeentelijk belang’ gebeurlijk een beperkend element kan wezen, bij de interpretatie van de doelstelling, zoals deze in het statuut is vastgelegd.”*.³²⁹

Voorts is niet iedere rechtsgeleerde het eens met de veronderstelling dat intercommunales gelijk welke doelstelling van politiek of administratief gemeentelijk belang kunnen vooropstellen. Dat de intercommunale doelstellingen van gemeentelijk belang met een politiek of administratief karakter kan aannemen, staat volgens VAUTHIER buiten kijf. Volgens hem belet noch artikel 108 van de Grondwet, noch de wet van 1 maart 1922 immers dat gemeenten zich verenigen om taken met een politiek of administratief karakter te vervullen.³³⁰ DE CLERCK nuanceert dit echter door te stellen dat de wettelijke bevoegdheidsregeling belet dat alle gemeentelijke bevoegdheden vatbaar zijn voor intercommunalisatie. Volgens hem mogen de bevoegdheden die door de Grondwet of de wet als uitsluitende bevoegdheid van de gemeenten worden aangeduid niet het voorwerp van intergemeentelijke samenwerking uitmaken.³³¹

³²⁹ O.V., “Het ‘gemeentelijk belang’ in de Intercommunale Vennootschappen”, *RW* 1940, afl. 3, (1233) 1236; zie ook D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 78 en P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 66.

³³⁰ M. VAUTHIER, *Précis du droit administratif de la Belgique*, Brussel, Larcier, 1937, 91.

³³¹ Voorbeelden die hij aanhaalt zijn het opmaken van de akten van burgerlijke stand, het uitvoeren van politieverordeningen met strafbepalingen, ... zie D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 78.

Het gemeentelijk belang is bovendien een evolutief begrip: wat vroeger als privébelang werd aanzien, kan naar de toekomst toe een zaak van gemeentelijk belang worden en andersom. De doelstellingen waarvoor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kunnen worden opgericht, kunnen bijgevolg variëren in de loop der tijd.³³²

64. Economische, politieke en administratieve gemeentelijke belangen –

In de rechtsleer wordt vaak het onderscheid gemaakt tussen het nastreven van, enerzijds, economische gemeentelijke belangen en, anderzijds, politieke of administratieve gemeentelijke belangen (zie *supra*).³³³ De exploitatie van een gemeenschappelijke transitlijn, de waterbedeling en de verlichting en verwarming worden hierbij als voorbeeld van economische gemeentelijke belangen aangehaald. De afdwinging van politiematregelen, hygiëne, brandpreventie en -bestrijding, prostitutie, het bewaken van de goede orde op de openbare weg, wetenschap en cultuur leunen eerder aan bij taken van politiek en administratief gemeentelijk belang.³³⁴

Een eerste vaststelling bij dit onderscheid is dat de rechtsleer hier gevolgen aan durft te koppelen. Zo stelt een auteur dat het evengoed mogelijk zou zijn geweest om afzonderlijke bepalingen te voorzien naargelang de 'soort' doelstelling van gemeentelijk belang waarvoor de intercommunale wordt opgericht. Zo zou het mogelijk zijn om andere bepalingen te voorzien naargelang de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden bijvoorbeeld een economisch of eerder een administratief gemeentelijk belang betrachten.³³⁵ Zo wordt bijvoorbeeld op het

³³² O.V., "Het 'gemeentelijk belang' in de Intercommunale Vennootschappen", *RW* 1940, afl. 3, (1233) 1236; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 76; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 66: "Wij besluiten met erop te wijzen dat het begrip gemeentelijk belang veranderlijk is naar de omstandigheden van tijd."

³³³ Zie onder meer X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 200-202; M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1955, afl. 31, (20) 20; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 62.

³³⁴ X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 200 en 202.

³³⁵ X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 204-205; zie ook P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 92 en 126.

vlak van het verlenen van leningen aan intercommunales, het 'economisch karakter van de activiteit' – en meer bepaald of de intercommunale al dan niet rendabel is – reeds als onderscheidingscriterium gehanteerd: "*Worden aldus tot de rendabele intercommunales gerekend, de intercommunales voor gas-, water- en elektriciteitsdistributie, de intercommunales voor ruimtelijke ordening en economische expansie, de intercommunales die een slachthuis uitbaten, die gemeentewegen aanleggen, die een drukkerij uitbaten, enz. Worden daarentegen als niet-rendabel beschouwd, de intercommunales met een medisch-sociaal doel, de intercommunales voor huisvuilbehandeling, voor overwelving van waterlopen, enz.*".³³⁶ Dit is een erg interessante zienswijze die wordt meegenomen in de uitwerking van suggesties aan de regelgever (zie *infra* DEEL III).

Een *tweede* bemerking is dat de rechtsleer verduidelijkt waar het *economisch* gemeentelijk belang ophoudt. Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden mogen wel degelijk doelstellingen van *economisch* gemeentelijk belang, dus doelstelling van commerciële of industriële aard, aanhouden – mits zij het gemeentelijk belang blijven ambiëren.³³⁷ HAUTPENNE stelt uitdrukkelijk dat een doel van commerciële aard, zoals elektriciteitsdistributie, steeds een dienst van openbaar nut blijft, en dat die 'van openbaar nut' erop wijst dat het *nastreven* van winst niet het hoofddoel mag zijn van de intercommunale.³³⁸ Ondanks de deelname van private personen en maatschappijen, mogen ze dus in ieder geval geen winstoogmerk vooropstellen. Dit volgt uit het feit dat de behartiging van het algemeen belang te allen tijde het inherente doel van een overheidsrechtspersoon moet zijn: "*Vanuit de publiek belang benadering bezien moet voor de overheid de enkele rol van belegger met uitsluitend een winstmotief niet passend worden geacht.*"³³⁹, aldus HUISMAN en VAN OMMEREN. Het louter *maken* van winst is

³³⁶ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 140.

³³⁷ O.V., "Het 'gemeentelijk belang' in de Intercommunale Vennootschappen", *RW* 1940, afl. 3, (1233) 1237.

³³⁸ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 67 en 104.

³³⁹ P.J. HUISMAN en F.J. VAN OMMEREN, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen: Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2019, 198.

daarentegen geen enkel probleem.³⁴⁰ Dit laatste blijkt onder meer uit artikel 5 van de kaderwet op grond waarvan de statuten de wijze waarop de winstverdeling plaatsvindt, moeten omschrijven en uit het feit dat de boekhouding van de intercommunale jaarlijks aan de goedkeuring van de Koning dient te worden onderworpen.³⁴¹ Belangrijk hierbij is dat de winst waar de intercommunales van kunnen genieten, niet buitensporig mag zijn.³⁴² Het maken van winst is ook noodzakelijk om de interesse bij particulieren en maatschappijen op te wekken en hen zo aan te zetten om in de intercommunale te investeren: “*De particuliere deelneming zou anderzijds niet te vinden zijn om niet-productief kapitaal in te brengen.*”.³⁴³ Om de intercommunales met gemeentelijke economische belangen aan te wijzen, gebruikt DE CLERCK dan ook de term ‘rendabele’ intercommunales.³⁴⁴

65. Welbepaald – Artikel 1, eerste lid van de wet van 1 maart 1922 voorziet dat het gemeentelijk belang ‘welbepaald’ dient te zijn. De rechtsleer verduidelijkt dat het doel van het intergemeentelijk samenwerkingsverband volkomen duidelijk en ondubbelzinnig moet zijn omschreven op het moment dat het wordt opgericht. De behartiging van het gemeentelijk belang in het algemeen of van delen van het gemeentelijk belang is niet aanvaardbaar. Specificatie is hoe dan ook vereist. Een intergemeentelijk samenwerkingsverband kan wel de realisatie van verschillende zaken van gemeentelijke belang tegelijkertijd nastreven, zolang zij welbepaald zijn. Deze beperking is volgens HAUTPENNE ingegeven “*door de vrees voor het ontstaan van een intercommunale macht*”.³⁴⁵

³⁴⁰ O.V., “Het ‘gemeentelijk belang’ in de Intercommunale Vennootschappen”, *RW* 1940, afl. 3, (1233) 1240-1241.

³⁴¹ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 68.

³⁴² J. DE BECKER en A. DE BECKER, *Les Communes belges devant le problème économique*, Brussel, Comité Central Industriel de Belgique, 1936, 74; X., “Communes”, *Rev.adm.* 1922, (198) 204; O.V., “Het ‘gemeentelijk belang’ in de Intercommunale Vennootschappen”, *RW* 1940, afl. 3, (1233) 1240-1241; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 101.

³⁴³ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 206.

³⁴⁴ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 163.

³⁴⁵ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 62 en 67; X., “Communes”, *Rev.adm.* 1922, (198) 200 en 202; O.V., “Het ‘gemeentelijk belang’ in de Intercommunale Vennootschappen”, *RW* 1940, afl. 3, (1233) 1235; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 80.

B. Aard en karakter

66. Verdeeldheid in de rechtsleer – Hierboven werd duidelijk dat de wet zwijgt over de aard en het karakter van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden maar dat ze tijdens de laatste behandeling van het wetsvoorstel in de Kamer van volksvertegenwoordigers werden gekwalificeerd als publieke instellingen van openbaar nut. Desondanks en opvallend genoeg zijn er in de rechtsleer *grosso modo* twee uiteenlopende kwalificaties terug te vinden.

DE PAGE en DEKKERS typeren de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden als "*des personnes de droit privé, et non des établissements publics*".³⁴⁶ In het *Répertoire pratique du droit Belge* wordt een intercommunale omschreven als volgt: "*C'est une individualité de droit privé distincte des communes et autres associés qui l'ont formée.*" (eigen onderlijning).³⁴⁷ Ook volgens VAN DER STICHELE heeft de intercommunale een privaat karakter: de intercommunale is volgens hem "*geen administratie, en [vindt] geen plaats (...) in het traditionele raderwerk van de hiërarchisch gestructureerde overheidsdiensten. Intercommunale verenigingen zijn handelsvennootschappen voor de verwezenlijkingen van bepaalde doelstellingen die het administratief kader te buiten gaan.*".³⁴⁸ Die uitspraak dient volgens mij wel te worden genuanceerd aangezien hij verder in zijn uiteenzetting stelt dat de intercommunale "*een functionele aanvulling van de gemeente [betekent]*" en "*parallel [staat] met de klassieke instelling van gemeente en provincie.*".³⁴⁹ VAN RYN uit dan weer kritiek op het feit dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband op grond van artikel 5 van de kaderwet haar burgerlijk karakter behoudt. Volgens hem "*serait[-il] certainement plus rationnel de reconnaître un caractère commercial aux engagements des associations intercommunales exerçant une activité d'ordre économique.*".³⁵⁰

³⁴⁶ H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Établissements Émile Bruylant, 1975, V, 24.

³⁴⁷ E. BRUNET, J. SERVAIS en C. RESTEAU (eds.), *Répertoire pratique du droit Belge*, Brussel, Établissements Émile Bruylant, 1949, II, 148, nr. 78.

³⁴⁸ M. VAN DER STICHELE, "Intercommunale samenwerking en economische ontwikkeling", *De Gem.* 1966, afl. 182, (404) 410.

³⁴⁹ M. VAN DER STICHELE, "Intercommunale samenwerking en economische ontwikkeling", *De Gem.* 1966, afl. 182, (404) 412.

³⁵⁰ J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, II, Brussel, Bruylant, 1957, 185.

Een groot aandeel in de rechtsleer houdt echter een ander standpunt aan. Het merendeel van de rechtsgeleerden kwalificeert het intergemeentelijk samenwerkingsverband wel als een orgaan van publiek recht en niet als een private onderneming met een commercieel karakter. Zo beaamt een auteur dat de discussies in de Kamer over de aard en het karakter van de intercommunale vaag bleven, maar durft wel uitdrukkelijk te stellen dat de intercommunale een administratief orgaan is (*un 'organisme' administratif*) dat nooit kan worden gelijkgesteld met een commerciële onderneming. Die stelling is gefundeerd op het feit dat een intercommunale zijn burgerlijk karakter niet verliest zoals vooropgesteld door artikel 5 van de wet van 1 maart 1922: "*Ces mots signifient simplement qu'elle ne pourra jamais être assimilée à une société commerciale.*".³⁵¹ Ook ORIANNE interpreteert 'het burgerlijk karakter' van de intercommunale als 'het niet-commercieel karakter' ervan: "*(...) sans que celle-ci perde son caractère civil (c'est-à-dire non commercial).*".³⁵² Volgens BEELEN, DE CUYPER en DRIESSEN wordt met dit 'burgerlijk karakter' niet bedoeld dat de intercommunale een burgerlijke vennootschap is, maar dat zij een vereniging van administratief recht is die contractuele handelingen stelt, waardoor geschillen niet voor de handelsrechtbank maar voor de Raad van State worden gebracht.³⁵³ Ook BUTTGEBACH onderschrijft deze beide betekenissen: volgens hem moet het intergemeentelijk samenwerkingsverband door haar burgerlijk karakter niet worden bestempeld als een burgerlijke vennootschap, maar kan zij eenvoudigweg nooit worden gelijkgesteld met een commerciële onderneming. Hierdoor ontsnappen geschillen die rijzen aan de bevoegdheid van de handelsrechter. Hij gaat nog een stap verder in de kwalificatie door te stellen dat de intercommunale, ongeacht de vorm die zij aanneemt, een openbare dienst en een openbaar orgaan

³⁵¹ X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 199 en 203; zie ook J. DE BECKER en A. DE BECKER, *Les Communes belges devant le problème économique*, Brussel, Comité Central Industriel de Belgique, 1936, 75.

³⁵² P. ORIANNE, "L'intercommunale: un service public" in E. CEREXHE, A. COOLS, X. DELGRANGE, M. DUMONT, B. JURION, P. ORIANNE en J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales. Actes du colloque du 18 novembre 1988*, Brugge, die Keure, 1989, (31) 32.

³⁵³ B. BEELEN, G. DE CUYPER en H. DRIESSEN, "De intercommunale vandaag en morgen", *Jura Falc.* 1977-1978, (187) 190; zie ook: "*Quand l'article 5 de la loi ajoute que l'association ne perdra pas son caractère civil, ces mots signifient simplement qu'elle ne pourra jamais être assimilée à une société commerciale; mais ils ne disent en aucune façon que l'association devra être considérée comme une société civile, au sens oft le Code civil emploie cette locution.*" in X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 202-203.

blijft, beheerd door en vallend onder het toezicht van de overheid: "*Quelle que soit cette forme – et même lorsque l'intercommunale est constituée en société commerciale, anonyme ou coopérative, – elle demeure un service et un organisme public, géré par les pouvoirs publics et dont ceux-ci doivent conserver la maîtrise.*" (eigen onderlijning).³⁵⁴ Dit zou volgens hem voortvloeien uit de voorbereidende werken, wat mijns inziens inderdaad het geval is – zie hierboven. Hij stelt dat de intercommunale geen private onderneming is ("*[o]n ne conçoit d'ailleurs pas une entreprise privée*"³⁵⁵) en dat de overheid controle heeft over haar creatie en haar ontbinding en toezicht uitoefent op de manier zoals voorzien in de wet van 1 maart 1922. Dit administratief toezicht bevestigt volgens BUTTGENBACH dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband juridisch te kwalificeren is als een organieke openbare dienst: "*La tutelle administrative, telle qu'elle est établie par la loi du 1^{er} mars 1922 sur les associations intercommunales, confirme leur nature juridique de services publics organiques.*" (eigen onderlijning).³⁵⁶ BUTTGENBACH stelt voorts dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kunnen worden ingedeeld onder "*les coopératives de pouvoirs publics*" indien ze een coöperatieve vennootschapsvorm aannemen of indien zij de coöperatieve uitgangspunten hanteren.³⁵⁷ J. en A. DE BECKER stellen eveneens dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband geen burgerlijke vennootschap is en zien de intercommunale als een orgaan van publiek recht, zij het met een economisch karakter: "*(...) des organismes publics à caractère économique tels que les associations de communes (...)*" (eigen onderlijning).³⁵⁸ BOON sluit zich aan bij BUTTGENBACH door te stellen dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband "*onder welke rechtsvorm ze ook ingericht worden, (...) openbare diensten en organismen [zijn], beheerd door openbare besturen.*"³⁵⁹ DE CLERCK kwalificeert de

³⁵⁴ A. BUTTGENBACH, Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques, Brussel, Larcier, 1954, 165-166.

³⁵⁵ A. BUTTGENBACH, Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques, Brussel, Larcier, 1954, 166.

³⁵⁶ A. BUTTGENBACH, Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques, Brussel, Larcier, 1954, 166.

³⁵⁷ A. BUTTGENBACH, Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques, Brussel, Larcier, 1954, 165.

³⁵⁸ J. DE BECKER en A. DE BECKER, *Les Communes belges devant le problème économique*, Brussel, Comité Central Industriel de Belgique, 1936, 17, 75 en 77.

³⁵⁹ E. BOON, "Status en rechtsvorm van de intercommunale en super-communale nutsbedrijven, met inbegrip van de status van het personeel", *TBP* 1961, afl. 3-4, (197) 207.

intercommunale als een dienstgewijs gedecentraliseerd lichaam, en meer bepaald als een publiekrechtelijke vereniging.³⁶⁰ Ten slotte zou het volgens HAUTPENNE wettelijk moeten worden voorzien dat de intercommunale een rechtspersoon naar publiek recht is.³⁶¹ Zoals *infra* zal blijken, zal zijn wens door de aanneming van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales, worden vervuld.

Vermeldenswaardig is dat sommige auteurs een nuancering aanbrenge(n) op de kwalificatie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband naargelang haar deelnemers. Indien er enkel openbare besturen deelnemen aan de intercommunale en deze intercommunale bijgevolg 'zuiver' is, is de intercommunale volgens die rechtsleer ongetwijfeld een rechtspersoon naar publiekrecht. Als er daarentegen zowel openbare besturen als private personen deelnemen, zijn de intercommunales 'gemengde economische maatschappijen' (*sociétés d'économie mixte*) en kunnen zijn enkel de hoedanigheid van rechtspersoon naar publiek recht krijgen "*indien zij beantwoorden aan de criteria die door rechtsleer en rechtspraak ontworpen zijn*".³⁶² Volgens BUTTGENBACH zijn de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die niet voldoen aan die criteria, geen administratieve overheden.³⁶³

67. Privaatrecht als omkadering, publiekrechtelijk karakter? – Wat de aard en het karakter van het intergemeentelijk samenwerkingsverband betreft, is het duidelijk dat er net onduidelijkheid bestond. Het feit dat de wet van 1 maart 1922 teruggrijpt naar het privaatrecht – meer bepaald naar de handelswetten – om de intercommunalisatie vorm te geven, versterkt het stilzwijgen van de wet en werkt de twijfel in de hand. Zo zijn bijvoorbeeld de vennootschapsrechtelijke regels omtrent de uittreding en uitsluiting van toepassing op de intercommunale, indien haar statuten geen andersluidende bepaling bevatten.³⁶⁴ Ook op de vereffening van de intercommunale zijn de privaatrechtelijke vennootschapsregels in beginsel

³⁶⁰ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 214.

³⁶¹ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 109.

³⁶² D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 99.

³⁶³ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 166, vn. 5.

³⁶⁴ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 183.

van toepassing, waardoor de betwistingen bij vereffeningsverrichtingen volgens DE CLERCK aan de gewone rechtbanken dienen te worden onderworpen.³⁶⁵ BOON verwoordt dit passend als volgt: *“Wanneer men deze mengeling van bepalingen vaststelt en daarbij bedenkt, dat de wet wel op de vorm van de handelsvennootschappen beroep doet doch er onmiddellijk aan toe voegt dat de verenigingen in geen geval hun burgerlijk karakter mogen verliezen, lijken de bepalingen nopens de juridische vorm der intercommunale verenigingen ons niet bepaald gelukkig en alleszins van aard verwarring te stichten en aanleiding te geven tot aspiraties van particuliere belangen, die niet steeds in overeenstemming zijn met de geest dezer associaties van publiek recht. Wij zien geen bezwaar tegen een vorm, die een grote technische, commerciële en financiële uitbating in de hand werkt, vermits dit meestal van aard zal zijn aan de belanghebbenden meerdere diensten en goedkopere te kunnen aanbieden. Wij zien er ook geen bezwaar in dat de particuliere belangen, indien men er beroep op doet, naar behoren beloond worden. Doch men kan niet nalaten vast te stellen, dat die dupliciteit tussen civiel karakter en commerciële rechtsvorm soms de ware publiekrechtelijke aard der vereniging uit het oog doet verliezen en een neiging in de hand werkt om de associatie zelf tot een winstgevende organisatie te doen uitgroeien.”* (eigen onderlijning).³⁶⁶

Uit het voorgaande blijkt dat de rechtsleer over het algemeen lijkt aan te nemen, mijns inziens terecht, dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband dat wordt opgericht op grond van de kaderwet een publiekrechtelijk, openbaar orgaan is en niet mag worden beschouwd als een commerciële onderneming. Die tweestrijd wordt kernachtig verwoord door HAUTPENNE: *“Het betreft hier dus geen vennootschap in de zin van het burgerlijk recht of het handelsrecht. Het gaat hier om een vereniging die beheerst wordt door het administratief recht, dat echter een beroep gedaan heeft op de voorschriften van het handelsrecht omdat (...) [de*

³⁶⁵ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 191; voor meer informatie over de toepasselijkheid van het vennootschapsrecht op intercommunales, zie D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 209-210.

³⁶⁶ E. BOON, “Status en rechtsvorm van de intercommunale en super-communale nutsbedrijven, met inbegrip van de status van het personeel”, *TBP* 1961, afl. 3-4, (197) 209.

wet van 1 maart 1922] zelf geen volledige regeling heeft uitgewerkt.”.³⁶⁷ In dit opzicht blijft het karakter van de intercommunale onveranderd, ongeacht het beroep op de privaatrechtelijke bepalingen, aldus DE CLERCK: “De privaatrechtelijke vorm, waarin de interkommunale zich voordoet en de privaatrechtelijke werkmethodes die door haar aangewend worden, kunnen in wezen haar juridisch karakter niet beïnvloeden.”.³⁶⁸ Het zou nog tot in 1966 duren vooraleer het Hof van Cassatie de voortdurende vaagheid uiteindelijk zal ophelderen. Het Hof zal immers oordelen dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband qua aard en karakter, ondanks zijn ‘privaatrechtelijke mantel’, in de publiek- en administratiefrechtelijke sfeer is te situeren (zie *infra* nr. 90).

2.4. Toezicht

68. Wettelijk voorziene toezichtstaken – Wat het toezicht betreft, is er één en ander geregeld in de wet. *Vooreerst* vereist artikel 2, eerste lid van de kaderwet een koninklijke machtiging voor de oprichting van of toetreding tot de intercommunale en eveneens een goedkeuring van de statuten bij koninklijk besluit.³⁶⁹ De drie specifieke wetten schreven eveneens een oprichtingstoezicht voor.³⁷⁰ De toezichtstaak die voor de overheid is weggelegd, stopt hier echter niet. *Ten tweede* voorziet artikel 12 in een algemeen toezicht waardoor de regering alle verrichtingen van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kan controleren en zich kan verzetten tegen de uitvoering van maatregelen die ze nemen.³⁷¹ Dit toezicht lijkt op het eerste gezicht hetzelfde toezicht te zijn als voorzien in artikel

³⁶⁷ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 61.

³⁶⁸ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 205.

³⁶⁹ Art. 2, eerste lid: “L’association ou l’entrée dans une association déjà existante doivent être autorisées et les statuts doivent être approuvés par arrêté royal.”.

³⁷⁰ De specifieke wet omtrent de intercommunales voor ziekenhuis- en verzorgingsinstellingen schreef een machtiging voor, de specifieke wetten op de intercommunales voor de buurtspoorwegen en de waterbedeling voorzagen daarentegen in een goedkeuring. Voor meer informatie over het (vervaagd) onderscheid tussen machtigen en goedkeuren zie D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 82 e.v.

³⁷¹ Art. 12: “Le Gouvernement a le droit de contrôler toutes les opérations de la société et, à cette fin, d’exiger d’elle tous états et renseignements. Il peut s’opposer à l’exécution de toute mesure qu’il jugerait contraire à la loi, aux statuts ou à l’intérêt général.”.

5 van de specifieke wet op de intercommunales voor buurtspoorwegen *jo.* artikel 7 van de wet van 24 juni 1885 op de buurtspoorwegen, en artikel 8 van de specifieke wet omtrent de waterbedeling, en is nagenoeg in identieke bewoordingen opgesteld. Toch volgt uit artikel 12 dat de regering zich kan verzetten tegen de tenuitvoerlegging van elke maatregel die hij in strijd acht met de wet, de statuten of het algemeen belang. De toezichtsbevoegdheid lijkt bijgevolg iets ruimer uit te vallen dan het geval is t.a.v. de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voor buurtspoorwegen. Het valt in herinnering te brengen dat de specifieke wet van 6 augustus 1897 geen algemeen toezicht op de intercommunales die ziekenhuis- en verzorgingsinstellingen uitbaatten, voorzag. Daar bepaalde enkel artikel 9 dat er in de bij de wet bepaalde gevallen aan de gemeenteraad en aan de bestendige deputatie kennis dient te worden gegeven en dat deze zijn goedkeuring moet geven of zijn machtiging dient te verlenen.

Ten derde eisen heel wat bepalingen van de kaderwet het toezicht op specifieke handelingen. Zo treden de tarieven die de intercommunale hanteert maar in werking na goedkeuring bij koninklijk besluit verleend op basis van advies van de bestendige deputatie³⁷², kan de intercommunale slechts na machtiging overgaan tot onteigening³⁷³, kan de intercommunale enkel leningen³⁷⁴ aangaan mits machtiging bij koninklijk besluit³⁷⁵, zijn de subsidies³⁷⁶ van de overheid en giften

³⁷² Art. 7: "*Les tarifs de péage ne seront mis en vigueur qu'après approbation par arrêté royal sur l'avis de la députation permanente du conseil provincial.*".

³⁷³ Art. 8: "*L'association pourra être autorisée à poursuivre en son nom des expropriations pour cause d'utilité publique. Le gouverneur de la province dans laquelle l'association a son siège est compétent pour passer les actes prévus par l'article 9 de la loi du 27 mai 1870.*".

³⁷⁴ Bij de leningen die worden opgenomen bij het Gemeentekrediet, wordt er voor de toekenning ervan een verschillende procedure gehanteerd naargelang de activiteit van de intercommunale en meer bepaald naargelang er sprake is van een rendabele of een niet-rendabele intercommunale: bij de toekenning wordt het 'economisch karakter van de activiteit' als criterium van onderscheid gehanteerd, zie P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 140-141.

³⁷⁵ Art. 9: "*La société peut contracter des emprunts dans les mêmes conditions que les communes avec l'autorisation du Roi.*".

³⁷⁶ Een goedkeuring van de subsidies door de Koning is uiteraard niet nodig. De tekst van de wet is hier wat ongelukkig geformuleerd aangezien dergelijke goedkeuring enkel kan worden vereist voor het ontvangen van schenkingen, in D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larquier, 1968, 154, zie ook P. HAUTPENNE, *De*

aan de intercommunale onderworpen aan goedkeuring bij koninklijk besluit³⁷⁷, is de boekhouding van de intercommunale jaarlijks aan de goedkeuring van de Koning onderworpen³⁷⁸ en kan een intercommunale slechts worden ontbonden voordat de termijn is verstreken na goedkeuring door de Koning³⁷⁹.

69. Parlementaire voorbereidingen – De parlementaire voorbereidingen bevatten een aantal overwegingen die het toezicht op het intergemeentelijk samenwerkingsverband verduidelijken. *Ten eerste* herhaalt de middenafdeling in zijn verslag dat de oprichting van een intergemeentelijk samenwerkingsverband is onderworpen aan het advies van de bestendige deputatie en aan een Koninklijke machtiging en dat de oprichting enkel mag worden toegestaan indien het samenwerkingsverband de realisatie van een werkelijke en bepaalde doelstelling van openbaar nut als oogmerk heeft.³⁸⁰ Volgens de middenafdeling volstaan het advies en de machtiging als garantie. De reden die wordt gegeven is dat de administratieve rechtspraak die was ontwikkeld vóór de creatie van deze wet misschien wel de laatste jaren een belemmering was voor de intercommunalisatie, maar dat die rechtspraak vroeger eigenlijk niet zo streng was.³⁸¹ Voorheen kregen de gemeenten meer vrijheid en trokken bepaalde gemeentelijke creaties niet eens de aandacht van de hogere overheid.³⁸² *Ten tweede* benadrukt de middenafdeling in zijn bijkomend verslag dat het aan de overheid is om misbruiken te voorkomen en om te bewaken dat het openbaar belang wordt nagestreefd.³⁸³ *Ten derde*, in de motivering van zijn amendement omtrent de deelname van private personen

verenigingen van gemeenten in België, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 144.

³⁷⁷ Art. 10: "*L'association peut recevoir des subsides des pouvoirs publics et des libéralités. Celles-ci sont soumises à l'approbation par arrêté royal.*".

³⁷⁸ Art. 11: "*Chaque année les comptes de la société sont soumis à l'approbation du Roi dans la forme et les délais prévus par les statuts.*".

³⁷⁹ Art. 14: "*La dissolution de la société avant l'expiration du terme fixé par les statuts ne pourra être prononcée que du consentement de toutes les communes et provinces intéressées et moyennant l'approbation du Roi.*".

³⁸⁰ Verslag van de Middenafdeling bij het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin*. 1922, 28-29.

³⁸¹ Verslag van de Middenafdeling bij het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin*. 1922, 29.

³⁸² Verslag van de Middenafdeling bij het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin*. 1922, 29.

³⁸³ "(...) *en laissant au Gouvernement le droit de prévenir les abus et de sauvegarder l'intérêt général.*" in het Aanvullend verslag van de Middenafdeling bij het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin*. 1922, 30.

en maatschappijen, benadrukte VISART DE BOCARMÉ dat er vertrouwen moet zijn in de overheid in de hoop dat zij geen intercommunales zal goedkeuren die een volledig commercieel karakter hebben en dat er wordt gehoopt dat ook de gemeenten zélf hun rechten en belangen zullen verdedigen.³⁸⁴ Ten vierde bevestigde toenmalig minister van Binnenlandse Zaken CARTON DE WIART tijdens de artikelsgewijze bespreking de cruciale rol van het toezicht. Volgens hem moet de machtiging van de oprichting waarborgen dat de nieuwe intergemeentelijke samenwerkingsverbanden de garanties verzekeren die van vestigingen worden geëist die hun publiek karakter moeten behouden en nooit gewone winstgevende ondernemingen worden.³⁸⁵

Uit deze parlementaire overwegingen blijkt dat er met de wet van 1 maart 1922 voor is gekozen om een groot vertrouwen in en een grote verantwoordelijkheid bij de overheid als toezichthouder te leggen. Het is de overheid die een algemeen toezicht uitoefent en er vooral over moet waken dat intergemeentelijke samenwerking wordt aangewend voor de verwezenlijking van een welbepaald gemeentelijk belang.

70. Beschouwingen in de rechtsleer – Tot slot zijn er ook in de rechtsleer interessante beschouwingen terug te vinden die ingaan op het administratief toezicht op de intercommunale.

Ten eerste, omtrent het opzet van het toezicht en het toezicht meer algemeen gezien, herhaalt een auteur dat de toezichthoudende overheid moet beletten dat er intergemeentelijke samenwerkingsverbanden worden opgericht die geen gemeentelijk belang nastreven. Die overheid dient overigens te bewaken dat er door de oprichting van intercommunales geen nieuwe macht tot stand wordt

³⁸⁴ "*Nous devons faire confiance au Gouvernement, en espérant qu'il n'approuvera pas des sociétés dont le caractère serait absolument commercial; nous pouvons espérer aussi que les communes elles-mêmes sauront défendre leurs droits et leurs intérêts.*" in Discussie in de Kamer van volksvertegenwoordigers over het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin.* 1922, 32.

³⁸⁵ "*(...) l'autorisation qui devra assurer en tout cas aux associations nouvelles les garanties que nous sommes en droit d'exiger de la part d'établissements qui doivent conserver leur caractère public et ne jamais devenir des entreprises lucratives ordinaires.*" (eigen onderlijning) in Ann.parl. Kamer 1920-1921, 2436.

gebracht.³⁸⁶ De toezichthoudende overheid kan bijvoorbeeld met betrekking tot de mogelijkheid voor intercommunales om winst te maken (zie *supra* nr. 69), ingrijpen indien er zich misbruiken voordoen, aldus DE CLERCK.³⁸⁷ Dergelijke tussenkomst is mogelijk doordat de kaderwet in zijn artikel 7 een Koninklijke goedkeuring vereist ten aanzien van de tarieven die de intercommunale hanteert, in artikel 5, 5° de beoordeling voorschrijft van de statuten die de winstverdeling moeten bepalen en in artikel 12 het algemeen vetorecht opneemt. Ten aanzien van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden speelt enkel het administratief toezicht zoals is voorzien door de wet van 1 maart 1922. Het toezicht waarin de Gemeentewet indertijd voorzag, is in beginsel niet van toepassing. Het werkterrein waarvoor de intercommunale is opgericht, wordt immers volledig onttrokken aan de gemeenten-deelgenoten.³⁸⁸ Voorts wijzen enkele auteurs op het verband tussen het toezicht en de kiezer. Zo wijst HAUTPENNE op de beperkingen van het toezicht en de rol die de kiezer hierbij speelt. Volgens hem is het namelijk enkel de kiezer die kan afrekenen met de gebeurlijke inertie van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden aan hand van zijn stem bij de gemeenteraadsverkiezingen: *"In de gemeenten kan dus de spanning tussen de politieke strevingen en de democratische controle tot een evenwicht leiden."*³⁸⁹ Volgens DE CLERCK is er echter geen algemene controle door de kiezer van de gemeentelijke organen mogelijk, gelet op het feit dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband in het licht van zijn doelstelling eigenlijk in plaats van de gemeenten optreedt. Hij maakt in dit verband terecht de opmerking dat de werking van de intercommunale in beginsel niet openbaar is. Waar er voor bepaalde akten zoals bijvoorbeeld de statuten wel een openbaarmaking is vereist zoals dit vereist is voor de private vennootschappen, zijn overige handelingen niet publiek raadpleegbaar. Volgens DE CLERCK mag *"een algemene toelating om private werkprocédés toe te passen [zoals artikel 5, 1° van de wet van 1 maart 1922 voorziet] geen aanleiding (...) zijn om af te wijken van een essentieel*

³⁸⁶ O.V., "Het 'gemeentelijk belang' in de Intercommunale Vennootschappen", *RW* 1940, afl. 3, (1233) 1235-1236.

³⁸⁷ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 206.

³⁸⁸ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 194.

³⁸⁹ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 149.

kenmerk (en waarborg) van de gemeentelijke politiek.".³⁹⁰ Hierbij verwijst hij onder meer naar Frankrijk, waar de publiekrechtelijke basis van de intercommunales er voor zorgt dat de werking bepaalde vormen van openbaarheid kent.

Een *tweede* bemerking die de rechtsleer maakt, betreft het ogenblik waarop het toezicht dient plaats te vinden en meer bepaald het tijdstip van oprichting en het ogenblik van machtiging. Het intergemeentelijk samenwerkingsverband kan volgens een auteur niet eerst worden opgericht indien bepaalde voorwaarden zijn vervuld, en pas dan onder de controle van de Staat vallen. De machtiging van de regering om een intergemeentelijk samenwerkingsverband voor een welbepaald doel op te richten, moet de oprichting effectief *voorafgaan*: "(...) *des communes pourront spécialement être autorisées par l'Etat à s'associer pour un objet déterminé. L'Etat, par conséquent, ne se borne pas à revêtir de son approbation, de sa ratification, l'association que deux ou plusieurs communes ont constituée. Elles doivent être préalablement autorisées par le gouvernement à s'associer, et cela 'pour des objets d'un intérêt communal bien déterminé'.*".³⁹¹

Een *derde* relevante vaststelling omtrent het toezicht raakt het verband tussen het toezicht en de concurrentie tussen de publieke en de private sector. DE CLERCK maakt enkele overwegingen omtrent de concurrentie tussen de publieke en de private sector door de concurrentie aan het verband tussen het gemeentelijk belang en de doelstellingen van de intercommunale te koppelen. Aangezien er bijvoorbeeld al geen sprake kan zijn van mededinging bij politionele en administratieve doeleinden, is het concurrentiedomein volgens hem uiterst beperkt. Op de domeinen waar er evenwel concurrentie kan plaatsvinden, dient de vereiste dat er sprake moet zijn van 'een welbepaald gemeentelijk belang' in acht te worden genomen. Hierbij benadrukt DE CLERCK de rol van de toezichthoudende overheid: "*De toezichthoudende overheid heeft daarbij ook het recht zich om opportuniteitsredenen tegen de oprichting van konkurrerende interkommunales te verzetten en namelijk, wanneer de instelling niet van*

³⁹⁰ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 134-135.

³⁹¹ X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 201-202.

onontbeerlijk belang voor de onderhorigen wordt geacht".³⁹² Een andere auteur stelt dat de wet van 1 maart 1922 van toepassing is op de exploitatie van tramwegen, maar dat de wet van 9 juli 1875 die in een concessiemogelijkheid voorziet deze tramwegen al beheerst. Artikel 3, eerste lid van laatstgenoemde wet voorziet dat de concessies enkel mogen worden verleend aan private personen of maatschappijen door middel van een openbare aanbesteding voor ten hoogste vijftig jaar.³⁹³ Hierbij wordt er opgeworpen dat er op basis van de wet van 1 maart 1922, mits machtiging van de regering, een intercommunale kan worden opgericht met het oog op de exploitatie van tramwegen zonder dat er evenwel sprake is van een dergelijke openbare aanbesteding. Dit valt volgens de auteur te betreuren in het licht van de waarborgen die concepten als 'openbare aanbesteding' en 'concurrentie' met zich meebrengen: "*N'est-il pas regrettable qu'une simple autorisation gouvernementale, accordée à une association de communes, puisse dépouiller le public d'une garantie aussi essentielle?*".³⁹⁴ Volgens de auteur dient dan ook de vraag te worden gesteld of de regering – de eerbiediging van de garanties die de concurrentie wil vrijwaren, in acht nemend – de oprichting van een intergemeentelijk samenwerkingsverband niet enkel zou mogen machtigen op voorwaarde dat er een openbare aanbestedingsprocedure werd doorlopen.³⁹⁵

Ten slotte, in het verlengde van de suggestie van sommige rechtsgeleerden om een onderscheiden wettelijke regeling voor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden te hanteren naargelang de sector waarbinnen hun doelstellingen van gemeentelijk belang vallen, oppert HAUTPENNE eveneens een onderscheiden toezicht naargelang de sectoren waarin de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden actief zijn. Bij eenzelfde toezicht dat ten aanzien van ieder intergemeentelijk samenwerkingsverband geldt, ongeacht de mogelijk grote verschillen in activiteit, kan het zich volgens hem voordoen dat het toezicht te

³⁹² D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 79.

³⁹³ Art. 3, eerste lid: "*Les concessions de tramways ne peuvent être accordées à des particuliers ou à des sociétés que par voie d'adjudication publique, pour cinquante années au plus.*".

³⁹⁴ X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 206.

³⁹⁵ X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 205-206.

zwaar is voor de ene intercommunale en te zwak is voor de andere.³⁹⁶ Een onderscheiden toezicht met verschillende modaliteiten biedt in dit geval soelaas.

2.5. Intergemeentelijke overeenkomsten

71. Artikel 18 van de kaderwet – De wet van 1 maart 1922 omvat niet enkel een eerste afdeling die de mogelijkheid regelt voor gemeenten om samen te werken via de oprichting van een rechtspersoon. Hoewel dit aanvankelijk niet was voorzien in het wetsvoorstel Melckmans kunnen gemeenten op grond van de tweede afdeling van de wet van 1 maart 1922, met artikel 18 als enige artikel, ook op een niet-geïstitutionaliseerde wijze samenwerken. Het sluiten van intergemeentelijke overeenkomsten voor leveringen en diensten van welbepaald gemeentelijk belang is voortaan eveneens wettelijk voorzien.³⁹⁷

Net zoals de eerste afdeling van de kaderwet specifiek het verenigingscontract regelt, heeft de tweede afdeling eveneens een bepaald soort overeenkomst op het oog. Er kunnen voortaan intergemeentelijke overeenkomsten worden afgesloten voor leveringen en diensten van gemeentelijk belang. De leveringen en de diensten die door middel van de overeenkomsten ter beschikking kunnen worden gesteld aan andere gemeenten zijn niet nader bepaald. Dit kunnen leveringen van commerciële aard zijn, zoals de levering van gas, elektriciteit en water, maar kunnen evengoed een huisvuilophaaldienst of een reinigingsdienst uitmaken. Door het afsluiten van een dergelijke overeenkomst komt er uiteraard geen afzonderlijke rechtspersoon tot stand.³⁹⁸ In tegenstelling tot de intercommunale behoudt de gemeenteraad bijgevolg zijn zeggenschap. Het beheer over de dienst blijft dan ook volledig bij de aanbiedende gemeente, ook al wordt er een overeenkomst afgesloten.³⁹⁹ Ook ten aanzien van de intergemeentelijke overeenkomsten voorziet de wet in een toezicht: opdat een intergemeentelijke overeenkomst zou kunnen worden afgesloten, is er een Koninklijke goedkeuring

³⁹⁶ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 148.

³⁹⁷ Art. 18, eerste lid: "*Les communes peuvent faire entre elles des conventions pour des fournitures et pour tout service d'intérêt communale bien déterminé.*".

³⁹⁸ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 60.

³⁹⁹ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 274.

en een advies van de bestendige deputatie vereist.⁴⁰⁰ Wat de overeenkomsten betreft die vóór 1910 zijn opgericht, werd er niets wettelijk geregeld. De overeenkomsten blijven hun gelding bijgevolg behouden en dienen niet te worden onderworpen aan het toezicht – op zijn minst niet totdat zij worden gewijzigd of verlengd.⁴⁰¹ Ten slotte hangt de keuze tussen het afsluiten van een intergemeentelijke overeenkomst en het oprichten van een intergemeentelijk samenwerkingsverband onder meer af van de vraag of de kostprijs van de dienst objectief kan worden omgeslagen. Indien die vraag negatief moet worden beantwoord, lijkt de oprichting van een intergemeentelijk samenwerkingsverband de aangewezen samenwerkingsmethode.⁴⁰²

2.6. Tussentijdse conclusie

72. De wet van 1 maart 1922 was de eerste algemene wet omtrent intergemeentelijke samenwerking sinds de grondwettelijke verankering van het verenigingsrecht voor gemeenten. Op grond van deze wet kunnen twee of meer gemeenten een intergemeentelijk samenwerkingsverband oprichten voor zaken van een welbepaald gemeentelijk belang.

- **Rechtsvorm** – De rechtsvorm die het samenwerkingsverband moet aannemen, is niet wettelijk bepaald en ook eensgezindheid in de rechtsleer over de mogelijke rechtsvormen ontbreekt. Toch lijkt de rechtsleer overwegend aan te nemen dat gemeenten de intercommunale eender welke rechtsvorm kunnen toekennen, uiteraard mits het verkrijgen van een Koninklijke machtiging. De specifieke wetten inzake de intercommunes voor waterbedeling en buurtspoorwegen lieten daarentegen de keuze tussen de naamloze of de coöperatieve vennootschapsvorm. De specifieke wet inzake de inrichting van verplegingsgestichten onder verschillende

⁴⁰⁰ Art. 18, tweede lid: "*Ces conventions sont soumises à l'approbation du Roi, sur avis de la députation permanente du conseil provincial.*".

⁴⁰¹ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 152.

⁴⁰² P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 154.

gemeenten creëerde een *sui generis*-rechtsvorm gebaseerd op de bepalingen over de gemeentelijke burgerlijke godshuizen.

- **Deelnemers** – De wet van 1 maart 1922 laat naast gemeenten ook de Staat, provincies en private (rechts)personen toe tot het intergemeentelijk samenwerkingsverband. De bemerking tijdens de parlementaire voorbereiding dat het winstbejag dat inherent is aan private maatschappijen onverenigbaar is met het doel van openbaar nut dat de intercommunales beogen, werd *gecounterd* door te verzekeren dat de deelneming van private personen en maatschappijen enkel is toegelaten met het oog op het algemeen belang. In het verlengde hiervan lijkt de rechtsleer zich te scharen achter het idee dat de deelnemende gemeenten in elk geval het overwicht aan stemmen dienen te behouden ten opzichte van de overige deelnemers, ook al voorziet de wet geen verhouding. Ten slotte maakt de rechtsleer het onderscheid tussen gemengde en zuivere intercommunales, naargelang de deelname van respectievelijk wel of geen private partners, terwijl de kaderwet dit onderscheid niet hanteert. De mogelijkheid tot private deelname was reeds voorzien in de specifieke wetten op de intercommunales voor buurtspoorwegen en waterbedeling. Deelname door de Staat was in geen van de drie specifieke wetten voorzien en werd in de voorbereidende werken van de wet omtrent de buurtspoorwegen zelfs uitdrukkelijk onmogelijk geacht.

- **Doel, aard en karakter** – In tegenstelling tot de specifieke wetten worden de sectoren waarin het intergemeentelijk samenwerkingsverband kan optreden niet *a priori* vastgelegd in de kaderwet. Toch is zijn doel duidelijk bepaald: het intergemeentelijk samenwerkingsverband dat op grond van de kaderwet wordt opgericht, dient zaken van een *welbepaald gemeentelijk belang* te behartigen. Volgens het merendeel van de rechtsleer kan dit een politiek of administratief, maar evengoed een economisch gemeentelijk belang zijn. Een intercommunale die een commerciële of speculatieve hoofddoelstelling aanhoudt, kan echter nooit worden goedgekeurd – net zoals de intercommunale die de realisatie van een economisch gemeentelijk belang nastreeft niet mag uitgroeien tot een commerciële onderneming. De

aard en het karakter van de intercommunale worden daarentegen niet uitdrukkelijk omschreven in de kaderwet. Dit ook weer in tegenstelling tot de specifieke wetten: daar werden de 'specifieke' intergemeentelijke samenwerkingsverbanden ofwel in de wet zelf, ofwel in één van de kamerdocumenten, als openbare instellingen en openbare diensten – en dus niet als (private) ondernemingen – gekwalificeerd. In de artikelsgewijze bespreking van het wetsvoorstel werd het intergemeentelijk samenwerkingsverband, onder meer door de minister van Binnenlandse Zaken, toch gekwalificeerd als publieke instelling van openbaar nut. Waar er vragen kunnen worden gesteld bij de 'waarde' van die kwalificatie ten opzichte van bijvoorbeeld een wettelijke kwalificatie of een kwalificatie in een memorie van toelichting, wordt het stilzwijgen van de wet toch in zekere mate opgevangen door de besprekingen in de Kamer. Het enige wat de kaderwet enigszins over de aard en het karakter bepaalt, is dat de statuten de handelswetten moeten respecteren, dat de aard van de intercommunale bijzonder is en dat de intercommunale een burgerlijk karakter heeft. Verder lijken de onteigeningsbevoegdheid, het administratief toezicht en de fiscale vrijstelling wel te wijzen op het publiek karakter van de intercommunale. Het feit dat de kaderwet in beginsel teruggrijpt naar de privaatrechtelijke handelswetten om de intercommunale vorm te geven, versterkt het stilzwijgen van de wet en werkt de twijfel in de hand. Toch kwalificeert het merendeel van de rechtsgeleerden de intercommunale als een orgaan van publiek recht en niet als een onderneming met een commercieel karakter.

- **Toezicht** – Heel wat bepalingen van de kaderwet zijn gewijd aan het toezicht. *Vooreerst* schrijft de kaderwet, net zoals was voorzien in de specifieke wetten, een oprichtingstoezicht voor. *Ten tweede* wordt er een algemeen toezicht voorzien waardoor de regering alle verrichtingen van de intercommunale kan controleren en zich kan verzetten tegen hun uitvoering. Dit toezicht is hetzelfde toezicht als voorzien in de specifieke wetten op de intercommunales voor de spoorwegen en de waterbedeling. *Ten derde* zijn er nog tal van bepalingen die een toezicht op welbepaalde intercommunale verrichtingen organiseren. Het vertrouwen in en de rol van de overheid in dit toezichtsverhaal is bijgevolg groot: het is de overheid die erover zal

moeten waken dat intergemeentelijke samenwerking enkel wordt aangewend voor de verwezenlijking van zaken van een welbepaald gemeentelijk belang.

Door het feit dat de kaderwet voorschreef dat de bepalingen van het handelsrecht in beginsel moesten worden in acht genomen bij de creatie van intercommunales maar doordat er tegelijkertijd werd gebruik gemaakt van publiekrechtelijke technieken en de bepalingen van het administratief recht moesten geëerbiedigd worden, kwam er in 1922 logischerwijs een 'osmose' van publiek- en privaatrecht tot stand. Dit werd nog versterkt doordat het niet *a priori* was uitgesloten dat een intercommunale op basis van de ruime notie van het gemeentelijke belang ook doelstellingen met een commerciële of industriële invalshoek – die normaliter eerder in de privaatrechtelijke sfeer thuishoren – kon vooropstellen, mits deze doelstelling uiteraard paste binnen het verwezenlijken van het gemeentelijk belang. Ook het feit dat private personen en maatschappijen konden deelnemen aan het intergemeentelijk samenwerkingsverband laat de grens tussen beide rechtstakken vervagen. Het wordt al snel duidelijk dat de wetgever geen zuivere scheiding van beide rechtstakken in de materie van de intercommunalisatie nastreefde, integendeel. Er werd gekozen voor een publiekrechtelijke kern met een privaatrechtelijk omhulsel en invloeden, wat ervoor zorgt dat de intercommunale als hybride rechtspersoon kan worden omschreven.

3. 1922-1986: over een 'ongecoördineerde' periode naar een tweede algemene wet

73. Amalgaam aan regelgeving – Na de inwerkingtreding van de kaderwet van 1 maart 1922 kwamen zijn gebreken al gauw aan het licht. Verder wetgevend optreden bleef dan ook niet uit. Een tweede algemene wet omtrent intergemeentelijke samenwerking zou echter op zich laten wachten tot in 1986. In tussentijd werd de periode tussen beide algemene wetten overbrugd door de uitvaardiging van een amalgaam aan bepalingen met betrekking tot intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Het regulerend optreden betrof telkens welomschreven kwesties in specifieke sectoren, en regelde zaken zelden op een algemene manier. Er werd niet enkel sporadisch gesleuteld aan de kaderwet via wetten en koninklijke besluiten maar er werd ook opgetreden ter uitvoering van de wet van 1 maart 1922. Lacunes die de kaderwet naliet te regelen, werden ingevuld door onder meer pseudowetgeving zoals ministeriële omzendbrieven.

Net zoals er vóór de totstandkoming van de kaderwet van 1 maart 1922 specifieke wetten werden aangenomen, gebeurde dit eveneens in deze periode. Die specifieke wetten lieten de oprichting van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden opnieuw voor een specifiek doel toe. Bij de uitvaardiging van die specifieke wetten werd er de ene keer voor gekozen om het verenigingsrecht van gemeenten in welbepaalde sectoren louter te bevestigen en daarbij niet af te wijken van de kaderwet – een bevestiging die eigenlijk overbodig is.⁴⁰³ Een andere keer schreven specifieke wetten daarentegen wel uitdrukkelijk afwijkingen op de kaderwet voor.

Ten slotte werden er ook wetsontwerpen opgesteld.⁴⁰⁴ Ook al mondde het niet uit in een wet, kan het wetsontwerp betreffende de intercommunale verenigingen

⁴⁰³ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 55.

⁴⁰⁴ Voor een overzicht van enkele voorstellen om de wet van 1 maart 1922 (gedeeltelijk) te herzien, zie P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 50-51.

van 23 april 1958⁴⁰⁵ (hierna: wetsontwerp Vermeylen) als belangrijk worden aangemerkt. Dit aangezien dit wetsontwerp een volledige herziening van de kaderwet beoogde en op fundamentele vlakken wou ingrijpen. Niettegenstaande het wetsontwerp geen wet werd, wordt het eveneens betrokken in dit onderdeel omdat het de veranderde zienswijze ten opzichte van de wet van 1 maart mooi weergeeft en inzichten biedt. Verschillende aspecten waarin het wetsontwerp voorzag, werden dan ook overgenomen in de wet van 22 december 1986.

Op het vlak van regulering kan er dus beslist over een 'ongecoördineerde' periode worden gesproken. Het valt te benadrukken dat er geen wetgeving, koninklijke besluiten of omzendbrieven werden aangenomen die er op waren gericht om de wet van 1 maart 1922 specifiek op het vlak van de rechtsvorm, de deelnemers of het doel, de aard en het karakter van de intercommunale op een algemene en ingrijpende wijze bij te sturen – dit was enkel het geval ten aanzien van het toezicht. Daardoor kan er in die periode niet van een zwaar en ingrijpend wetgevend optreden worden gesproken: "*Pendant les décennies suivantes, [la loi du 1er mars 1922] subit seulement de légères modifications, peu nombreuses et peu importantes.*".⁴⁰⁶ Dit moet echter wat worden genuanceerd: zonder dat er werd overgegaan tot een diepgaande analyse en tot een volledige herziening van de kaderwet, werd de wet van 1 maart 1922 door die ongecoördineerde aanneming van regelgeving, toch op een omstandige wijze aangevuld en geïnterpreteerd. Uit het regulerend optreden in die periode kunnen er bovendien aanwijzingen worden teruggevonden omtrent de aard en het karakter van de intercommunale, een aspect van het intergemeentelijk samenwerkingsverband waarover er bij de aanneming van de wet van 1 maart 1922 allesbehalve eensgezindheid bestond. Naast wetgevend optreden is er gedurende die periode ook heel wat recht gesproken. Aangezien de rechtspraak een beslissende invloed heeft gehad op de kwalificatie van de intercommunale wordt die hieronder eveneens uiteengezet.

⁴⁰⁵ Wetsontwerp betreffende de intercommunale verenigingen, *Parl.St.* Kamer 1957-58, nr. 936/1.

⁴⁰⁶ F. DEHOUSSE, "Un nœud de vipères constitutionnel: le statut des intercommunales et la Cour d'arbitrage", *JT* 1985, afl. 5354, (617) 618.

74. Opbouw – Gelet op het omstandig wetgevend optreden en de focus van dit rechtshistorisch onderzoek, beoogt dit derde hoofdstuk geen limitatieve weergave van de wijzigingen van en aanvullingen op de kaderwet en van de specifieke wetten te geven. Dit hoofdstuk schetst de tussenkomst van zowel de wetgevende als uitvoerende macht aan de hand van een aantal voor dit proefschrift relevante aanpassingen en toevoegingen. Hierbij wordt de indeling doorgetrokken die werd gehanteerd in de voorgaande twee hoofdstukken om de focus van dit onderzoek op de hybriditeit van het intergemeentelijk samenwerkingsverband te behouden.

De keuze voor de hieronder behandelde wetgevingsinitiatieven is gebaseerd op, enerzijds, de relevantie van de vernieuwingen voor dit proefschrift en, anderzijds, op die wetgevingsinitiatieven die in de rechtsleer het meest frequent zijn becommentarieerd.⁴⁰⁷ De wetgevingsinitiatieven die een impact hadden op meer dan één van de gehanteerde categorieën worden verschillende keren vermeld. De opsomming is in ieder geval niet exhaustief, maar louter illustratief. Eerst komen de initiatieven inzake rechtsvorm aan bod (3.1.), gevolgd door die omtrent de deelnemers (3.2.). Vervolgens worden de wijzigingen die een impact hadden op het doel, de aard en het karakter uiteengezet. Het ongecoördineerd optreden en het onsystematisch bijsturen van de in 1922 ontworpen algemene regeling werd nog versterkt doordat er in de periode tussen de beide algemene wetten ook recht werd gesproken. Zo mengde de rechterlijke macht zich reeds sinds het begin van het interbellum in het debat over de aard en het karakter van het intergemeentelijk samenwerkingsverband maar zal duidelijk worden dat een tweespalt in de rechtspraak de onduidelijkheid enkel maar bevestigt. Op dit vlak vond er in 1966 een kentering plaats toen het Hof van Cassatie ten langen leste constateerde dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband wel degelijk een publiekrechtelijk karakter heeft (3.3.). In een vierde onderdeel wordt de bijsturing

⁴⁰⁷ Dit zijn de wet van 18 mei 1929, het koninklijk besluit van 14 augustus 1933, het koninklijk besluit van 31 maart 1936, het koninklijk besluit van 24 februari 1959, de ministeriële omzendbrief van 25 februari 1959 en het wetsvoorstel Vermeylen, zie onder meer N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 80-83; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 55; G. VAN DAELE, "De intercommunales in België", *Gemeentekrediet van België* 1984, bijvoegsel bij afl. 147, (1) 2; F. DEHOUSSE, "Un nœud de vipères constitutionnel: le statut des intercommunales et la Cour d'arbitrage", *JT* 1985, afl. 5354, (617) 618.

van het toezicht uiteengezet (3.4.). Daarna wordt er gefocust op, enerzijds, de hervormingen van het binnenlands bestuur die een impact hadden op intercommunales en op, anderzijds, de gedeeltelijke regionalisering die in de jaren tachtig plaatsvond waardoor de bevoegdheid om intergemeentelijke samenwerking te regelen – deels – werd toegekend aan de gewesten (3.5.). De toenadering tussen het publiek- en privaatrecht en de invloed van Europa in dit proces, door onder meer de liberalisering van de markten, komen in een voorlaatste deel aan bod (3.6.). Een tussentijdse conclusie vat de periode die door de twee algemene wetten wordt omsloten, samen (3.7.).

75. Verhouding tussen kaderwet en specifieke wetten – De kaderwet van 1 maart 1922 is in beginsel volledig van toepassing op intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die zijn opgericht op grond van de specifieke wetten die na de wet van 1 maart 1922 zijn aangenomen. De toepassing kan evenwel slechts plaatsvinden indien de specifieke wetten geen afwijkende regeling voorzien en indien de toepassing van de kaderwet niet in strijd is met de geest van de specifieke wet.⁴⁰⁸ Er werden natuurlijk ook specifieke wetten aangenomen die voorzagen in ten opzichte van de kaderwet *afwijkende* bepalingen. Nog andere specifieke wetten hanteerden een volledig eigen regeling.⁴⁰⁹

Om een beeld te geven van de sectoren waarin er specifieke wetten werden aangenomen, kunnen volgende initiatieven worden vermeld: de wet van 10 maart 1925 op de elektriciteitsvoorziening liet intercommunales toe die de oprichting van fabrieken voor de productie van energie of de distributie en de verkoop van elektrische stroom op het oog hadden.⁴¹⁰ De wet van 10 maart 1925 tot regeling van de openbare onderstand liet de oprichting van intercommunale commissies van openbare onderstand toe.⁴¹¹ De wet van 21 maart 1932 betreffende de fakultatieve verbranding van menselijke lijken voorzag in de mogelijkheid tot

⁴⁰⁸ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 162-163; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 54-55.

⁴⁰⁹ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 54-55 en 234-235.

⁴¹⁰ *BS* 25 april 1925.

⁴¹¹ *BS* 20 maart 1925.

oprichting van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden met de oprichting en het onderhoud van een lijkverbrandingsoven als doel.⁴¹² De wet van 18 juli 1959 tot invoering van bijzondere maatregelen ter bestrijding van de economische en sociale moeilijkheden in sommige gewesten, liet gemeenten toe om zich te verenigen om intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voor regionale economische uitrusting op te richten.⁴¹³ De wet van 22 februari 1961 regelde de oprichting van intercommunales voor stedelijk gemeenschappelijk vervoer.⁴¹⁴ De wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en de stedenbouw regelde de oprichting van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die het opmaken van een gemeenschappelijk algemeen plan beoogden.⁴¹⁵ Voor de volledigheid kan worden vermeld dat de drie specifieke wetten betreft die zijn aangenomen vóór de totstandkoming van de kaderwet in de periode tussen de kaderwetten zijn opgeheven.⁴¹⁶

3.1. Rechtsvorm

76. Om het even welke rechtsvorm? – Wat de rechtsvorm betreft die de intercommunale moet aannemen, is het wetsontwerp Vermeylen⁴¹⁷ vermeldenswaardig. Uit het wetsontwerp blijkt dat de regering zinnens was om af te stappen van 'de beperking' dat de intercommunale één van de

⁴¹² Art. 2, tweede lid van de wet van 21 maart 1932 betreffende de fakultatieve verbranding van menselijke lijken, *BS* 21 maart 1932: "*Deux ou plusieurs communes peuvent, moyennant le même avis et la même autorisation, s'associer en vue de la création d'un four crématoire.*".

⁴¹³ *BS* 29 augustus 1959.

⁴¹⁴ *BS* 28 februari 1961.

⁴¹⁵ Art. 14, vierde lid van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en de stedenbouw, *BS* 29 maart 1962: "*Le Roi peut autoriser plusieurs communes à s'associer conformément à la loi du 1^{er} mars 1922 en vue de dresser un plan général commun.*".

⁴¹⁶ Sinds de aanneming van de wet van 10 maart 1925 tot regeling van de openbare onderstand (*BS* 20 maart 1925), vindt de wet van 6 augustus 1897 geen toepassing meer. De wet van 1 juli 1899 is in onbruik geraakt doordat de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen haar uitbatingssysteem heeft gewijzigd en is uiteindelijk volledig opgeheven door artikel 30 van de wet van 22 december 1986. De wet van 18 augustus 1907, met uitzondering van artikel 13, werd bij de wet van 22 december 1986 volledig opgeheven, zie D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larciere, 1968, 234-237; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 53.

⁴¹⁷ Wetsontwerp betreffende de intercommunale verenigingen, *Parl.St.* Kamer 1957-58, nr. 936/1.

handelsvennootschapsvormen moet aannemen. De memorie van toelichting luidt op dit vlak als volgt: *“De Regering heeft er o.a. voor gewaakt dat de vorm van de vereniging niet meer hoofdzakelijk op die van de handelsvennootschappen moet afgestemd zijn. De intercommunale verenigingen zullen als handelsvennootschappen, burgerlijke vennootschappen, verenigingen zonder winstoogmerk of in om het even welke andere vorm kunnen opgericht worden. Natuurlijk blijven de verenigingen, welke vorm ze ook aannemen, onderworpen aan de bepalingen van dwingend recht voorkomende in een wet welke ten doel heeft hun werkzaamheden te vergemakkelijken en te dekken.”*⁴¹⁸

Zoals *supra* nr. 52 e.v. vermeld, rees er ten aanzien van de wet van 1 maart 1922 echter onduidelijkheid over welke rechtsvorm de intercommunale kon aannemen. De opstellers van dit wetsontwerp lijken ervan uit te gaan dat er een beperking bestond tot één van de vennootschapsvormen, maar eerder in dit onderzoek bleek reeds dat de meerderheid van de rechtsleer stelt dat dit gelijk welke rechtsvorm kon zijn. Het wetsontwerp Vermeylen wil de keuze voor gelijk welke rechtsvorm in ieder geval toelaten, maar het wetsontwerp werd afgeketst toen de kamers werden ontbonden.

3.2. Deelnemers

77. Alle andere natuurlijke of rechtspersonen – De wet van 1 maart 1922 liet toe dat zowel gemeenten, provincies waarin de gemeenten zijn gelegen, de staat als particulieren aan het intergemeentelijk samenwerkingsverbanden konden deelnemen. Na verloop van tijd bleek dat er evenwel nog andere openbare diensten wilden deelnemen aan de intergemeentelijke samenwerking en dat het centraal bestuur hiertoe machtigingen verleende en zich hier met andere woorden niet tegen verzette.⁴¹⁹ Artikel 1, tweede lid, 3^o van het wetsontwerp Vermeylen wou die praktijk wettelijk bevestigen door te bepalen dat *“alle andere natuurlijke of rechtspersonen”* dan de staat en de provincies waarin de gemeenten zijn

⁴¹⁸ MvT bij het wetsontwerp betreffende de intercommunale verenigingen, *Parl.St.* Kamer 1957-58, nr. 936/1, 1-2.

⁴¹⁹ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 87; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 75.

gelegen, deel kunnen uitmaken van de vereniging. Volgens de memorie van toelichting wordt hiermee nader bepaald dat *“de Rijksorganen met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid, de commissies van openbare onderstand en de bij de wet met het bestuur van de erediensten belaste openbare instellingen, op dezelfde voet als de Staat, de provincies, de particulieren en de private vennootschappen aan de intercommunale verenigingen kunnen deelnemen. Ook kan een bepaalde intercommunale vereniging tot een andere intercommunale vereniging toetreden.”*⁴²⁰ Indien er andere deelnemers dan de Staat willen deelnemen aan de intercommunale, schrijft artikel 9 van het wetsontwerp Vermeylen voor dat de Koning zijn machtiging dient te verlenen.⁴²¹

Ten aanzien van de particulieren en de private vennootschappen stelt het wetsontwerp dan weer (verstrengde) deelnemingsvoorwaarden vast. Artikel 11 van het wetsontwerp bepaalt dat de particulieren en de private vennootschappen eigenaar dienen te zijn van de goederen die zij inbrengen.⁴²² Ook dit is louter informatief aangezien het wetsontwerp nooit wet werd – één en ander zal wel als inspiratie dienen voor de wet van 22 december 1986.

78. Stemmenaandeel en vertegenwoordiging – *Supra* werd uiteengezet dat, ondanks het stilzwijgen van de wet van 1 maart 1922, de rechtsleer zich wel achter het idee schaarde dat de deelnemende gemeenten het overwicht aan stemmen dienen te behouden en dat die zienswijze overeenstemt met de geest van de wet. Het wetsontwerp wou duidelijkheid brengen: artikel 17 van het wetsontwerp houdt in dat *“welke ook de verhouding zij van de inbreng van de verschillende partijen in de samenstelling van het maatschappelijk kapitaal, (...) de gemeenten en de commissies van openbare onderstand steeds [beschikken] over de meerderheid van de stemmen in de onderscheiden bestuurs- en*

⁴²⁰ MvT bij het wetsontwerp betreffende de intercommunale verenigingen, *Parl.St.* Kamer 1957-58, nr. 936/1, 2.

⁴²¹ Art. 9 van het wetsontwerp betreffende de intercommunale verenigingen, *Parl.St.* Kamer 1957-58, nr. 936/1, 42.

⁴²² Volgens de memorie van toelichting *“kan (zoals voorheen) de inbreng van het gebruik van die goederen volstaan. Sommige praktijken dienen echter verhinderd waardoor vennoten uit de privaatsector winst konden halen uit ingebrachte goederen waarvan de oorspronkelijke eigenaar een openbare overheid was.”* in MvT bij het wetsontwerp betreffende de intercommunale verenigingen, *Parl.St.* Kamer 1957-58, nr. 936/1, 7.

beheersorganen van de vereniging.”. Artikel 19 van het wetsontwerp gaat eveneens uit van de nauwe band tussen het intergemeentelijk samenwerkingsverband en de gemeente. Dit artikel voorziet dat de beheerders, hun commissarissen en hun plaatsvervangers en de leden van andere beheers- en toezichtsorganen die op voordracht van de gemeenten zijn aangeworven, hun ambt drie maanden na de volledige vernieuwing van de gemeenteraad neerleggen, tenzij hun mandaat uiteraard wordt bevestigd. Ten slotte voorziet artikel 24 van het wetsontwerp dat in de algemene vergadering de meerderheid van stemmen die nodig is om beslissingen te nemen, moet bereikt zijn voor tegelijkertijd het geheel van de stemmen van de deelgenomen, het geheel van de stemmen van de gemeenten en de commissies voor openbare onderstand en voor het geheel van de stemmen van de particulieren en de private vennootschappen.⁴²³

In zijn omzendbrief van 25 februari 1959 gaf de minister van Binnenlandse Zaken een aantal richtlijnen mee die gelijkaardig zijn aan de vernieuwingen waarin het wetsontwerp Vermeulen wou voorzien. *Vooreerst* wordt er niet langer toegelaten dat private deelnemers (het gebruik van) goederen inbrengen waarvan zij geen eigenaar zijn.⁴²⁴ Met een *tweede* belangrijke ministeriële richtlijn werd voorzien dat de gemeenten steeds de meerderheid van stemmen moeten hebben in de bestuurs- en beheersorganen van de intercommunale, aangezien de intercommunale door gemeenten voor zaken van gemeentelijk belang is samengesteld. De voorzitterstaak bij die organen moet ook door één van de gemeentelijke vertegenwoordigers worden ingevuld. Bovendien moeten de statuten voorzien dat de vertegenwoordiger zijn functie in de intercommunale stopzet vanaf de volledige vernieuwing van de gemeenteraad die de vertegenwoordiger heeft voorgedragen of zodra hij zijn mandaat verliest. *Ten slotte* wordt bepaald dat de beslissingen van zowel de algemene vergadering als de beheersraad voortaan moeten worden gesteund door zowel een meerderheid van ‘vennoten’ als een meerderheid van gemeentelijke vertegenwoordigers. De

⁴²³ Art. 24 van het wetsontwerp betreffende de intercommunale verenigingen, *Parl.St.* Kamer 1957-58, nr. 936/1, 45.

⁴²⁴ Omz. van 25 februari 1959, *BS* 11 maart 1959, 1797.

minister stelt dat “*het overwegend gemeentelijk karakter der vereniging*”⁴²⁵ hierdoor wordt benadrukt. Volgens BOON lijkt het feit dat de gemeenten steeds het overwicht moeten behouden “*inhaerent aan het begrip zelf (...) vermits de verenigingen juist hun bestaansredenen vinden in het dienen van gemeentelijke belangen.*”⁴²⁶

Aangezien deze invulling van de kaderwet bij omzendbrief gebeurde, is dit slechts als pseudowetgeving te beschouwen.⁴²⁷ Volgens DE CLERCK kunnen “*deze ministeriële richtlijnen [in werkelijkheid] alleen opgedrongen worden voor de interkommunales na 1959 opgericht; bij een minderheid van gemeenten wordt sinds 1959 het ontwerp van de statuten niet goedgekeurd. Bij de interkommunales van vóór 1959, is genoemd meerderheidsprincipe niet altijd verwezenlijkt. Bij gebreke van een uitdrukkelijke wetstekst, kan in feite het niet-naleven van deze wens, geuit door de minister, geen onwettelijkheid medebrengen, zodat aanpassing bij bestaande verenigingen onmogelijk blijkt.*”⁴²⁸ Toch is het administratief gezien een gewoonte dat een omzendbrief en de wens die daarin wordt uitgedrukt, wordt nageleefd.⁴²⁹

79. Participatiegraad – Artikel 17, §1 van de wet van 18 juli 1959 tot invoering van bijzondere maatregelen ter bestrijding van de economische en sociale moeilijkheden in sommige gewesten voorziet dat er ‘*sociétés d’équipement économique régional*’ kunnen worden opgericht. De tweede paragraaf van datzelfde artikel verklaart de kaderwet van 1 maart 1922, met uitzondering van artikel 13 en 14, van toepassing op die *sociétés* die op grond van deze specifieke wet worden opgericht en voorziet tegelijkertijd in een aantal afwijkingen ten

⁴²⁵ Omz. van 25 februari 1959, BS 11 maart 1959, 1797.

⁴²⁶ E. BOON, “Status en rechtsvorm van de intercommunale en super-communale nutsbedrijven, met inbegrip van de status van het personeel”, *TBP* 1961, afl. 3-4, (197) 207.

⁴²⁷ R. MAES, “Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet” in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 204; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 104 en 105.

⁴²⁸ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 123.

⁴²⁹ Verslag namens de Commissie bij de Commissie van onderzoek over de Opera van Vlaanderen, *Parl.St.* VI.Parl. 1985-86, nr. 2, 80 (<http://docs.vlaamsparlement.be/pfile?id=1033865>).

opzichte van de kaderwet. De belangrijkste afwijking is dat de openbare besturen-deelnemers samen de helft van de aandelen moeten bezitten, waarvan op zijn beurt de helft aan de gemeenten moet toekomen.⁴³⁰ Dit wijkt af van de kaderwet van 1 maart 1922 in de zin dat die wet naliet om voor te schrijven wat de verhouding is tussen het aandeel van de gemeenten en het aandeel dat er aan de andere deelgenoten dient toe te komen. De meeste intercommunales die streekontwikkeling als doelstelling hadden, werden echter opgericht conform de wet van 1 maart 1922, aangezien de gemeente in die wet een 'belangrijkere plaats' toekwam. Voorts laat de wet van 18 juli 1959 toe dat private fysieke of rechtspersonen lid worden van de vereniging zonder dat daar een Koninklijke goedkeuring voor is vereist.⁴³¹ Ten slotte voorziet de wet dat de gemeenten niet langer noodzakelijk de initiatiefnemers zijn tot oprichting van de intercommunale. De wet van 30 december 1970 betreffende de economische expansie heeft de wet van 18 juli 1959 opgeheven.⁴³²

80. Deelnemende gemeenten zijn bepaald – Het koninklijk besluit nr. 264 van 31 december 1983 voegt een artikel 10*bis* toe aan de wet van 31 december 1963 betreffende de civiele bescherming. Op grond hiervan kunnen er voortaan intercommunale brandweerverenigingen worden opgericht. Ook dit koninklijk besluit voorziet in een aantal afwijkingen op de wet van 1 maart 1922 ten aanzien van de intercommunales die op grond van deze specifieke wet worden opgericht. Zo vereist artikel 1 dat het initiatief tot oprichting hier uitgaat van de gemeente die als gewestelijk groepscentrum wordt aangewezen en dat die gemeente bovendien moet onderworpen zijn aan een financieel saneringsplan. Belangrijker is dat de gemeenten die tot het intergemeentelijk samenwerkingsverband kunnen behoren, zijn bepaald: de als groepscentrum aangewezen gemeente kan enkel een intercommunale oprichten met gemeenten die tot het groepscentrum

⁴³⁰ Art. 17 van de wet van 18 juli 1959 tot invoering van bijzondere maatregelen ter bestrijding van de economische en sociale moeilijkheden in sommige gewesten, *BS* 18 juli 1959.

⁴³¹ Art. 17, §2, derde lid van de wet van 18 juli 1959 tot invoering van bijzondere maatregelen ter bestrijding van de economische en sociale moeilijkheden in sommige gewesten, *BS* 18 juli 1959.

⁴³² R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 210-212.

behoren.⁴³³ Het werkgebied is met andere woorden beperkt, dit in tegenstelling tot de wet van 1 maart 1922. Aangezien de wetgever het bepalen van het werkgebied uitdrukkelijk heeft voorbehouden aan de provinciegouverneur, kan de vraag worden gesteld of dit wel nog in overeenstemming is met de vrijheid van gemeenten om zich te verenigen en of dit wel nog een aangelegenheid van gemeentelijk belang betreft.⁴³⁴ Tot slot voorziet ook het Waalse decreet van 7 oktober 1985 op de bescherming van het oppervlaktewater in afwijkingen ten opzichte van de wet van 1 maart 1922 wat de deelnemers aan het intergemeentelijk samenwerkingsverband opgericht op grond van deze specifieke wet betreft. Het werkgebied van de intercommunales voor waterzuivering wordt, gelet op hun doelstelling, door artikel 17 van het decreet *de facto* beperkt tot 'hydrografische gegevens'.⁴³⁵ Ook deze beperking van het werkgebied tot welbepaalde deelnemende gemeenten is opmerkelijk in het kader van de vrijheid van gemeenten om te verenigen en lijkt hier moeilijk verzoenbaar mee te zijn.⁴³⁶

81. Verbod deelname intercommunale in private rechtspersonen – In zekere zin gerelateerd aan de mogelijke deelnemers van de intercommunale, is de deelname door het intergemeentelijk samenwerkingsverband *zelf* in andere rechtspersonen. Via twee omzendbrieven, één van 5 mei 1941 en één van 29 oktober 1953, benadrukte de minister van Binnenlandse Zaken dat, ondanks het ontbreken van een wettelijk verbod, het verboden is voor een intergemeentelijk samenwerkingsverband opgericht op grond van de kaderwet om deel te nemen aan de oprichting van commerciële particuliere ondernemingen of private handelsvennootschappen. Dergelijke deelname van intercommunales vormt immers een "gevaar voor het algemeen belang (...) en [kan] aanleiding (...) geven tot de toepassing van [het toezicht zoals voorzien in] artikel 12 der wet van 1

⁴³³ Art. 1 van het koninklijk besluit nr. 264 tot wijziging van de wet van 31 december 1963 betreffende de civiele bescherming, *BS* 25 januari 1984.

⁴³⁴ R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 219-220.

⁴³⁵ Art. 17 van het decreet van 7 oktober 1985 op de bescherming van het oppervlaktewater, *BS* 10 januari 1986.

⁴³⁶ R. MAES, "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 220-222.

maart 1922".⁴³⁷ Redenen die worden aangehaald ter rechtvaardiging van het verbod zijn onder meer het gebrek aan administratief toezicht op de private handelsvennootschappen. Het algemeen belang verzet zich ertegen dat de gemeenten bepaalde rechten zou moeten afgeven ten voordele van de privéonderneming of dat er beslissingen kunnen worden genomen tegen de wil van de gemeenten in. Volgens de minister van Binnenlandse Zaken speelt er bovendien een belangenconflict omdat het risico bestaat dat de vertegenwoordiger van de intercommunale die als bestuurder van de private handelsvennootschap wordt aangeduid, als openbare mandataris zou kunnen delen in de winst.⁴³⁸

3.3. Doel, aard en karakter

82. Doelstelling van 'algemeen' belang – Het doel van het intergemeentelijk samenwerkingsverband werd in de wet van 1 maart 1922 en in de voorbereidende werken duidelijk omschreven: de intercommunale kan enkel worden opgericht om een welbepaald gemeentelijk belang te behartigen. Toch zijn er in de loop der tijd wetten aangenomen die zich baseren op de kaderwet van 1 maart 1922, maar die een ruimer doel dan het gemeentelijk belang vooropstellen. Zo laat de wet van 26 juli 1962 betreffende de onteigeningen ten algemene nutte en de concessies voor de bouw van de autosnelwegen toe dat de publiekrechtelijke personen worden opgericht als intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in de zin van de wet van 1 maart 1922, in weerwil van artikel 1, eerste lid, van die wet: "*nonobstant l'article 1er, alinéa 1er de cette loi.*"⁴³⁹ De wet bevat met andere woorden de mogelijkheid voor gemeenten om zich onder de vorm van een intercommunale te verenigen, maar tegelijkertijd doelstellingen voorop te stellen die niet van gemeentelijk belang zijn maar op het algemeen belang zijn gericht.

⁴³⁷ Omz. van 29 oktober 1953, *Bestuursmemoriaal der provincie Brabant*, 20 november 1953, 812-813.

⁴³⁸ Omz. van 5 mei 1941, *Rev.comm.* 1954, afl. 79, (106) 106; Omz. van 29 oktober 1953, *Rev.comm.* 1954, afl. 79, (106) 106-107 en X., "Deelneming aan de oprichting van private handelsvennootschappen", *De Gem.* 1953, afl. 50, (413) 413; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 176-178.

⁴³⁹ Art. 2, eerste lid van de wet van 26 juli 1962 betreffende de onteigeningen ten algemene nutte en de concessies voor de bouw van de autosnelwegen; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 55-56.

Gelet op het overstijgen van het gemeentelijk belang, zijn die instellingen echter bezwaarlijk nog als intergemeentelijke samenwerkingsverbanden te kwalificeren. Volgens HAUTPENNE heeft de wetgever de wet van 1 maart 1922 gehanteerd als leidraad, "zonder echter de geest van die wet te eerbiedigen"⁴⁴⁰. Volgens DE CLERCK hebben de instellingen op grond van deze wet opgericht "in wezen met interkommunale maatschappijen niets gemeens".⁴⁴¹ Bovendien mag ook het wegefonds deel uitmaken van deze publiekrechtelijke verenigingen, wat eveneens een fundamentele afwijking is op de kaderwet.

Volgens HAUTPENNE was er bovendien sprake van een 'structureel probleem', aangezien er "vooral in twee sectoren intercommunales [werden] opgericht waarvan het doel niet meer zo nauwkeurig afgebakend is als de wetgever wel zou bedoeld hebben".⁴⁴² Aan de hand van twee voorbeelden poneert hij dat er voornamelijk bij intercommunales voor ruimtelijke ordening en economische expansie en bij intercommunales in de medisch-sociale sector vaak een 'globaal' doel wordt vooropgesteld dat veraf staat van het welbepaald gemeentelijk belang.

83. Sectoren – Nauw verwant met het wettelijk bepaald doel van de intercommunale, zijn de sectoren waar de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zich in de praktijk op toelegden en de evolutie die zich op dit vlak voordeed. Waar er in 1922 ongeveer een twintigtal intergemeentelijke samenwerkingsverbanden actief waren in de watersector, de medisch-sociale sector en de sector van de buurtspoorwegen, nam het aantal intercommunales in de loop der tijd toe en gingen hun activiteiten steeds – in meer of mindere mate – andere sectoren betreffen.⁴⁴³

Volgens BUTTGENBACH waren de intercommunales midden de jaren vijftig van de vorige eeuw voornamelijk actief in de sector van de economische openbare

⁴⁴⁰ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 70-71.

⁴⁴¹ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 55.

⁴⁴² P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 72-74.

⁴⁴³ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 269.

diensten: "Les associations intercommunales se sont surtout développées dans le secteur des services publics économiques, notamment dans les secteurs de la distribution de l'eau, du gaz et d'électricité."⁴⁴⁴ Ook DEHOUSSE stelt in 1985 dat "[les intercommunales] prirent de manière progressive un poids impressionnant dans la vie économique du pays."⁴⁴⁵ Waar het aantal intercommunales enorm is toegenomen tussen 1922 en 1986, meer bepaald van respectievelijk een twintigtal naar ongeveer 240 intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, waren ze in de periode tussen beide kaderwetten inderdaad het meest actief in de sectoren van de energie en de waterbedeling. Het was voornamelijk in de energiesector dat het aantal intercommunales sinds de invoering van de kaderwet in 1922 toenam: van nul intercommunales in 1922 naar een zeventigtal intercommunales op het moment van de aanneming van de tweede kaderwet in 1986, met een negentigtal energie-intercommunales in 1978. Onder 'de energiesector' moet trouwens niet enkel de productie en distributie van energie en gas worden begrepen, maar eveneens de informatie- en communicatietechnologieën, waaronder de radio- en kabeldistributie.⁴⁴⁶ Het aantal intercommunales in de watersector en de medico-sociale sector nam eveneens toe en de intercommunales in de milieu- en omgevingssector deden hun intrede in 1925.⁴⁴⁷ In de afvalverwerkingssector werd de eerste intercommunale in 1945 tot stand gebracht. Een lichte toename tot in 1973, zou worden gevolgd door een sterke toename tot een dertigtal intercommunales in 1986.⁴⁴⁸ De eerste financieringsintercommunale werd opgericht in 1950 en het aantal nam licht toe, tot een tiental intercommunales in 1986.⁴⁴⁹ In de sector van de economische expansie kende het aantal intercommunales een sterke toename vanaf de jaren zestig: van één intercommunale in 1960, naar ongeveer dertig intercommunales

⁴⁴⁴ A. BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 167.

⁴⁴⁵ F. DEHOUSSE, "Un nœud de vipères constitutionnel: le statut des intercommunales et la Cour d'arbitrage", *JT* 1985, afl. 5354, (617) 618.

⁴⁴⁶ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 162-163.

⁴⁴⁷ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 188.

⁴⁴⁸ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 185.

⁴⁴⁹ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 196.

in 1986.⁴⁵⁰ Ten slotte zijn er in de periode tussen beide kaderwetten in diverse sectoren zoals sport, cultuur en toerisme een dertigtal intercommunales opgericht.⁴⁵¹

In het verslag namens de commissie voor de binnenlandse aangelegenheden van 2 oktober 1984, luidt de spreiding van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden als volgt: "*In 1982 waren er in België 234 intercommunales, waarvan 150 zuiver openbare en 84 gemengde. De indeling is als volgt: 71 voor gas, elektriciteit en kabeldistributie (waarvan 45 gemengd), 32 voor water, 29 voor economische expansie (waarvan de helft ook nog belast is met het huisvuil), 26 op medisch-sociaal gebied, 14 voor cultuur, sport, toerisme, ...*".⁴⁵² Samengevat bestonden er in 1986 een honderdtal intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in de energie- en de watersector samen, terwijl de overige 140 voornamelijk actief waren in de medisch-sociale sector, de dienstensector, de afvalverwerkingssector of gericht waren op de economische expansie. In 1986 was er in mindere mate sprake van financieringsintercommunales en intercommunales in de milieu- en omgevingssector. De financieringsintercommunales zouden echter sterk toenemen in de jaren na de aanneming van de tweede kaderwet, met een absolute boost tot meer dan twintig intercommunales in 1997.

84. Economische rol van de overheid – Belangrijk voor dit onderzoek is de positie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband op de markt. Dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in steeds meer sectoren actief zijn, hangt samen met de economische rol van de overheid in het algemeen die sinds de onafhankelijkheid van België is geëvolueerd. In dit kader kunnen de begrippen *l'État gendarme*, *l'État providence* en *l'État moderne* worden gehanteerd. In 1831 was België een *État gendarme* of nachtwakersstaat: het vrijwaren van de openbare orde en de vrijheid van het individu stonden centraal. Het economisch

⁴⁵⁰ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 174.

⁴⁵¹ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 204.

⁴⁵² Verslag van 2 oktober 1984 namens de Commissie voor de Binnenlandse Aangelegenheden, *Parl.St.* Senaat 1983-84, nr. 529/2, 21.

leven werd gezien als een "*primaat van de privésector*", waardoor de overheid zich zoveel mogelijk ging onthouden van economische inmenging.⁴⁵³ Het publiekrecht en het privaatrecht werden in de liberale nachtwakersstaat als twee van elkaar te onderscheiden gehelen beschouwd.⁴⁵⁴ De beperkte economische rol van de overheid verruimde evenwel na de Eerste Wereldoorlog. België evolueerde steeds meer van een liberale nachtwakersstaat naar een *État providence* of een verzorgingsstaat: om tegemoet te komen aan het collectief welzijn van de burgers, ging de overheid steeds meer tussenkomen in de maatschappij. Het takenpakket van de overheid breidde uit en de overheid ging zich inmengen in het economisch leven: zij ging "*daarenboven zelf actief aan het economische leven deelnemen door goederen te produceren en diensten te verstrekken. Het openbaar vervoer, het onderwijs, de telecommunicatie, de (sociale) woningbouw, radio- en televisie en financiële dienstverlening zijn slechts enkele aangelegenheden waarop de overheid zich (soms als monopolist) ging toeleggen.*"⁴⁵⁵

Daarnaast is ook de verticale verhouding tussen de overheid en de burger in de loop der tijd afgezwakt. Dit is te wijten aan, *ten eerste*, burgers die zich steeds kritischer en mondiger gingen opstellen, *ten tweede*, een groeiende nood aan samenwerking tussen de publieke en private sector en, *ten derde*, het toenemende succes van groeperingen en verenigingen.⁴⁵⁶ VANDENDRIESSCHE spreekt in dit verband over een 'meer moderne benadering', waarbij "*het algemeen en het particulier belang (...) niet langer onvereenigbaar [worden] geacht, wel integendeel. De overheid ziet zich in het kader van haar algemene*

⁴⁵³ K. ROSSIGNOL, *De (on)belastbaarheid van de overheid*, Brugge, die Keure, 2016, 10.

⁴⁵⁴ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 30.

⁴⁵⁵ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 30-31 en 36.

⁴⁵⁶ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 39-40; voor een grondige uiteenzetting over 'de emancipatie van burger en maatschappij in hun verhouding met de overheid', zie F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 35-39.

belangenbehartiging bijdragen tot particuliere belangen. Omgekeerd dragen particulieren doorheen hun privé-belangenbehartiging vaak bij tot het algemeen belang.".⁴⁵⁷ Voorts stelt de auteur dat "de mythe dat enkel de overheid, met uitsluiting van de privé, zou kunnen instaan voor taken van algemeen belang, (...) in belangrijke mate [is] doorprikt. Er wordt anderzijds ook aanvaard dat overheidspersonen winst kunnen nastreven en zelfs activiteiten kunnen ontwikkelen die geen uitstaan hebben met het algemeen belang of een openbare dienst."⁴⁵⁸ Vanaf de Tweede Wereldoorlog nam die inmenging van de Belgisch Staat in het economisch leven alleen maar toe. De economische rol van de overheid zou in de jaren tachtig van de vorige eeuw – onder meer onder invloed van Europa – verder wijzigen.

85. Europese invloed – De Europese regelgeving had "un impact non-négligeable sur les intercommunales".⁴⁵⁹ Zo vond er vanaf het einde van de jaren tachtig van de vorige eeuw een liberaliseringsgolf plaats.⁴⁶⁰ PLATTEAU omschrijft die evolutie als volgt: "Tot het einde van de jaren tachtig is de mededingingsrechtelijke belastingstelling voor overheidsondernemingen zeer matig geweest. Pas vanaf dan is de EG-Commissie, hierin gevolgd door het Hof van Justitie, overheidsbedrijven actief beginnen betrekken in haar mededingingsbeleid. Deze politiek kan niet worden losgekoppeld van de algemene liberaliseringsgolf van de laatste tien jaar, die in een aantal sectoren, waaronder de telecommunicatiesector, tot spectaculaire resultaten heeft geleid."⁴⁶¹ De creatie van een interne markt zorgde voor "de openstelling van typische overheidsdiensten naar de markt."⁴⁶² SURDIACOURT vermeldt de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in de elektriciteitssector ten aanzien

⁴⁵⁷ F. VANDENDRIESSCHE, "Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en private partners", *CDPK* 2002, afl. 3, (325) 331.

⁴⁵⁸ F. VANDENDRIESSCHE, "Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en private partners", *CDPK* 2002, afl. 3, (325) 331.

⁴⁵⁹ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 57.

⁴⁶⁰ S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story", *RW* 2012, afl. 37, (74) 76.

⁴⁶¹ K. PLATTEAU, "Overheidsondernemingen en het EG-mededingingsrecht" in S. BAETEN, K. BYTTEBIER en K. LEUS (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2000, (391) 391.

⁴⁶² K. ROSSIGNOL, *De (on)belastbaarheid van de overheid*, Brugge, die Keure, 2016, 16.

waarvan de liberalisering van de elektriciteitsmarkt de verplichting heeft meegebracht om zich te ontdoen van hun verkoopactiviteiten en zich uitsluitend op het beheer van het netwerk te richten.⁴⁶³ Gelet op die liberalisering van verschillende markten werden bepaalde activiteiten die intergemeentelijke samenwerkingsverbanden reeds vele jaren – vaak in monopolie – uitoefenden, na verloop van tijd ook door private ondernemingen beoogd.⁴⁶⁴ *"Er zijn evenwel ook diensten die de overheid vroeger integraal zelf organiseerde of inrichtte, maar die nu, door de economische liberalisering, verstrekt worden door marktspelers, die met elkaar in mededinging treden. Men denke aan de levering van elektriciteit en gas, de telefonie en de postdiensten en het vervoer over het spoor."*, aldus DE SOMER en OPDEBEEK.⁴⁶⁵

Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden begaven zich de laatste decennia dan ook (noodgedwongen) steeds meer op de commerciële en economische markt. Doordat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden alsmaar meer de realisatie van een activiteit van economisch of commercieel gemeentelijk belang nastreven, treden ze steeds vaker in concurrentie met private ondernemingen en marktspelers: *"De overheid heeft zich daarbij geleidelijk aan getransformeerd tot een economische actor, meer bepaald als producent of aanbieder van goederen en diensten, in de plaats van, naast of in concurrentie met de privésector."*⁴⁶⁶ Toegepast op intergemeentelijke samenwerking, formuleert ROSSIGNOL die evolutie passend als volgt: *"L'élargissement de leur terrain d'action a nécessairement pour conséquence que certaines intercommunales méritent très certainement le*

⁴⁶³ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 57.

⁴⁶⁴ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 49.

⁴⁶⁵ S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsel, Intersentia, 2017, 11.

⁴⁶⁶ K. ROSSIGNOL, *De (on)belastbaarheid van de overheid*, Brugge, die Keure, 2016, 18; *"Een aantal rechtspersonen in publieke rechtsvorm behartigt thans immers ook taken waarvoor zij in mededinging treden met de privésector."* in S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story", *RW* 2012, afl. 37, (74) 76; S. KEUNEN en K. WAUTERS, "Commerciële activiteiten intercommunales zijn onvereenigbaar met fiscale vrijstelling", noot onder GwH nr. 66/2017, *T.Gem.* 2017, afl. 3, (163) 163.

qualificatif d'opérateur économique, conjointement voire en concurrence avec le secteur privé." (eigen onderlijning).⁴⁶⁷

Die evolutie naar meer 'economisch gerichte' activiteiten van gemeentelijk belang, de hierdoor toenemende concurrentie met de privésector en het daarbij rijzend verschil in behandeling tussen de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en hun private concurrenten, zette echter meer en meer druk op de bevoorrechte positie van de intercommunale, waaronder op hun fiscale vrijstelling.⁴⁶⁸ Die toenemende druk werd in het verleden eveneens treffend verwoord door ROSSIGNOL: "De ontmanteling van veel overheidsmonopolies doet het onderscheid tussen de private en publieke sfeer langzaam maar zeker vervagen, zodat de rechtmatigheid van een afzonderlijk fiscaal statuut waarvan waterdistributiemaatschappijen, De Post en vele andere genieten op losse schroeven komt te staan" (eigen onderlijning).⁴⁶⁹ Zie *infra* nr. 302 voor de fiscale behandeling van intercommunales. Naast de liberalisering van de markten, zou ook de omzetting van Europese regelgeving inzake openbare aanbestedingen een impact hebben op de intercommunales. Heel wat gemengde intercommunales werden immers omgevormd naar zuivere intercommunales, door het feit dat de regelgeving aanbestedingen oplegt en dat "*il est cependant possible d'échapper à cette procédure si l'on se présente en tant qu'entreprise publique.*"⁴⁷⁰

86. Wetsontwerp Vermeulen: 'rechtspersonen naar publiek recht' – *Supra*

is gebleken dat het stilzwijgen van de wet van 1 maart 1922 omtrent de aard en het karakter van de intercommunale in zekere mate is opgevangen door de besprekingen in de Kamer en doordat de wet van 1922 impliciete aanwijzingen bevatte voor het publiek karakter van de intercommunale – zoals onder meer de mogelijkheid om over te gaan tot onteigening. Het merendeel van de

⁴⁶⁷ K. ROSSIGNOL, "L'exemption d'impôt des intercommunales va-t-elle définitivement disparaître du paysage fiscal?", *RFRL* 2017, afl. 3, (256) 256.

⁴⁶⁸ K. ROSSIGNOL, "Overheidsvrijstelling van lokale en regionale belastingen", *LRB* 2016, afl. 1, (3) 3 en 33.

⁴⁶⁹ K. ROSSIGNOL, "Subjectgerichte vrijstellingen ten aanzien van lokale belastingen: op zoek naar een hedendaagse verantwoording voor de fiscale vrijstelling ten gunste van publiekrechtelijke instellingen", *LRB* 2010, afl. 2-3, (109) 110.

⁴⁷⁰ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 57.

rechtsgeleerden kwalificeerde de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden dan ook als rechtspersonen van publiek recht en niet als ondernemingen met een commercieel karakter.

Om ieder misverstand en elke twijfel uit de wereld te helpen, voorzag artikel 2 van het wetsontwerp Vermeylen in een uitdrukkelijke verankering van het publiek karakter van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden: *“Intercommunale verenigingen zijn rechtspersonen naar publiekrecht. Welke juridische vorm zij ook mogen aannemen, steeds zijn zij onderworpen aan deze wet en hebben hun verbintenissen een burgerlijk karakter.”*. De memorie van toelichting luidt op dit vlak als volgt: *“Het voornaamste doel van de voorgestelde wetsherziening is echter de praktijken welke in strijd zijn met de wil van de wetgever van 1922, uit te schakelen. Die wetgever streefde naar soepelheid en doeltreffendheid. Hij bepaalde dat particulieren en private vennootschappen met de plaatselijke overheden konden samenwerken; maar hij heeft zeker niet gewild dat het bedrijf ten gevolge van die samenwerking aan de openbare overheid zou ontvallen. De intercommunale vereniging heeft een opdracht van gemeentelijk belang en is en blijft een administratief overheidsorgaan.”* (eigen onderlijning).⁴⁷¹ Voorts luidt de memorie van toelichting als volgt: *“De intercommunale verenigingen zijn administratieve overheden. Daarom dient uitdrukkelijk bepaald dat zij hoewel hun grootste soepelheid op gebied van organisatie ene en zeer ruime vrijheid voor hun juridische vorm wordt gelaten, onderworpen zijn aan de voorschriften van dwingend recht vervat in het ontwerp en dat hun verbintenissen geen handelskarakter hebben, welke vorm zij als vereniging ook mogen aannemen.”* (eigen onderlijning).⁴⁷² De wet van 22 december 1986 zou verder bouwen op de aanzet die in het wetsontwerp Vermeylen werd gegeven (zie *infra* nr. 104 e.v.).

87. Impliciete aanwijzingen voor aard en karakter – Wat de aard en het karakter van het intergemeentelijk samenwerkingsverband betreft, werd er *supra* nr. 60 e.v. verwezen naar een aantal bepalingen in de wet van 1 maart 1922 die

⁴⁷¹ MvT bij het wetsontwerp betreffende de intercommunale verenigingen, *Parl.St.* Kamer 1957-58, nr. 936/1, 2.

⁴⁷² MvT bij het wetsontwerp betreffende de intercommunale verenigingen, *Parl.St.* Kamer 1957-58, nr. 936/1, 5.

een impliciete aanwijzing zijn voor het publiek karakter van de intercommunale. In de periode tussen beide kaderwetten is er wetgevend optreden te vermelden die lacunes van de wet van 1 maart 1922 invulden en die op hun beurt een impliciete aanwijzing waren voor dit publiek karakter.

Vooreerst voorzag de kaderwet van 1 maart 1922 niets over intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en aanbesteding. Gelet op de rechtspersoonlijkheid die de intercommunale verkrijgt, rees uiteraard de vraag of ze onderworpen was aan het aanbestedingsrecht. Het kan immers voorkomen dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband een taak van gemeentelijk belang beoogt te vervullen, maar hiervoor beroep dient te doen op derden en dus niet zelf tot de uitvoering van de taak van gemeentelijk belang kan overgaan. De intercommunale kan als aannemer van werk ook optreden als louter uitvoerende intercommunale. Anderzijds kan de vraag worden gesteld of het aanbestedingsrecht speelt ten aanzien van de oprichting van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden door gemeenten. Ondanks het stilzwijgen van de kaderwet, zijn er in de jaren nadien een aantal instrumenten uitgevaardigd die een antwoord op die vragen formuleerden. Volgens DE CLERCK zijn er geen verplichtingen die de intercommunales die zich tot derden wenden voor de uitoefening van taken in acht dienen te nemen, behalve de verplichtingen die zijn opgenomen in het koninklijk besluit van 1 oktober 1935.⁴⁷³ Dit koninklijk besluit richt een Bestendige Commissie van advies inzake contracten of aanbestedingen op en legt bepaalde verplichtingen op inzake contracten, waaronder de verplichting om bepaalde zaken in het contact te vermelden. Op grond van artikel 1, eerste lid, 1^o van het voormelde koninklijk besluit zijn ook de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden onderworpen aan deze verplichtingen inzake aanbesteding: *“De termen ‘groeperingen van provinciën en gemeenten’ doelen niet alleen op de intergemeentelijke vereenigingen bestaande krachtens de wet*

⁴⁷³ Koninklijk besluit van 1 oktober 1935 houdende inrichting der bestendige commissie van advies inzake contracten of aanbestedingen en waarbij aan de openbare besturen en aan de hun ondergeschikte of door de openbare machten geldelijk gesteunde instellingen of organismen bepaalde verplichtingen worden opgelegd inzake contracten, *BS* 3 oktober 1935, 6240 e.v.

dd. 1 maart 1922, maar ook op andere groepeerings (...)."⁴⁷⁴ Nog volgens DE CLERCK moeten de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, ondanks het gebrek aan een wettelijke verplichting, in de regel de openbare aanbestedingsprocedures respecteren.⁴⁷⁵ Omtrent de intercommunale en aanbesteding werden er nog verschillende omzendbrieven uitgevaardigd waarin de openbare aanbesteding, en dus de gelijkschakeling met de gemeenten, opportuun werd geacht.⁴⁷⁶ Indien het intergemeentelijk samenwerkingsverband daarentegen optrad als loutere uitvoerder van werken, moest zij telkens – behoudens andersluidend statutair beding – aan de aanbestedingsprocedure die de aanbestedende gemeente uitschrijft, deelnemen.⁴⁷⁷

Ten tweede zijn er de regels die de vrije mededinging beogen te vrijwaren. Ook op dit vlak is de wet van 1 maart 1922 nietszeggend en werd er in de loop der tijd regulerend opgetreden. De wet van 10 maart 1925 op de elektriciteitsvoorziening schreef op dit vlak niet enkel voor dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband dat zich met die activiteiten bezighoudt voortaan buiten het werkingsgebied van de intercommunale een fabriek kan oprichten, maar die wet stelde bovendien vast dat het principe van vrije mededinging gold bij de productie van elektriciteit en de distributie in hoogspanning of voor industriële aanwending: "*Zowel private personen als de staat, provincies en de gemeenten, alleen of onder de vorm van een vereniging, hebben het recht om fabrieken voor de produktie van elektrische energie op te richten en te exploiteren.*"⁴⁷⁸ Er wordt een onderscheid gemaakt naargelang de soort energielevering die plaatsvindt. De

⁴⁷⁴ Voordracht aan de Koning bij het koninklijk besluit van 1 oktober 1935 houdende inrichting der bestendige commissie van advies inzake contracten of aanbestedingen en waarbij aan de openbare besturen en aan de hun ondergeschikte of door de openbare machten geldelijk gesteunde instellingen of organismen bepaalde verplichtingen worden opgelegd inzake contracten, *BS* 3 oktober 1935, 6239.

⁴⁷⁵ Over de verschillende aanbestedingsprocedures en waarom de openbare aanbesteding bij intercommunales de regel moet zijn, ondanks het ontbreken van een wettelijke verplichting hiertoe, zie D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 167-171.

⁴⁷⁶ Omz. van 13 juli 1951 en omz. van 27 mei 1957, zoals aangehaald in D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 170.

⁴⁷⁷ Zie D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 171-175, met een aantal kritieken op dit principe.

⁴⁷⁸ Art. 4, 5 en 6 van de wet, zoals aangehaald in P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 184-185.

gemeente, en bijgevolg de intercommunale, kan slechts ten aanzien van welbepaalde leveringen een monopoliepositie aanhouden.⁴⁷⁹ Voor de overige leveringen geldt het principe van de vrije mededinging.⁴⁸⁰ Het intergemeentelijk samenwerkingsverband wordt op dit vlak gelijk gesteld met de gemeente: *“les conditions indiquées à l’article précédent pour les distributions exploitées en régie par une commune sont applicables à la distribution exploitée par une association de communes.”*⁴⁸¹

Ten slotte zijn er als laatste voorbeeld een aantal vermeldenswaardige ingrepen te vermelden ten aanzien van (de bezoldiging van) het personeel van het intergemeentelijk samenwerkingsverband, waarover de wet van 1 maart 1922 naliert om iets te vermelden. Artikel 10*bis* en artikel 11, eerste en vijfde lid van de wet van 25 april 1933 stelden de in vast verband benoemde personeelsleden van het intergemeentelijk samenwerkingsverband uitdrukkelijk gelijk met het gemeentepersoneel wat de pensioenregeling betreft.⁴⁸² De besluitwet van 10 januari 1947 betreffende de bezoldiging van het personeel der provinciën, gemeenten, aan de provinciën en gemeenten ondergeschikte openbare besturen en der verenigingen van gemeenten⁴⁸³ stelde het geldelijk statuut van het personeel gelijk met dat van het rijkspersoneel. Ten slotte vermeldde de minister van binnenlandse zaken in zijn omzendbrief van 21 januari 1947 waarin algemene onderrichtingen werden gegeven over de toepassing van de besluitwet, dat de minima en maxima die bij de besluitwet zijn vastgesteld, *“niet van toepassing [zijn] op de wedden van het personeel der zelfstandige diensten als overheidsbedrijven en andere diensten met nijverheidskarakter, noch op de leerkrachten van de provinciale en gemeentelijke instellingen voor middelbaar,*

⁴⁷⁹ Art. 3, vierde lid van de wet van 10 maart 1925.

⁴⁸⁰ Art. 4, 5 en 6 van de wet, zoals aangehaald P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 185.

⁴⁸¹ Art. 6, tweede lid wet van 10 maart 1925 op de elektriciteitsvoorziening, *BS* 25 april 1925.

⁴⁸² Wet van 25 april 1933 omtrent de pensioenregeling van het gemeentepersoneel, *BS* 5 mei 1933; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 226-232.

⁴⁸³ *BS* 15 januari 1947, 357-363.

*normaal- of technisch onderwijs. Zij zijn evenmin toepasselijk op de wedden van het personeel der vereenigingen van gemeenten."*⁴⁸⁴

88. Verdeeldheid in de rechtspraak – Ondanks al deze evoluties en wijzigingen die een aanwijzing kunnen zijn voor de overwegend publieke aard en het karakter van het intergemeentelijk samenwerkingsverband, is het duidelijk dat er in de periode tussen de twee kaderwetten geen wettelijk initiatief werd genomen om de intercommunale uitdrukkelijk te kwalificeren. Enkel het wetsontwerp Vermeylen kwalificeerde de intercommunale uitdrukkelijk als publieke rechtspersoon. Het is uiteindelijk de rechtspraak die de discussie over de aard en het karakter van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zal beslechten.

Net zoals er in de rechtsleer onenigheid over bestond, heerste er ook in de rechtspraak verdeeldheid. Sommige rechtspraak hield het standpunt aan dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband in de privaatrechtelijke sfeer is te situeren, daden van koophandel stelt en geen openbare instelling is. Andere rechtspraak ging uit van het publiek karakter van de intercommunale. In zijn arrest van 1966 zou het Hof van Cassatie uiteindelijk een einde maken aan de discussie door zich bij die laatste zienswijze aan te sluiten. De discussie over het *privaat- of publiekrechtelijk karakter van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden* kaderde bovendien in een meer algemene discussie over de plaats van overheidsrechtspersonen – zoals de NMBS en de Nationale Maatschappij der Waterleidingen – in het publiek- of het privaatrecht in het algemeen.⁴⁸⁵

89. Rechtspraak in privaatrechtelijke richting – In een arrest van 12 juli 1929 oordeelde het Hof van Beroep te Luik dat de intercommunale geen

⁴⁸⁴ Omz. 21 januari 1947 bij de besluitwet van 10 januari 1947, betreffende de bezoldiging van het personeel der provincies, gemeenten, aan de provincies en gemeenten ondergeschikte openbare besturen en der vereenigingen van gemeenten, *BS* 3-4 februari 1947, 1099.

⁴⁸⁵ Zie hieromtrent onder meer: A. BUTTGEBACH, "Note d'observations", noot onder Cass. 2 december 1954, *RJDA* 1955, afl. 1, (57) 57-60 en F. DE VISSCHERE, "De N.M. der Belgische Spoorwegen in de nieuwste rechtspraak van het Hof van Cassatie en van de Raad van State", noot onder Cass. 27 november 1957, *TBP* 1958, afl. 1, (159) 159-162.

publiekrechtelijk lichaam is. Volgens CORTENBOSCH oordeelt het Hof in die zin omdat "noch naar de tekst, noch naar de geest van de wet van 1 maart 1922 een nieuwe macht werd geschapen".⁴⁸⁶ Het Hof van Beroep oordeelt als volgt: "Attendu qu'en réservant au pouvoir royal (...) et au gouvernement (...) des approbations, des autorisations et des contrôles, c'est-à-dire en prenant des garanties dont la réserve eût été superflue à l'égard d'une administration subordonnée par la nature même de son institution, le législateur a clairement répudié la pensée de faire d'associations telle que l'appelante (Association liégeoise d'électricité) une personne publique" (eigen onderlijning).⁴⁸⁷ Volgens HAUTPENNE kan dit echter – m.i. terecht – juist als een argument voor het publiekrechtelijk karakter van de intercommunale worden ingeroepen.⁴⁸⁸

Ten aanzien van een intergemeentelijk samenwerkingsverband dat elektriciteitsdistributie als oogmerk heeft, oordeelde het Hof van Beroep van Brussel in een arrest van 11 januari 1936 over de materiële bevoegdheid van de rechtbank van koophandel ten aanzien van bepaalde handelingen van dit intergemeentelijk samenwerkingsverband. Volgens het Hof van Beroep is het begrip 'daad van koophandel' niet onverenigbaar met de aard van de overheid en in het bijzonder niet als het een intergemeentelijk samenwerkingsverband tussen overheden en private deelnemers met privébelangen betreft. Voorts zegt het Hof dat het feit dat de wet stelt dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband zijn burgerlijk karakter niet verliest, niet uitsluit dat bepaalde van zijn handelingen een commercieel karakter hebben.⁴⁸⁹ Er werd cassatieberoep ingesteld tegen deze uitspraak, maar ook het Hof van Cassatie oordeelde op 17 februari 1938 in dezelfde zin. Volgens het Hof van Cassatie verzet geen enkele wettelijke bepaling zich tegen het feit dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband daden van koophandel kan stellen, zelfs als ze in een openbare dienst zoals elektriciteitsdistributie voorziet. Volgens het Hof nemen de handelingen die de

⁴⁸⁶ M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1955, afl. 31, (20) 20.

⁴⁸⁷ HvB Luik, 12 juli 1929, zoals aangehaald in Rb. Namen, 1 september 1962, *Pas.* 1962, III, 126.

⁴⁸⁸ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 97.

⁴⁸⁹ Brussel 11 januari 1936, *Rev.adm.* 1937, afl. 80, (289) 289.

intercommunale ten aanzien van particulieren stelt *in casu* dan ook een commerciële vorm aan en zijn dit "*des actes de commerce ayant un but de lucre*". Op grond van deze redenering verklaart het Hof de rechtbank van koophandel bevoegd in deze zaak.⁴⁹⁰ Als kanttekening valt te vermelden dat het Hof van Cassatie evenwel al eerder oordeelde in een arrest van 12 maart 1931 – weliswaar niet specifiek ten aanzien van een intercommunale – dat een verrichting gesteld met het oog op het openbaar belang, geen daad van koophandel kan uitmaken: "*Une opération faite en vue de l'utilité publique ne peut être un acte de commerce.*".⁴⁹¹

Ook in het vonnis in kortgeding van 29 juni 1962 van de rechtbank van eerste aanleg te Namen en het vonnis van 1 september 1962 van de rechtbank van eerste aanleg te Namen, dat een antwoord geeft op de vraag of de intercommunale in aanmerking komt voor derdenbeslag, werd in gelijkaardige zin geoordeeld: "*Ces associations ne possèdent aucun imperium et n'ont pas le caractère d'autorité publique. Leur activité correspond à une activité d'ordre privé. Elles peuvent contracter comme des particuliers et sont soumises à toutes les suites légales de leurs obligations.*" (eigen onderlijning).⁴⁹² *In casu* betrof het een intergemeentelijk samenwerkingsverband voor elektriciteitsdistributie en volgens de kortgedingrechter is dit geen taak die kadert in het openbaar nut: "*(...) l'activité (...) ne rentre pas dans le cadre des attributions d'une administration communale (...). Qu'en s'occupant de la distribution de courant électrique ou de gaz d'éclairage, dans les mêmes formes et conditions que les particuliers, les administrations publiques accomplissent de purs actes matériels auxquels ne s'attache pas la notion d'autorité et de pouvoir public.*" (eigen onderlijning).⁴⁹³ Volgens de kortgedingrechter hebben hun activiteiten een commercieel karakter: "*que leurs actes sont susceptibles de revêtir un caractère commercial (...), ce qui les place dans la même situation que les particuliers quant à leurs droits patrimoniaux, à leur exercice, à leurs modalités et à leurs suites*" (eigen onderlijning).⁴⁹⁴ De bodemrechter oordeelt vervolgens eveneens dat de

⁴⁹⁰ Cass. 17 februari 1938, *Pas.* 1938, 52-58.

⁴⁹¹ Cass. 12 maart 1931, *Pas.* 1931, 119.

⁴⁹² Rb. Namen 1 september 1962, *Pas.* 1962, III, 122.

⁴⁹³ Rb. Namen 29 juni 1962, *Pas.* 1962, III, 122.

⁴⁹⁴ Rb. Namen 29 juni 1962, *Pas.* 1962, III, 122.

intercommunale "*n'est pas un organisme public et que si la loi du 1^{er} mars 1922 a imposé l'autorisation royale pour la constitution de la société, cette autorisation ne classe pas ladite association intercommunale dans les établissements publics ou d'utilité publique*" (eigen onderlijning).⁴⁹⁵ Aangezien de intercommunale niet is onderworpen aan de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige organismen van openbaar nut, is zij volgens de rechtbank geen openbare instelling.⁴⁹⁶ Net als de kortgedingrechter, oordeelt de bodemrechter ten slotte eveneens dat elektriciteitsdistributie geen activiteit van openbaar nut is en dat dit "*activités d'ordre essentiellement privé*" zijn.⁴⁹⁷

Tegen dit arrest werd er een beroep ingesteld. Het Hof van Beroep van Luik zal echter eveneens in die zin oordelen door uitdrukkelijk aan te nemen dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband geen openbare instelling is. In zijn redenering stelt het Hof dat "*attendu, sans doute, que la doctrine administrative critique la qualification d'individualités de droit privé, donnée aux intercommunales par la jurisprudence judiciaire (...); il y a unanimité, en tout cas, pour admettre que les intercommunales ne sont pas des établissements publics*" (eigen onderlijning).⁴⁹⁸ *Supra* werd echter aangetoond dat dit niet klopt: de meerderheid van de rechtsleer gaat juist uit van het karakter van openbare dienst van het intergemeentelijk samenwerkingsverband. Het Hof van Beroep baseert zijn oordeel op het feit dat gedwongen tenuitvoerlegging niet mogelijk is ten aanzien van onder meer gemeenten en openbare instellingen, waarna het Hof wil nagaan of de intercommunale 'un établissement public' is. Aangezien de wet van bestendigheid en van regelmatigheid van de openbare diensten volgens het Hof van Beroep niet van toepassing is op intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, oordeelt het Hof als volgt: "*il s'agit d'une association constituée sous forme de société coopérative, dont les statuts prévoient une activité soumise à un régime plus commercial qu'administratif, un système de nominations étranger au statut légal ou réglementaire, et des modes de dissolution et de liquidation indépendants de l'intérêt général.*" (eigen

⁴⁹⁵ Rb. Namen 1 september 1962, *Pas.* 1962, III, 125-126.

⁴⁹⁶ Rb. Namen 1 september 1962, *Pas.* 1962, III, 124-126.

⁴⁹⁷ Rb. Namen 1 september 1962, *Pas.* 1962, III, 125-126.

⁴⁹⁸ HvB Luik 1 april 1963, *Rev. Adm.* 1964, 96.

onderlijning).⁴⁹⁹ Tegen dit arrest werd een cassatieberoep ingesteld waaruit een beoordeling in andere zin zal blijken, zie *infra*.

90. Rechtspraak met publiekrechtelijke kwalificatie – Tegenover de rechtspraak die het intergemeentelijk samenwerkingsverband als privaatrechtelijke entiteit kwalificeert, staat de rechtspraak die het publiek karakter voorstaat. Volgens BUTTGENBACH is het in ieder geval "*à tort que certaines décisions judiciaires ont qualifié les intercommunales d'individualités de droit privé.*".⁵⁰⁰

In zijn arrest nr. 4031 van 28 januari 1955 oordeelde de Raad van State dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband als administratieve overheid dient te worden beschouwd: "*De betrokken intercommunale is een coöperatieve vennootschap (...) zij is derhalve een rechtspersoon, die een met het openbaar belang samenvallend doel (but d'intérêt public) nastreeft binnen de door de stichtingsakte, onder koninklijke goedkeuring, bepaalde grenzen; zij dient dus als een administratieve overheid, in de betekenis van artikel 9 van de wet van 23 december 1946, houdende oprichting van een Raad van State, te worden beschouwd.*" (eigen onderlijning).⁵⁰¹ Uit het feit dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband gebruik maakt van de procedure der openbare aanbesteding, blijkt volgens de Raad van State "*aldus niet in het minst dat zij (...) het inzicht had, zich louter als een particulier tot het publiek te richten*".⁵⁰² Volgens DE VISSCHERE heeft het intergemeentelijk samenwerkingsverband zich "*op een andere wijze dan een gewoon particulier tegenover het publiek, dat zijn dan de mogelijke inschrijvers, (...) willen gedragen.*".⁵⁰³ Dit zorgt er volgens de Raad van State voor dat de beslissing van het samenwerkingsverband om een openbare aanbestedingsprocedure aan te wenden, een administratieve akte is in de

⁴⁹⁹ HvB Luik 1 april 1963, *Rev. Adm.* 1964, 95-96 en P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 97-98.

⁵⁰⁰ Zie A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 166 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁵⁰¹ RvS 28 januari 1955, nr. 4031, Garnier, *TBP* 1955, (167) 167.

⁵⁰² RvS 28 januari 1955, nr. 4031, Garnier, *TBP* 1955, (167) 167.

⁵⁰³ F. DE VISSCHERE, noot onder RvS 28 januari 1955, nr. 4031, Garnier, *TBP* 1955, (167) 170.

betekenis van artikel 9 van de wet van 23 december 1946, waarbij de intercommunale als publiekrechtelijk orgaan optreedt.⁵⁰⁴ De Raad van State past de theorie van de afscheidbare akte dus toe ten aanzien van de beslissing van de intercommunale.⁵⁰⁵ Volgens BUTTGENBACH zijn intercommunales inderdaad administratieve overheden, maar kan de ontvankelijkheid voor de Raad van State van administratieve rechtshandelingen worden bediscuteerd indien het gaat om "*certaines intercommunales d'économie mixte*".⁵⁰⁶

Een tweede voorbeeld van rechtspraak waaruit het publieke karakter van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden impliciet kan worden afgeleid, is het arrest nr. 456 van de Raad van State van 10 juli 1950. In deze onteigeningszaak wou de verzoekende partij een beslissing van een intergemeentelijk samenwerkingsverband nietig laten verklaren. De Raad van State oordeelde dat de verzoekende partij geen belang heeft bij de nietigverklaring van het besluit waardoor het verzoek tot vernietiging onontvankelijk is. Door te oordelen over dit middel, aanvaardde de Raad evenwel impliciet dat de intercommunale administratieve rechtshandelingen kan stellen waartegen een beroep kan worden ingesteld bij de Raad van State.⁵⁰⁷

Op 21 april 1966 velde het Hof van Cassatie ten slotte zijn principiële arrest over het beroep tegen voormeld arrest van het Hof van Beroep van Luik van 1 april 1963. Volgens het Hof zijn intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die zijn opgericht op grond van de wet van 1 maart 1922 erop gericht om "*in het openbaar belang, zaken van gemeentelijk belang gemeenschappelijk te regelen en te beheren, dit wil zeggen om, in de plaats van de gemeenten, een openbare dienst te beheren (...) en die, bij ontstentenis van de vereniging, door de gemeenten uitgeoefend zou geweest zijn (...)*".⁵⁰⁸ Volgens het Hof zijn intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voorts openbare instellingen die aan de regels van het

⁵⁰⁴ RvS nr. 4031 van 28 januari 1955, Garnier, *TBP* 1955, (167) 167.

⁵⁰⁵ F. DE VISSCHERE, noot onder RvS 28 januari 1955, nr. 4031, Garnier, *TBP* 1955, (167).

⁵⁰⁶ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 166, vn. 5.

⁵⁰⁷ RvS 10 juli 1950, nr. 456, *RJDA* 1951, afl. 1, 12-13; zie ook P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 98.

⁵⁰⁸ Cass. 21 april 1966, *RW* 1967, afl. 6, (293) 295.

administratief recht zijn onderworpen: "(...) *de biezondere aard van de vereniging van gemeenten (...) om een openbare instelling te zijn krachtens de wet zelf tot stand gebracht als een door de wet zelf opgerichte openbare dienst (art. 4 van de wet van 1 maart 1922) als rechtspersoon van publiek recht met een administratieve opdracht belast (...)*" (eigen onderlijning).⁵⁰⁹ In casu betrof het een intergemeentelijk samenwerkingsverband dat actief was in de elektriciteits- en gasvoorziening. Volgens het Hof is dit een openbare dienst in functionele zin van het woord en is het intergemeentelijk samenwerkingsverband, organiek gezien, een publieke rechtspersoon – ondanks het feit dat zij een privaatrechtelijke verenigingsvorm aanneemt.⁵¹⁰ Met deze uitspraak maakte het Hof van Cassatie een einde aan de discussie omtrent het rechtsstatuut van het intergemeentelijk samenwerkingsverband.⁵¹¹ Om een sprong in de tijd te maken, kan tot slot al worden meegegeven dat die duidelijkheid niet zou blijven duren (zie *infra* DEEL II, nr. 174 e.v.).

3.4. Toezicht

91. Toezicht – Het enige aspect waar er sinds de kaderwet van 1 maart 1922 wél op een meer algemene manier aan werd gesleuteld, is het administratief toezicht. Volgens DE CLERCK is de regering tot in 1959 niet overgegaan tot het organiseren van een 'echt toezicht' en is het pas met het koninklijk besluit van 24 februari 1959 en de bijhorende omzendbrief van 24 februari 1959 dat er een georganiseerd toezicht tot stand is gebracht.⁵¹² Toch werden er voorheen al regels aangenomen die het toezicht betroffen. Aangezien verschillende initiatieven tal van toezichtsgelateerde aspecten regelden, wordt ervoor gekozen om de

⁵⁰⁹ Cass. 21 april 1966, RW 1967, afl. 6, (293) 295.

⁵¹⁰ Cass. 21 april 1966, RW 1967, afl. 6, (293) 294.

⁵¹¹ In casu ging het om een intercommunale die was opgericht krachtens de kaderwet van 1 maart 1922. Toch kan er van worden uitgegaan dat ook de intercommunales die zijn opgericht krachtens specifieke wetten eveneens publiekrechtelijke instellingen zijn, zie ook D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 210: "Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 22 april 1966, op ondubbelzinnige wijze, de interkommunale maatschappijen, die opgericht zijn overeenkomstig de kaderwet van 1 maart 1922 (en minstens impliciet ook, die opgericht zijn krachtens bijzondere interkommunale wetten) geplaatst in de sfeer van het publiek- en administratief recht" (eigen onderlijning).

⁵¹² D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 197.

belangrijkste wijzingen en toevoegingen hieronder per initiatief chronologisch te vermelden.

92. Ministeriële omzendbrief van 10 juli 1925 – In zijn ministeriële omzendbrief van 10 juli 1925⁵¹³ verduidelijkt de toenmalige minister van Binnenlandse Zaken de toezichtstaak van de bestendige deputatie ten aanzien van het financieel beheer van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. De deputatie mag slechts een gunstig advies geven *“mits de tusschengemeentelijke vereenigingen de bepalingen harer statuten omtrent hare betrekkingen met de belanghebbende gemeenten en provinciën, wat de mededeeling der voornaamste rekeningstukken betreft, stipt hebben nageleefd.”*⁵¹⁴ De bestendige deputatie moet er volgens de minister bovendien op toezien dat *“de raden van beheer der tusschengemeentelijke lichamen geen enkele verrichting doen die van dien aard is dat zij de financieele verantwoordelijkheid der vennoten verder betreft dan hun inbrengen en hun verbintenissen, zooals deze in de statuten bepaald zijn.”*⁵¹⁵ Indien die richtlijn niet zou worden nageleefd, moet de bestendige deputatie de regering hiervan op de hoogte brengen zodat zij haar toezicht op grond van artikel 12 van de wet van 1 maart 1922 kan uitoefenen.⁵¹⁶ In zijn omzendbrief van 17 december 1925 bevestigt de minister nogmaals de verplichting van de intercommunales om zich te schikken naar de bepalingen van artikel 5 van de wet van 1 maart 1922 en hun balans en winst- en verliesrekeningen aan controle te onderwerpen van de gemeente- en provincieraden vooraleer hun rekening ter goedkeuring aan de Koning voor te leggen.⁵¹⁷

93. Koninklijk besluit van 14 augustus 1933 – Op 14 augustus 1933⁵¹⁸ werden er reeds maatregelen genomen ter uitvoering van een volmachtenwet.

⁵¹³ Omz. 10 juli 1925, *Bestuursmemoriaal der provincie Brabant*, 30 september 1925, 186-187.

⁵¹⁴ Omz. 10 juli 1925, *Bestuursmemoriaal der provincie Brabant*, 30 september 1925, 187.

⁵¹⁵ Omz. 10 juli 1925, *Bestuursmemoriaal der provincie Brabant*, 30 september 1925, 187.

⁵¹⁶ Omz. 10 juli 1925, *Bestuursmemoriaal der provincie Brabant*, 30 september 1925, 187.

⁵¹⁷ Omz. 17 december 1925, *Bestuursmemoriaal der provincie Brabant*, 31 december 1925, 305 en P. BAELDE, “Associations de communes”, *Rev.adm.* 1938, afl. 81, (341) 344.

⁵¹⁸ Koninklijk besluit van 14 augustus 1933 houdende de maatregelen getroffen ter voldoening aan de wet van 17 mei 1933, met het oog op het financieel herstel, de

Hierdoor werd de bepaling dat de goedkeuring van de intergemeentelijke overeenkomsten opgericht op grond van artikel 18 van de kaderwet door de Koning diende te gebeuren, gewijzigd.⁵¹⁹ De gouverneur diende voortaan zijn goedkeuring te verlenen waarbij er een beroepsmogelijkheid bij de Koning wordt voorzien. Bij het wijzigen van artikel 18 is bovendien het begrip 'welbepaald' weggelaten waardoor er niet langer sprake is van een 'welbepaald gemeentelijk belang'.⁵²⁰ Verder voorziet artikel 3 van de kaderwet voortaan dat de statuten door en op kosten van het intergemeentelijk samenwerkingsverband zelf worden bekend gemaakt in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad en wordt deze toezichtsbepaling van toepassing verklaard op de 'specifieke' intercommunales die worden opgericht op grond van de specifieke wet van 6 augustus 1897 op de intercommunale ziekenhuizen en op grond van de specifieke wet van 18 augustus 1907 op de waterbedeling.⁵²¹ DE CLERCK werpt mijns inziens terecht op dat "[men zich] vanuit het standpunt van de wetgevingstechniek kan (...) afvragen, waarom deze bepaling in de desbetreffende wetten zelf, niet werd ingelast."⁵²²

94. Koninklijk besluit van 31 maart 1936 – Met het koninklijk besluit van 31 maart 1936⁵²³ werd er voor de eerste keer een uitvoeringsmodaliteit voorzien ten aanzien van het algemeen toezicht waarin de wet van 1 maart 1922 voorziet. De regering zou tot op dat moment geen gebruik hebben gemaakt van haar toezichtsmogelijkheid.⁵²⁴ Het koninklijk besluit van 31 maart 1936 wil het toezicht op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden verbeteren en voert

verwezenlijking van het begrootingsevenwicht, de vereenvoudiging der inrichting van en de verscherping der controle over de openbare diensten en de met opdracht bekleede organismes, *BS* 16-17 augustus 1933, 4099 e.v.

⁵¹⁹ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 49.

⁵²⁰ Aangezien die weglating nergens werd gemotiveerd, lijkt dit eerder een vergissing te zijn dan een weloverwogen aanpassing. Zie ook P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 152 en D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 275.

⁵²¹ Art. 3 van het koninklijk besluit van 14 augustus 1933 houdende de maatregelen getroffen ter voldoening aan de wet van 17 mei 1933, met het oog op het financieel herstel, de verwezenlijking van het begrootingsevenwicht, de vereenvoudiging der inrichting van en de verscherping der controle over de openbare diensten en de met opdracht bekleede organismes, *BS* 16-17 augustus 1933, 4101.

⁵²² D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 114.

⁵²³ *BS* 7 april 1936, 2241.

⁵²⁴ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 197.

verschillende wijzigingen door aan de kaderwet die het administratief toezicht dienen te versterken: "*Bij de uitoefening van zijn contrôle op het beheer der vereenigingen van gemeenten, stond het centraal bestuur dikwijls machteloos wegens de leemten in de wetsbepalingen ter zake.*".⁵²⁵

Ten eerste bevatte de kaderwet oorspronkelijk geen termijn waarbinnen intergemeentelijke samenwerkingsverbanden hun statuten moesten publiceren waardoor er vaak sprake was van misbruik en bepaalde intercommunales jarenlang werkzaam waren zonder over te gaan tot publicatie van die statuten.⁵²⁶ Om hieraan tegemoet te komen koppelt het koninklijk besluit een termijn van vijftien dagen aan artikel 3, eerste lid van de kaderwet: de statuten moeten binnen die termijn de begint te lopen "*vanaf den datum der definitieve akten*" in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad worden bekend gemaakt.⁵²⁷ *Ten tweede* wordt artikel 6 van de kaderwet aangepast in de zin dat het hoofdkantoor van het intergemeentelijk samenwerkingsverband op het grondgebied van één van de deelnemende gemeenten dient gesitueerd te zijn en de lokalen aan de intercommunale of aan een openbaar bestuur moeten toekomen, behoudens steeds herroepbare machtiging om de zetel van de intercommunale in andere lokalen onder te brengen.⁵²⁸ Zo moeten geschillen tussen intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en de controlerende instanties die rijzen naar aanleiding van het feit dat de kantoren in een gebouw dat in privéhanden is en dus in principe ontoegankelijk is, worden vermeden.⁵²⁹ *Ten derde* is het niet langer de Koning die instaat voor de goedkeuring van de jaarrekeningen van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Aangezien deze formaliteit nauw

⁵²⁵ Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 31 maart 1936 tot wijziging en aanvulling van sommige bepalingen der wet van 1 maart 1922 op de vereenigingen van gemeenten tot nut van 't algemeen en der wet van 18 augustus 1937 op de vereenigingen van gemeenten en van particulieren voor het oprichten van watervoorzieningsdiensten, *BS* 7 april 1936, 2241 (hierna: Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 31 maart 1936).

⁵²⁶ Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 31 maart 1936, 2241.

⁵²⁷ Art. 1.A. van het koninklijk besluit van 31 maart 1936 tot wijziging en aanvulling van sommige bepalingen der wet van 1 maart 1922 op de vereenigingen van gemeenten tot nut van 't algemeen en der wet van 18 augustus 1937 op de vereenigingen van gemeenten en van particulieren voor het oprichten van watervoorzieningsdiensten, *BS* 7 april 1936, 2243 (hierna: het koninklijk besluit van 31 maart 1936).

⁵²⁸ Art. 1.B. van het koninklijk besluit van 31 maart 1936, 2243.

⁵²⁹ Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 31 maart 1936, 2241; zie ook D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larquier, 1968, 93.

samenhangt met de controle van de rekeningen – iets wat onder het gezag van de minister van Binnenlandse Zaken gebeurt – is het voortaan de minister van Binnenlandse Zaken die hiervoor bevoegd is.⁵³⁰ Voorts dient de algemene vergadering de jaarrekening goed te keuren en de bestendige deputatie dient hieromtrent advies te verlenen.⁵³¹ Door dit advies kan de goedkeurende overheid beter worden geïnformeerd.⁵³² *Ten vierde* zorgde het koninklijk besluit voor de toevoeging van een artikel 11*bis* aan de kaderwet. Dit artikel vereist de bekendmaking van de balans en de winst- en verliesrekening binnen de vijftien dagen na de notificatie van de goedkeuring door de minister van Binnenlandse Zaken.⁵³³ *Ten vijfde* kon de regering met het oog op haar algemeen toezicht voortaan ook ter plaatse inlichtingen inwinnen over de intercommunale.⁵³⁴ *Ten slotte* schrijft het koninklijk besluit in een nieuw artikel 12*bis* en 12*ter* zware sancties voor als het intergemeentelijk samenwerkingsverband de verplichtingen ten aanzien van de rekeningen niet naleeft, waaronder de schorsing van de toepassing van de retributietarieven en zelfs de zware sanctie van de ontbinding van de intercommunale.⁵³⁵ Volgens SURDIACOURT "(...) *s'agit[-il] donc d'un durcissement des mesures de tutelle qui semble répondre très clairement à un besoin de mieux encadrer les intercommunales.*".⁵³⁶

95. Wetsontwerp Vermeylen – In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp Vermeylen werd gewezen op de problemen die zich in de praktijk voordeden ten aanzien van het toezicht op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden: *"De praktijk heeft uitgewezen dat soms het toezicht zelf op de onderneming aan de openbare overheid ontglipt. De private oproepen hebben de neiging gehad de verdeling van de stemmen bij helften in de beheerraad, als de uiterste toevoeging te beschouwen die zij onder de ogen konden nemen. Soms ook draagt de vereniging het beheer op aan een concessiehouder, die aan generlei toezicht is onderworpen. Dit zijn de*

⁵³⁰ Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 31 maart 1936, 2241.

⁵³¹ Art. 1.C. van het koninklijk besluit van 31 maart 1936, 2243.

⁵³² D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 141.

⁵³³ Art. 1.D. van het koninklijk besluit van 31 maart 1936, 2243.

⁵³⁴ Art. 1.E. van het koninklijk besluit van 31 maart 1936, 2243.

⁵³⁵ Art. 1.F. van het koninklijk besluit van 31 maart 1936, 2243.

⁵³⁶ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 81.

voornaamste redenen waarom de Regering enerzijds aan de openbare besturen een sterker gezag en groter wettelijke waarborgen zal bezorgen en anderzijds de toezichtsmethodes wil verstevigen en versoepelen."⁵³⁷ Het wetsontwerp Vermeylen bevatte aantal bepalingen erop gericht om dit toezicht te versterken.

Zo voorziet artikel 5, tweede lid van het wetsontwerp dat elke wijziging van de statuten die tot een verzwaring van de verplichtingen van de gemeenten of tot een vermindering van hun rechten zou leiden, vooraf door de gemeenteraden moet worden aanvaard. Artikel 26 regelt het toezicht op de balans, bedrijfsrekening en de winst- en verliesrekening van de intercommunale. Het advies van de bestendige deputatie van de provincieraad is vereist, waarna dit ter goedkeuring aan de Koning dient te worden voorgelegd. Artikel 27, eerste lid voorziet dat het ministerieel toezicht geschiedt in de vormen en volgens de modaliteiten welke de Koning bepaalt. Het tweede lid schrijft voor dat de intercommunale is gehouden om alle stukken en inlichtingen te verstrekken die nodig zijn om toezicht te kunnen uitoefenen en dat dit bovendien ook ter plaatse kan gebeuren. Het vierde lid bepaalt dat de Koning de regels vastlegt volgens dewelke beslissingen van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in strijd met de statuten, de wet en het algemeen belang kunnen worden geschorst en vernietigd. Artikel 28 schrijft voor dat de retributietarieven pas van kracht zijn nadat er een met redenen omkleed advies over is geveld door de bestendige deputatie en nadat de Koning de tarieven heeft goedgekeurd. Artikel 29 maakt het mogelijk dat er een opschorting van de retributietarieven plaatsvindt indien er niet is voldaan aan bepaalde voorwaarden (o.a. de jaarrekening niet is voorgelegd). Het (niet-aangenomen) wetsontwerp Vermeylen zette met andere woorden uitvoerig in op een sterker toezicht op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.⁵³⁸

96. Koninklijk besluit van 24 februari 1959 – Met het oog op de uitwerking van het algemeen administratief toezicht dat is voorzien in artikel 12 van de

⁵³⁷ MvT bij het wetsontwerp betreffende de intercommunale verenigingen, *Parl.St.* Kamer 1957-58, nr. 936/1, 2.

⁵³⁸ Wetsontwerp betreffende de intercommunale verenigingen, *Parl.St.* Kamer 1957-58, nr. 936/1.

kaderwet, wordt door het koninklijk besluit van 24 februari 1959 betreffende de controle op verenigingen van gemeenten waarop de wet van 1 maart 1922 toepassing vindt⁵³⁹ de mogelijkheid ingevoerd voor de minister van Binnenlandse Zaken om bij elk intergemeentelijk samenwerkingsverband opgericht op grond van de kaderwet, een regeringscommissaris te benoemen. De regeringscommissaris kan een onderzoek instellen naar de verrichtingen van de intercommunale en kan zich tegen hun uitvoering verzetten. Het koninklijk besluit voorziet in de mogelijkheid om beroep te doen op een tweede regeringscommissaris 'van rechtswege', namelijk de ambtenaar die bij het ministerie van Binnenlandse Zaken aan het hoofd staat van het bestuur van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en gemeentebedrijven. Beide regeringscommissarissen hebben dezelfde bevoegdheid en oefenen die tegelijkertijd uit.⁵⁴⁰ De figuur van de regeringscommissaris moet volgens BELEEN, DE CUYPER en DRIESEN "vooral (...) ingaan tegen de 'vriendjespolitiek', de 'cumul', en, om het zacht uit te drukken, tegen de 'handelingen strijdig met het algemeen belang'" en komt volgens hen overeen met de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut.⁵⁴¹

De reden waarom er met dit koninklijk besluit wijzigingen werden aangebracht aan de regulering omtrent het toezicht is omdat "de regeringscontrole op verenigingen van gemeenten zo soepel en snel mogelijk moet kunnen worden uitgeoefend, zonder dat de voorlichting van de hogere overheid daaronder lijdt".⁵⁴² Ook hier wordt er dus ingezet op de soepelheid en doelmatigheid van het toezicht.⁵⁴³ Door het instellen van twee regeringscommissarissen wordt "het evenwicht tussen centralistische controle en autonomie aldus bewaard.", dixit DE CLERCK.⁵⁴⁴ Het regionaal karakter van het intergemeentelijk samenwerkings-

⁵³⁹ BS 9-10 maart 1959, 1647.

⁵⁴⁰ Art. 1 tot en met 5 van het koninklijk besluit van 24 februari 1959 betreffende de controle op verenigingen van gemeenten waarop de wet van 1 maart 1922 toepassing vindt, BS 9-10 maart 1959, 1647.

⁵⁴¹ B. BEELEN, G. DE CUYPER en H. DRIESEN, "De intercommunale vandaag en morgen", *Jura Falc.* 1977-1978, (187) 191.

⁵⁴² Koninklijk besluit van 24 februari 1959 betreffende de controle op verenigingen van gemeenten waarop de wet van 1 maart 1922 toepassing vindt, BS 9-10 maart 1959, 1647.

⁵⁴³ Omz. van 25 februari 1959, BS 11 maart 1959, (1795) 1796.

⁵⁴⁴ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 199.

verband wordt immers bewaard door de aanwezigheid van een plaatselijke regeringscommissaris die “*de lokale behoeften en het regionaal milieu [beter] kent*”, terwijl de regeringscommissaris van rechtswege als ‘centraler’ orgaan de eenvormigheid van de rechtspraak en de ‘uniforme actie’ van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden dient te stroomlijnen. Het valt te benadrukken dat de bepalingen in dit koninklijk besluit enkel zijn na te leven door de intercommunales die sinds de inwerkingtreding van het koninklijk besluit zijn opgericht.⁵⁴⁵ Er werd echter weinig gebruik gemaakt van de controlemogelijkheden die dit besluit uitwerkt. De voornaamste reden hiervoor is het personeelstekort. Volgens MAES had dit koninklijk besluit dan ook voornamelijk de functie van een ‘stok achter de deur’.⁵⁴⁶

97. Ministeriële omzendbrief van 25 februari 1959 – De minister van Binnenlandse Zaken verstrekke uitleg over het doel van het koninklijk besluit van 24 februari 1959 in een omzendbrief van 25 februari 1959. Daarin bepaalt hij hoe het administratief toezicht op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden dient te gebeuren. Hij maakte van zijn tussenkomst gebruik om een aantal richtlijnen, zowel met betrekking tot het toezicht maar evengoed omtrent andere aspecten van de kaderwet, aan de provinciegouverneurs mee te delen.⁵⁴⁷

De voor dit proefschrift relevante zaken die in deze omzendbrief worden verduidelijkt, zijn bijvoorbeeld dat de oprichting van of toetreding tot de intercommunale voortaan binnen de zes maand na de machtiging en de goedkeuring van de statuten dient te gebeuren. Er werd immers vaak niet overgegaan tot oprichting of de oprichting werd zodanig lang uitgesteld dat er niet langer een machtiging zou zijn verleend op het moment van de eigenlijke oprichting. De minister maakt de naar mijn mening ietwat bijzondere bemerking

⁵⁴⁵ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 50.

⁵⁴⁶ R. MAES, “Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet” in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (189) 202.

⁵⁴⁷ De zaken die werden opgenomen in de omzendbrief sluiten volgens HAUTPENNE aan de bij de op dat moment geldende administratieve rechtspraak, zie P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 114.

dat de gemeenteraden elke statutenwijziging die voor hun gemeenten een bijkomende verplichting of een vermindering van hun rechten meebrengen, te aanvaarden. Overige ministeriële bemerkingen betreffen onder meer de bijstand door experts, de duur van de vereffeningsperiode en de verdeling van de bruto-opbrengst van de intercommunale.⁵⁴⁸

98. Ministeriële omzendbrief van 24 mei 1958 – Artikel 11 van de kaderwet van 1 maart 1922 voorziet de procedure voor mededeling aan en de goedkeuring door de toezichthoudende overheid van de rekeningen van het intergemeentelijk samenwerkingsverband. Die regeling werd omstandig aangevuld door verschillende ministeriële omzendbrieven, waaronder die van 24 mei 1958. De minister van Binnenlandse Zaken nam in de omzendbrief stappen om het toezicht op de boekhouding van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden te verbeteren door onder meer te voorzien in een geherformuleerd rekeningschema dat dient te worden gehanteerd. Bij dit schema wordt er bovendien opnieuw een onderscheid gemaakt naargelang de activiteit van de intercommunale, en meer bepaald tussen, enerzijds, intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die de distributie van water, gas en elektriciteit tot doel hebben en, anderzijds, diegenen die een ander doel vooropstellen.⁵⁴⁹

3.5. Hervorming binnenlands bestuur en 'gedeeltelijke' regionalisering

99. Hervorming binnenlands bestuur – De verdere evolutie van de regelgeving omtrent intergemeentelijke samenwerking is nauw verweven met de hervormingen die de Belgische staat vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw onderging. Na een hele periode zonder discussie over de schaal van lokale overheden, zou dit *topic* vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw op de agenda verschijnen.⁵⁵⁰ Hier dient de reorganisatie van het binnenlands bestuur te worden

⁵⁴⁸ Omz. van 25 februari 1959, *BS* 11 maart 1959, (1795) 1796.

⁵⁴⁹ Omz. 24 mei 1958, *Rev.comm.* 1958, afl. 83, 219 e.v.

⁵⁵⁰ Voor een uiteenzetting over de schaalgrootte van de gemeenten en de evolutie in het beleid daaromtrent – en in het bijzonder de fusies van de Vlaamse gemeenten, zie K. DE CEUNINCK en H. REYNAERT, "Central-local relations in Flanders: structural reforms, scale and decentralisation", *Croatian and comparative public administration* 2016, afl. 1, 1-15.

vermeld, en in het bijzonder de voor de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden relevante gemeentelijke fusieronde.⁵⁵¹ In 1975 vond het fusieproces plaats waarbij een groot aantal gemeenten werd samengevoegd, gerealiseerd door het koninklijk besluit van 17 september 1975 houdende de samenvoeging van gemeenten en wijziging van hun grenzen.⁵⁵² Dit koninklijk besluit werd genomen ter uitvoering van de wet van 14 februari 1961 voor economische expansie, sociale vooruitgang en financieel herstel⁵⁵³ – ook wel 'de eenheidswet' genoemd – en de wet van 23 juli 1971 betreffende de samenvoeging van de gemeenten en de wijziging van hun grenzen⁵⁵⁴. De samenvoeging van gemeenten had tot gevolg dat de uit de fusie ontstane gemeente mogelijk lid was van verschillende intergemeentelijke samenwerkingsverbanden met eenzelfde doel – het zogenaamd 'dubbel of meervoudig lidmaatschap'. Het vermelden van dit fusiegebeuren kan niet ontbreken, aangezien dit één van de redenen was voor de wetgever om op te treden. Dit zou echter slechts gebeuren na een tweede staatshervorming die dateert van in 1980.⁵⁵⁵

100. Gedeeltelijke regionalisering – Die staatshervorming is dan ook een tweede belangrijk aspect dat deze periode kenmerkt. Artikel 6, §1, VIII, 1^o van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen (hierna: BWHI) kende de bevoegdheid om intergemeentelijke samenwerking te regelen – deels – toe aan de gewesten door op te sommen wat, op het vlak van de

⁵⁵¹ De poging tot het inrichten van agglomeraties en federaties van gemeenten door middel van de wet van 26 juli 1971 houdende de organisatie van de agglomeraties en de federaties van gemeenten (*BS* 24 augustus 1971) kan hier eveneens als – weliswaar uitgedoofd – initiatief worden vermeld. Ook de creatie van subgewesten werd eveneens overwogen, zonder dat er gevolg aan werd gegeven. Zie hierover R. MAES, "De intercommunales en het in de zeventiger jaren gevoerde beleid voor de hervorming van het binnenlands bestuur" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (223) 223-240.

⁵⁵² *BS* 25 september 1975.

⁵⁵³ *BS* 15 februari 1961.

⁵⁵⁴ *BS* 6 augustus 1971.

⁵⁵⁵ J. VANHAEVERBEEK, "La nouvelle législation nationale et régionale" in E. CEREXHE, A. COOLS, X. DELGRANGE, M. DUMONT, B. JURION, P. ORIANNE en J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales. Actes du colloque du 18 novembre 1988*, Brugge, die Keure, 1989, (50) 50-51; voor meer informatie over het fusiegebeuren en de impact op intercommunales, zie R. MAES, "De intercommunales en het in de zeventiger jaren gevoerde beleid voor de hervorming van het binnenlands bestuur" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (223) 232-237.

ondergeschikte besturen, de aangelegenheden zijn als bedoeld in artikel 107^{quater}⁵⁵⁶ van de Grondwet.⁵⁵⁷ Artikel 6 zorgt voor een gedeeltelijke bevoegdheidsoverdracht naar de gewesten van "de werkwijze, de controle en de vaststelling van het ambtsgebied van de verenigingen van gemeenten tot nut van het algemeen en de toepassing van de organieke wetten betreffende die verenigingen."⁵⁵⁸ De federale wetgever blijft bevoegd om de voorwaarden waaronder en de wijze waarop gemeenten zich mogen verenigen en met andere woorden "de conceptie van de basiswetgeving betreffende de verenigingen van gemeenten"⁵⁵⁹, te bepalen. Artikel 108 van de Grondwet behoudt dit voor aan de federale wetgever.⁵⁶⁰

Er bestond lange tijd onduidelijkheid over hoe ver de bevoegdheid van de gewesten nu precies reikte.⁵⁶¹ De interpretatie van de bevoegdheden die de gewesten kregen, moest immers in overeenstemming zijn met artikel 108 van de Grondwet.⁵⁶² Volgens DE BRUYCKER "il n'est guère étonnant qu'une répartition des compétences aussi compliquée ait généré des conflits de compétences (...)"⁵⁶³. De onduidelijke bevoegdheidsverdeling zou voer zijn voor diepgaande discussies in de aanloop naar de wet van 22 december 1986, tot het Arbitragehof zich over de onderscheiden bevoegdheden van de gewesten en de Staat op het vlak van

⁵⁵⁶ Huidig artikel 39 Gw., dit artikel houdt in dat een bijzondere meerderheidswet de gewestelijke organen de bevoegdheid opdraagt om de aangelegenheden te regelen die ze aanduidt.

⁵⁵⁷ Voor meer informatie over de verschillende wetsontwerpen tot institutionele hervorming die dit artikel voorafgingen, zie J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales*, Brussel, Nemesis, 1988, 15-24.

⁵⁵⁸ Art. 6, §1, VIII, 1^o BWHI, BS 15 augustus 1980.

⁵⁵⁹ G. VAN DAELE, "De intercommunales in België", *Gemeentekrediet van België* 1984, bijvoegsel bij afl. 147, (1) 2.

⁵⁶⁰ Art. 108 Gw.: "les conditions et le mode d'association"; C. GOETHALS, "La physionomie des intercommunales en Belgique", *Les @nalyses du CRISP en ligne*, 14 mars 2017, www.crisp.be, 3, vn. 7; P. DE BRUYCKER, "La coopération intercommunale en Belgique", *Annuaire des collectivités locales* 2000, afl. 20, (166) 166.

⁵⁶¹ Voor een uiteenzetting van de onduidelijkheden die de staatshervorming met zich meebracht op het vlak van intercommunales, zie F. DEHOUSSE, "Un nœud de vipères constitutionnel: le statut des intercommunales et la Cour d'arbitrage", *JT* 1985, afl. 5354, 617-636.

⁵⁶² J. VANHAEVERBEEK, "La nouvelle législation nationale et régionale" in E. CEREXHE, A. COOLS, X. DELGRANGE, M. DUMONT, B. JURION, P. ORIANNE en J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales. Actes du colloque du 18 novembre 1988*, Brugge, die Keure, 1989, (50) 52.

⁵⁶³ P. DE BRUYCKER, "La coopération intercommunale en Belgique", *Annuaire des collectivités locales* 2000, afl. 20, (166) 166.

intergemeentelijke samenwerking heeft uitgesproken in zijn arrest van 28 juni 1985.⁵⁶⁴ In dit arrest vernietigt het Grondwettelijk Hof het Waalse decreet van 1 februari 1985 *relatif à la rationalisation du secteur de la distribution de l'électricité et du gaz* omdat er sprake is van een bevoegdheidsoverschrijding aangezien het decreet de voorwaarden van vereniging en aansluiting bij intergemeentelijke samenwerkingsverbanden regelt.⁵⁶⁵ Het Arbitragehof oordeelde dat de gewesten een dubbele bevoegdheid hebben. Enerzijds, de normatieve (en daarbij aansluitende uitvoerende) bevoegdheid om regelgevend op te treden ten aanzien van de werkwijze, controle en vaststelling van het werkgebied van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Anderzijds, de bevoegdheid om de organieke wet toe te passen in de materies waarvoor de gewesten geen normatieve bevoegdheid hebben.⁵⁶⁶ Ondanks het duidelijke oordeel van het Arbitragehof, zouden ook na de aanneming van de 'tweede' kaderwet van 1986 bevoegdheidsvragen rijzen.⁵⁶⁷

3.6. Toenadering publiek- en privaatrecht

101. Toenadering publiek- en privaatrecht – Onder meer door het groeiend economisch overheidsinitiatief sinds het interbellum, is de eens zo duidelijke grens

⁵⁶⁴ J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales*, Brussel, Nemesis, 1988, 25. Voor een beschrijving van de te onderscheiden federale en gewestelijke bevoegdheden, zie J. VANHAEVERBEEK, "La nouvelle législation nationale et régionale" in E. CEREXHE, A. COOLS, X. DELGRANGE, M. DUMONT, B. JURION, P. ORIANNE en J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales. Actes du colloque du 18 novembre 1988*, Brugge, die Keure, 1989, (50) 52-54 en R. MAES, "Een nieuwe wettelijke regeling voor de intercommunale samenwerking" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (241) 244-256; voor een grondige uiteenzetting van de (grondwettelijke) moeilijkheden die de herinrichting van de staat met zich meebracht ten aanzien van de intergemeentelijke samenwerking, zie F. DEHOUSSE, "Un nœud de vipères constitutionnel: le statut des intercommunales et la Cour d'arbitrage", *JT* 1985, afl. 5354, 617-636.

⁵⁶⁵ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 92.

⁵⁶⁶ GwH 28 juni 1985, nr. 3/1985; zie ook N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 84.

⁵⁶⁷ Zo sprak het Arbitragehof zich op 26 maart 1991 uit over artikel 8, tweede en derde lid van de wet van 22 maart 1986 dat de mogelijkheid voorziet voor samengevoegde gemeenten om slechts een taak van gemeentelijk belang voor het hele grondgebied aan slechts één intercommunale toe te wijzen, zie R. MAES, "Een nieuwe wettelijke regeling voor de intercommunale samenwerking" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (241) 255-256.

tussen het publiekrecht en het privaatrecht als *summa divisio* in de loop der tijd meer en meer vervaagd: "*L'importance croissante de l'activité économique du secteur public a pour effet naturel de réduire dans la pratique la différence entre le statut juridique des entreprises publiques et celui des entreprises privées*", zoals VAN GERVEN het treffend verwoordt.⁵⁶⁸ "*Parallel met de toenemende overheidsinmenging in het sociale en economische leven (...) begon ook het strikte onderscheid tussen het publiek en privaat recht af te zwakken. Onder meer het gebruik van het privaat recht door de overheid en het toenemende belang van het gelijkheidsbeginsel zouden voor een 'osmose' tussen het privaat en het publiek recht zorgen.*", aldus ROSSIGNOL.⁵⁶⁹ De overheid hanteert bij de behartiging van taken van algemeen belang steeds vaker allerlei 'privaatrechtelijke' technieken die in eerste instantie in de private sfeer worden gebruikt.⁵⁷⁰ Het idee van privatisering en de opkomst van de stroming van het *New Public Management* zorgde voor "*de introductie van technieken en concepten uit de private sector; debatten over de kerntaken van de overheid en over de taken die konden worden uitbesteed of geprivatiseerd; de verzelfstandiging van de overheidsorganisaties, etc.*".⁵⁷¹ Het publiek- en het privaatrecht kennen een door- en wisselwerking, zoals VAN GARSSE duidelijk stelt: "*Vooraf in het kader van het economisch overheidsoptreden, maar ook steeds vaker daarbuiten is er een exponentiële groei vast te stellen van rechtspersonen waarvan de rechtsvorm en de werking niet uitsluitend door publiek- of privaatrechtelijke regels worden beheerst, 'privépersonen' participeren in 'publiekrechtelijke rechtspersonen', de overheid gebruikt privaatrechtelijke rechtsregels en technieken bij het oprichten van rechtspersonen, bepaalde publiekrechtelijke regels zijn ook toepasselijk op private*

⁵⁶⁸ W. VAN GERVEN, "Égalité des entreprises privées et publiques devant la loi belge", *JT* 1979, afl. 5078, (241) 243; zie ook P. QUERTAINMONT, "Le concurrence du secteur public aux entreprises privées", *APM* 1982, afl. 2-3, (119) 119 e.v.

⁵⁶⁹ K. ROSSIGNOL, *De (on)belastbaarheid van de overheid*, Brugge, die Keure, 2016, 9 en 26.

⁵⁷⁰ "*Le service d'intérêt public n'hésite désormais plus à recourir aux techniques du droit privé dans l'intérêt général, ce que facilite une déliaison, par des mécanismes structurels ou contractuels, de la prise en compte de cet intérêt et de la recherche d'optimalité économique, qui a d'ailleurs parfois fait l'objet de critiques.*" in T. TILQUIN, "Le rôle des intercommunales dans le secteur économique", *Rev.dr.ULB* 1995, (41) 59-65.

⁵⁷¹ S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek Bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 66.

rechtspersonen etc.".⁵⁷² Waar het onderscheid tussen het publiekrecht en het privaatrecht vroeger als *summa divisio* werd opgevat, lijkt dit dus niet langer het geval te zijn.⁵⁷³ QUERTAINMONT drukt die evolutie uit als "*une certaine interpénétration du secteur public et du secteur privé, autrefois imperméables l'un à l'autre.*" (eigen onderlijning).⁵⁷⁴ Het onderscheid tussen publiek- en privaatrechtelijke technieken is, net als het openbaar en particulier initiatief, niet langer strikt afgeleid. VAN GERVEN spreekt over een 'osmose' tussen het publiekrecht en het privaatrecht.⁵⁷⁵

In 1955 stelde DE VISSCHERE zich naar aanleiding van het arrest van de Raad van State waarin het intergemeentelijk samenwerkingsverband als administratieve overheid werd gekwalificeerd, reeds vragen bij het onderscheid tussen de publieke en de private rechtsorde: "*Het wil ons voorkomen, dat de 'theorie van de openbare dienst' niet zelden te strak wordt doorgetrokken en te doctrinaal wordt voorgesteld. In de eerste plaats, kan men zich afvragen of het helemaal verantwoord is de particuliere sector enerzijds, en de publiekrechtelijke sector, anderzijds, scherp van elkaar te scheiden, zonder het bestaan van enig overgangsgebied te erkennen. Om het bij dit ene voorbeeld te laten, is het goed denkbaar, dat de gemengde verenigingen – die door Buttgenbach als 'sociétés d'économie mixte' werden bestempeld niet zonder meer als 'openbare diensten' zouden worden beschouwd. Bij ontstentenis van een door de wetgever gegeven algemene regeling, nu de bedoelde theorie toch van doctrinale oorsprong is, zou men*

⁵⁷² S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek Bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 140; zie ook F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 1-4.

⁵⁷³ P.-O. DE BROUX, T. LÉONARD, B. LOMBAERT en J. VAN MEERBEECK, "Conclusions générales" in J. VAN MEERBEECK, P.-O. DE BROUX, T. LÉONARD en B. LOMBAERT (eds.), *La distinction entre droit public et droit privé. Pertinence, influences croisées et questions transversales*, Waver, Anthemis, 2019, 477; C. JENART, "Regelgevend verwijzen naar externe standaarden – Een toetssteen der wijzen", *TVW* 2019, afl. 4, (234) 237.

⁵⁷⁴ P. QUERTAINMONT, "Le concurrence du secteur public aux entreprises privées", *APM* 1982, afl. 2-3, (119) 120.

⁵⁷⁵ W. VAN GERVEN, "Beginselen van behoorlijk handelen", *RW* 1982-83, afl. 15, (961) 972.

evengoed van een overgangsklasse kunnen gewagen, waarop enkele bijzondere beginselen van toepassing zouden zijn."⁵⁷⁶

Waar het Hof van Cassatie in 1966 nog uitdrukkelijk stelde dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband is te onderscheiden van een onderneming, lijken de intercommunales die economisch actief zijn en de ondernemingen op de private markt zich steeds meer naar elkaar toe te bewegen (zie uitgebreid hieromtrent *infra* DEEL II, nr. 273 e.v.). Ondanks die toenadering, zal in een volgend hoofdstuk blijken dat de wet van 22 december 1986 het burgerlijk karakter en het publiekrechtelijk karakter van de intercommunale uitdrukkelijk bevestigt.

3.7. Tussentijdse conclusie

102. De periode tussen de eerste wet van 1 maart 1922 omtrent de vereniging van gemeenten tot nut van 't algemeen en de tweede wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales, wordt gekenmerkt door de aanname van onsamenhangende regelgeving en pseudowetgeving, een bestuurlijke reorganisatie en regionalisering, en een toenemend economisch overheidsinterventionisme, versterkt door Europese initiatieven, met een vervaging van de grens tussen het publiek- en het privaatrecht tot gevolg.

Ten eerste is de periode tussen beide kaderwetten gekenmerkt door een ongecoördineerd regelgevend optreden:

- **Rechtsvorm:** wat de rechtsvorm betreft, valt er niet veel te vermelden. Het niet-aangenomen wetsontwerp Vermeulen wou 'afstappen van de beperking' dat de intercommunale als rechtsvorm één van de handelsvennootschapsvormen moet aannemen, maar het lijkt me dat er geen sprake was van dergelijke beperking onder de wet van 1 maart 1922.

⁵⁷⁶ F. DE VISSCHERE, noot onder RvS 28 januari 1955, nr. 4031, Garnier, *TBP* 1955, (167) 162-163.

- **Deelnemers:** de wet van 1 maart 1922 liet toe dat zowel gemeenten, provincies waarin de gemeenten zijn gelegen, de Staat als particulieren aan de intercommunale konden deelnemen. De belangrijkste vernieuwing daarbij was een ministeriële omzendbrief die verduidelijkte dat de gemeenten, ongeacht wie de deelnemers van de intercommunale zijn, steeds de meerderheid van stemmen moeten hebben in de bestuurs- en beheersorganen van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden – dit aangezien de intercommunale door gemeenten voor zaken van gemeentelijk belang is opgericht. Ook het feit dat de voorzitterstaak bij die organen door één van de gemeentelijke vertegenwoordigers moet worden ingevuld en dat de vertegenwoordiger zijn functie in de intercommunale stopzet vanaf de volledige vernieuwing van de gemeenteraad, benadrukt het overwegend gemeentelijk karakter van de vereniging. Via twee omzendbrieven benadrukte de minister van Binnenlandse Zaken voorts dat het verboden is voor een intercommunale die is opgericht op grond van de kaderwet om deel te nemen aan de oprichting van commerciële particuliere ondernemingen of private handelsvennootschappen aangezien dit een gevaar vormt voor het algemeen belang. Het gebrek aan administratief toezicht op die privéondernemingen en de mogelijke belangenconflicten worden eveneens aangehaald als motieven. Ten slotte zijn er een aantal wetgevende initiatieven die de oprichting van intercommunales in specifieke sectoren toelaten maar tegelijkertijd in afwijkende (beperkende) bepalingen omtrent de deelnemers voorzien. De vrijheid van gemeenten om te verenigen lijkt hierbij evenwel onder druk te staan.
- **Doel:** waar de wet van 1 maart 1922 duidelijk was over het na te streven welbepaald gemeentelijk belang, werden er in de periode tussen beide kaderwetten verschillende wetten aangenomen die een ruimer doel dan het gemeentelijk belang vooropstelden, terwijl ze zich toch op de wet van 1 maart 1922 baseerden. De rechtspersonen die op grond daarvan werden opgericht, kunnen echter bezwaarlijk nog als intergemeentelijke samenwerkingsverbanden worden gekwalificeerd. Gedurende die periode zijn de meeste intergemeentelijke samenwerkingsverbanden actief in de energie-, gas-, en watersector. Intergemeentelijke samenwerkings-

verbanden nemen echter geleidelijk aan een steeds grotere rol aan in het Belgisch economisch leven. Geleidelijk aan werden er ook intercommunales in andere sectoren opgericht, waaronder intercommunales voor economische expansie en financieringsintercommunales. Die economische rol van de overheid werd ook versterkt door Europees initiatief. De liberaliseringsgolf die de Europese Unie aan het einde van de jaren tachtig van de vorige eeuw tot stand bracht, zorgde voor de openstelling van markten waarop tal van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden actief waren naar de privésector. Dit had tot gevolg dat heel wat intercommunales plots optraden op een commerciële en economische markt, vaak in concurrentie met de privésector.

- **Aard en karakter:** waar de wet van 1 maart 1922 het rechtsstatuut van de intercommunales niet uitdrukkelijk bepaalde, kwalificeerde enkel artikel 2 van het niet-aangenomen wetsontwerp Vermeylen de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden uitdrukkelijk als publiekrechtelijke rechtspersonen. Voor het overige bracht het wetgevend opgetreden in de periode tussen beide kaderwetten enkel louter impliciete aanwijzingen mee voor het rechtsstatuut van de intercommunale, zoals het feit dat er bepaalde aanbestedingsregels van toepassing werden verklaard op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Voorts is er het feit dat de mededingingsregels gelden ten aanzien van intercommunales voor elektriciteitsvoorziening en dat de intercommunale wordt gelijkgesteld met de gemeente wat de monopoliepositie ten aanzien van bepaalde leveringen betreft. In de rechtspraak was er sprake van een tweespalt: sommige rechtspraak bracht het intergemeentelijk samenwerkingsverband onder in het privaatrecht en stelde dat de intercommunale daden van koophandel stelt. Andere rechtspraak benadrukte dat de intercommunale een publieke rechtspersoon is die als openbare instelling moet worden gekwalificeerd. Uiteindelijk beslechte het Hof van Cassatie de lacune in de kaderwet en de tweespalt in de rechtspraak over het al dan niet privaat- of publiek karakter van de intercommunale in 1966, door de intercommunale uitdrukkelijk als publieke rechtspersoon en openbare dienst te kwalificeren.

- **Toezicht:** wat het toezicht betreft is er daarentegen wel op een meer algemene en omstandige wijze ingegrepen ten aanzien van de wet van 1 maart 1922. Verschillende koninklijke besluiten werden aangenomen om het administratief toezicht te versterken en er werd ingezet op de soepelheid en doelmatigheid van het toezicht. Zo zorgde een aantal koninklijke besluiten onder meer voor een termijn van vijftien dagen waarbinnen de statuten moeten worden gepubliceerd, dient de minister van binnenlandse zaken de jaarrekening goed te keuren, kan de toezichthouder ter plaatse gaan om inlichtingen in te winnen en worden er zware sancties ingeschreven indien de intercommunale de verplichtingen omtrent haar rekeningen niet naleeft. Nog werd de mogelijkheid geboden aan de minister van Binnenlandse Zaken om een regeringscommissaris te benoemen bij iedere intercommunale. Naast de uitvaardiging van koninklijke besluiten, heeft de minister van Binnenlandse Zaken het toezicht als het ware verder 'gekneed' via verschillende ministeriële omzendbrieven.

Ten tweede vond er in de jaren zeventig van de vorige eeuw een bestuurlijke reorganisatie plaats (cf. grootschalige fusieronde) die een impact had op de intercommunales, gevolgd door een regionalisering van een deel van de bevoegdheid inzake intercommunales in de jaren tachtig. De aanneming van artikel 6, §1, VIII, 1° BWHI zorgde voor een gedeeltelijke bevoegdheidsoverdracht inzake intergemeentelijke samenwerkingsverbanden naar de gewesten: de werkwijze, controle en de vaststelling van het ambtsgebied, net als de toepassing van de organieke wetten betreffende de intercommunales, is voortaan niet langer een federale bevoegdheid. De wijzigingen die de tweede staatshervorming met zich meebracht, gingen echter gepaard met discussies over hoe ver de gewestelijke bevoegdheid precies reikte, waarna het Arbitragehof duidelijkheid pookde te scheppen.

Ten derde werd de periode tussen beide kaderwetten gekenmerkt door een algemene 'toenadering' tussen het publiek- en het privaatrecht. Door de toenemende economische interventie van de overheid, ging het onderscheid tussen het juridisch statuut van de publieke instelling en de private onderneming in de praktijk afnemen. De grens tussen het publiekrecht en het privaatrecht, een

grens die vroeger als *summa divisio* zo duidelijk was afgelijnd, zou sinds het interbellum meer en meer vervagen. De verspreiding van de openbare instelling van industriële of commerciële aard – als een soort 'tussenpersoon' tussen de openbare dienst en de private onderneming – wijst op de toenadering tussen het openbaar en het privaat bestuur.

103. Uit dit onderdeel blijkt dat de zes decennia die de kaderwetten van 1922 en 1986 hebben overbrugd, gekenmerkt worden door heel wat veranderingen. De regelgeving omtrent intergemeentelijke samenwerkingsverbanden werd verschillende keren verduidelijkt en op sommige vlakken aangepast, het bestuurlijk landschap en de Belgische staatsindeling werden ingrijpend gewijzigd, en het onderscheid tussen het publiek- en het privaatrecht vervaagde – onder meer onder invloed van het toenemend economisch overheidsinterventionisme en Europese initiatieven. Met de kaderwet van 22 december 1986 werd er uiteindelijk ingespeeld op een aantal van deze evoluties.

4. De wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales

104. "In het licht van zestig jaren ervaring" – De wet van 1 maart 1922 was behoorlijk onder druk komen te staan door de evoluties die zich sinds de aanname ervan hadden voorgedaan. Iedereen die deelnam aan de parlementaire voorbereiding van de nieuwe wet op intergemeentelijke samenwerking was het er dan ook over eens dat de wetgeving in het licht van zestig jaren ervaring moest worden aangepast en de problemen die het fusieproces had meebracht, wettelijk moesten worden geregeld.⁵⁷⁷ In 1983 werd er een ontwerp van wet betreffende de intercommunales ingediend in de Senaat. In de memorie van toelichting wordt benadrukt dat de gedeeltelijke regionalisering geen afbreuk doet aan het feit dat "*de Staat uitsluitend bevoegd blijft voor de conceptie van de basiswetgeving betreffende de verenigingen van gemeenten.*".⁵⁷⁸ Toch blijkt uit de voorbereidende werken dat de discussie over de bevoegdheidsverdeling tussen staat en gewesten uitgebreid werd gevoerd en dat er onenigheid troef was over de precieze invulling, zelfs tussen de hoogste rechtscolleges.⁵⁷⁹

De nieuwe wet werd uiteindelijk aangenomen met een drieledige doelstelling: 1) *ten eerste* om een doorgedreven democratisering van de intercommunale te bewerkstelligen, 2) *ten tweede* om het toezicht op de intercommunale te verlichten en 3) *ten derde* om de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden transparanter te maken.⁵⁸⁰ De rationalisatie van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in het licht van de fusiebeweging is als bijkomende

⁵⁷⁷ MvT bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/1, 1.

⁵⁷⁸ MvT bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/1, 1.

⁵⁷⁹ Zie onder meer het verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Aangelegenheden, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/2, 27-35; zie ook het verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 529/11, 5-11; zie ook Adv.RvS bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat, 1982-83, nr. 529/1, 17-27; zie ook bijvoorbeeld amendementen voorgesteld door de heren Coëme, Lafosse en Henry, *Parl.St.* Kamer 1984-85, nr. 1140/4.

⁵⁸⁰ MvT bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/1, 2.

vierde doelstelling te vermelden.⁵⁸¹ De nieuwe kaderwet van 22 december 1986 beoogde dit alles te bereiken in zeven hoofdstukken en 31 artikels, en zou de specifieke wetten van 1897, 1899, 1907 en de kaderwet van 1 maart 1922 opheffen.⁵⁸²

105. Opbouw – Ook in dit hoofdstuk wordt de indeling op basis van de onderzochte indicatieve criteria doorgetrokken die werd gehanteerd in de voorgaande hoofdstukken. Zo kan de focus van dit onderzoek op de hybriditeit van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden behouden blijven. Achtereenvolgens komen de rechtsvorm (4.1.), de deelnemers (4.2.), het doel, de aard en het karakter (4.3.), en het toezicht (4.4.) aan bod. De volledige defederalisering (4.5.) gaat een blik op het Waalse decreet van 5 december 1996 houdende de intercommunales (4.6.) vooraf. Dit onderdeel wordt samengevat in een tussentijdse conclusie (4.7.).

4.1. Rechtsvorm

106. Beperkte keuze rechtsvorm – De kaderwet van 1 maart 1922 liet gemeenten de keuze om gelijk welke rechtsvorm aan te nemen. Enkel het wetsontwerp Vermeylen zou vervolgens ingaan op de rechtsvorm door wettelijk te willen verankeren dat er voortaan 'geen beperkingen' meer zouden worden gesteld aan de rechtsvorm – een beperking die m.i. niet wás weg te werken aangezien die eenvoudigweg niet bestond (zie *supra* nr. 76). De kaderwet van 22 december 1986 voorziet daarentegen wel in een wettelijke beperking: op grond van artikel 5, eerste lid moeten de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voortaan de rechtsvorm aannemen van ofwel een naamloze vennootschap, ofwel een coöperatieve vennootschap, ofwel een vereniging zonder winstoogmerk.⁵⁸³

⁵⁸¹ J. VANHAEVERBEEK, "La nouvelle législation nationale et régionale" in E. CEREXHE, A. COOLS, X. DELGRANGE, M. DUMONT, B. JURION, P. ORIANNE en J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales. Actes du colloque du 18 novembre 1988*, Brugge, die Keure, 1989, (50) 70-71.

⁵⁸² MvT bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/1, 8.

⁵⁸³ Art. 5, eerste lid van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales, *BS* 26 juni 1987.

Wat de vennootschapsvormen betreft, zijn enkel de naamloze vennootschap en de coöperatieve vennootschap "*verenigbaar met de vereisten die eigen zijn aan het publiekrechtelijke statuut van de intercommunales*"⁵⁸⁴, aldus de memorie van toelichting. Indien de vzw-vorm wordt aangenomen, benadrukt de wet dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in geen geval nijverheids- of handelszaken mogen drijven of mogen trachten een stoffelijk voordeel aan hun leden te verschaffen.⁵⁸⁵ Enkel onder deze voorwaarde is "*de vorm van de vereniging zonder winstoogmerk (...) volkomen aangepast aan de intercommunale samenwerking*".⁵⁸⁶ In het verslag van de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt werd bovendien gesteld dat de vzw-vorm "*in hoofdzaak [geldt] voor een bepaald type van intercommunales, met name die welke hun activiteiten op het culturele vlak uitoefenen*".⁵⁸⁷ Die functionele benadering werd echter noch in de wet, noch in de memorie van toelichting overgenomen.

107. 'Voor zover...' – Ook onder de 'tweede' wet zijn de wetten betreffende de handelsvennootschappen en de verenigingen zonder winstoogmerk van toepassing op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voor zover de wetsbepalingen of de statuten er niet van afwijken wegens de bijzondere aard van de vereniging.⁵⁸⁸ De minister van Binnenlandse Zaken gaf een voorbeeld van wat de 'bijzondere aard' van een intercommunale kan inhouden: "*de 'bijzondere aard' komt bijvoorbeeld tot uiting in de samenstelling van het aantal leden van de intercommunale: voor een intercommunale volstaan inderdaad 2 leden, terwijl voor een naamloze vennootschap ten minste 7 vennoten vereist worden*".⁵⁸⁹

⁵⁸⁴ MvT bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/1, 4.

⁵⁸⁵ Art. 5, tweede lid van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales, *BS* 26 juni 1987.

⁵⁸⁶ MvT bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/1, 4.

⁵⁸⁷ Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 125/11, 5.

⁵⁸⁸ Art. 5, tweede lid van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales en MvT bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/1, 4-5.

⁵⁸⁹ Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Aangelegenheden, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/2, 55.

De conformiteit van het wetsontwerp met de handelsvennootschapswetten, en in het bijzonder met de Europese richtlijnen, werd opgeworpen tijdens de voorbereidingen van de wet. Een vermeldenswaardig bezwaar dat in dit kader opdook is dat artikel 5 van de kaderwet in strijd zou zijn met onder meer de EEG-richtlijnen inzake vennootschapsrecht in zoverre er wordt voorzien dat voor de intercommunales uitzonderingen op het gemeen recht mogelijk zijn via statutaire bepalingen.⁵⁹⁰ Over de toepassing van het gemeenschapsrecht op de intercommunale, sprak de minister van Binnenlandse Zaken als volgt: "*De directeur-generaal van de dienst interne markt en industrie van de Commissie van de Europese Gemeenschappen heeft onze permanente vertegenwoordiger laten weten dat het wetsontwerp betreffende de intercommunales een aantal bepalingen zou bevatten die strijdig zijn met de richtlijnen van de gemeenschap op het stuk van het vennootschapsrecht. Hij is trouwens omzichtig in zijn bewoordingen, aangezien hij het heeft over 'bepalingen die ons strijdig lijken te zijn met het gemeenschapsrecht'.*" (eigen onderlijning).⁵⁹¹ Volgens de minister is het evenwel uitgesloten dat de bepalingen van de handelsvennootschapswetten die voor privébedrijven gelden, op een algemene en absolute wijze toepasselijk zouden zijn op het intergemeentelijk samenwerkingsverband, dit gelet op zijn karakter van publiekrechtelijke rechtspersoon.⁵⁹² Ook de Raad van State vroeg zich in zijn advies af of "*dit alles nog ruimte [laat] voor aanvullende regels?*". Volgens de Raad moet immers "*worden aangenomen dat de zogeheten 'lois du service' (...) noodzakelijk zullen blijven primeren aan de wetten betreffende de handelsvennootschappen en de verenigingen zonder winstoogmerk, zelfs bij stilzwijgen van de statuten.*". In navolging van de rechtsleer, adviseerde de Raad van State dan ook om een nieuwe rechtsvorm te creëren die is aangepast aan de situatie en aan de noden van de intercommunales.⁵⁹³ Net zoals bij de eerste

⁵⁹⁰ Zie onder meer Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 125/11, 52-53.

⁵⁹¹ Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 125/11, 11.

⁵⁹² Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 125/11, 12.

⁵⁹³ Adv.RvS bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat, 1982-83, nr. 529/1, 31. ; J. VANHAEVERBEEK, "La nouvelle législation nationale et régionale" in E. CEREXHE, A. COOLS, X. DELGRANGE, M. DUMONT, B. JURION, P. ORIANNE en J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales. Actes du colloque du 18 novembre 1988*, Brugge, die Keure, 1989, (50) 58.

kaderwet van 1 maart 1922, lijkt er op het eerste gezicht te zijn gekozen voor een privaatrechtelijk omhulsel van een publiekrechtelijke entiteit, waarbij het privaatrecht dient te wijken voor de bijzondere aard van de intercommunale. *Infra* DEEL II (nr. 243 e.v.) wordt uiteengezet waarom de rechtsvorm evenwel *niet* als (zuiver) privaatrechtelijk kan worden opgevat en wat de gevolgen zijn voor de doorwerking van het Europees recht.

108. Organisatie van de intercommunale – Waar de wet van 1 maart 1922 naliert om bepalingen omtrent verplichte organen van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden te voorzien, is de interne organisatie van de intercommunale voortaan wel nader gespecificeerd. Het intergemeentelijk samenwerkingsverband moet op grond van artikel 10 bestaan uit een algemene vergadering, een raad van bestuur en een college van commissarissen. Tot het college van commissarissen, dat belast is met het toezicht op de intercommunale, moet bovendien één lid van het Instituut der Bedrijfsrevisoren behoren.⁵⁹⁴ De verplichte aanwezigheid van dat ene lid, "*est incontestablement de nature à améliorer la tenue comptable de ces sociétés.*".⁵⁹⁵ Dit laatste is te situeren in het ruimer kader dat de wetgeving op de boekhouding van ondernemingen voortaan van toepassing is op intercommunale (zie *infra* nr. 118).

4.2. Deelnemers

109. (Quasi) alle publiek- of privaatrechtelijke personen – De wet van 1 maart 1922 liet naast twee of meer gemeenten ook de Staat, provincies en private (rechts)personen toe tot de intercommunale. Waar de deelname van andere dan deze publieke rechtspersonen gedurende de jaren nadien in de praktijk werd toegelaten, verankerde de wet van 22 december 1986 dat 'alle andere publiek- of privaatrechtelijke personen' eveneens kunnen deelnemen aan de intercommunale, met uitzondering van de publiekrechtelijke personen waarvan

⁵⁹⁴ Art. 14 van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales.

⁵⁹⁵ J. VANHAEVERBEEK, "La nouvelle législation nationale et régionale" in E. CEREXHE, A. COOLS, X. DELGRANGE, M. DUMONT, B. JURION, P. ORIANNE en J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales. Actes du colloque du 18 novembre 1988*, Brugge, die Keure, 1989, (50) 70.

een orgaan het goedkeurings- en vernietigingstoezicht uitoefent.⁵⁹⁶ Volgens MAES wordt de feitelijk gegroeide situatie dus gelegaliseerd.⁵⁹⁷ Artikel 9, eerste lid schrijft de beperking voor dat de publiekrechtelijke personen die bij de intercommunale zijn aangesloten, zich wel alleen afzonderlijk en elk slechts tot beloop van een bepaalde som kunnen verbinden. Ten slotte laat de memorie van toelichting uitschijnen dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden samen een nieuw intergemeentelijk samenwerkingsverband kunnen oprichten: "*In dit verband dient wel te worden verstaan dat wanneer twee intercommunales een derde willen vormen voor de gedeeltelijke of de algehele verwezenlijking van hun maatschappelijk doel, de wetsbepalingen eveneens op deze laatste van toepassing zijn.*"⁵⁹⁸

110. Opnieuw discussie over private partijen – Net zoals dit het geval was in 1922, vormde de vraag of private rechtspersonen en particulieren zouden moeten kunnen deelnemen aan intergemeentelijke samenwerkingsverbanden opnieuw voer voor uitgebreide discussies in de aanloop naar de wet van 22 december 1986. Volgens SURDIACOURT laaide de discussie opnieuw op ten gevolge van "*mauvaises expériences depuis 1922.*"⁵⁹⁹ Algemeen gesteld werd tijdens de parlementaire voorbereiding de kritiek opgeworpen dat er een sterke toename is van de gemengde intercommunales waarin de privésector het overwicht heeft en dat de privésector in de loop der tijd een té overheersende positie heeft aangenomen in de intercommunale: "*Daarenboven heeft de privé-sector, die alle touwtjes in handen heeft, eveneens een quasi-monopolie inzake beleidsmaatregelen, beslissingen en actiemiddelen.*"⁶⁰⁰ Zo werd onder meer aangehaald dat het

⁵⁹⁶ Art. 2 van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales; een kleine wijziging in artikel 1 is dat voortaan 'verscheidene gemeenten' een intercommunale kunnen oprichten, wat logischerwijs 'twee of meer gemeenten' impliceert. Zo wordt dit artikel in overeenstemming gebracht met de bewoordingen in artikel 108 van de Grondwet.

⁵⁹⁷ R. MAES, "Lidmaatschap" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (271) 275.

⁵⁹⁸ MvT bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/1, 3.

⁵⁹⁹ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 85.

⁶⁰⁰ Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 125/11, 22 en 29.

feitelijk de vertegenwoordigers van de particuliere sector zijn die de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden leiden en dat de particuliere belangen gegarandeerd prioriteit krijgen. HUBIN gaf mee dat de socialistische partij tegen de private deelname is gekant. Volgens hem beschouwde de wet van 1 maart 1922 de private deelname als uitzonderlijk, maar heeft die private deelname in de loop der tijd een onvoorziene proportie aangenomen, waarbij de energiesector als treffend voorbeeld kan worden aangehaald: "*La place du secteur public dans la production et le transport d'électricité demeure totalement insignifiante: les intérêts privés jouissent d'un véritable monopole. Le même phénomène se présente dans d'autres secteurs avec une intensité variable. De plus, les intérêts privés profitent souvent de leur immixtion dans les organismes visant à satisfaire des besoins collectifs pour obtenir des privilèges économiques et fiscaux exorbitants. Les groupes privés profitent en fait de l'ambiguïté de leur statut au sein des intercommunales pour se soustraire à la fois aux impératifs du service public et à ceux de la concurrence. Il convient de mettre un terme à cette ambiguïté.*" (eigen onderlijning).⁶⁰¹ Gelet op het feit dat "de particuliere groepen (...) in feite [profiteren] van hun positie binnen de intercommunales om zich te onttrekken aan de regels van een openbare dienst, zowel als aan die van de concurrentie, (...) moet [er] een nieuw evenwicht tot stand komen tussen de belangen van de publieke en van de privé-sector.", stelde HENRY.⁶⁰² Onder meer de fiscale voordelen die de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kunnen genieten, wierpen dus vragen op over de deelname van private partners. Tijdens de discussie kwam voornamelijk het private lidmaatschap in de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in de elektriciteits-, gas en teledistributiesector aan bod.

De grote invloed van de privésector in de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en sterke toename van die private deelname, zou dan weer niet overeenstemmen met het systeem zoals het was ingevoerd door de wet van 1 maart 1922, namelijk dat particuliere deelname uitzonderlijk was en slechts kon na ministeriële goedkeuring.⁶⁰³ Er wordt gesteld dat "de gemengde

⁶⁰¹ *Hand.* Senaat 1984-85, 25 oktober 1984, 176-179.

⁶⁰² Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 125/11, 15.

⁶⁰³ Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Aangelegenheden, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/2, 35.

intercommunales (...) de geest van de wet op de verenigingen van gemeenten, zoals die door de wetgever van 1922 was bedoeld, [hebben] miskend."⁶⁰⁴ Tegenstanders van de private deelname zien de toelating ervan dan ook als risico op institutionalisering van die private deelname, aangezien de afschaffing van het goedkeuringstoezicht het uitzonderlijk karakter wegneemt.⁶⁰⁵ Eén van de voorstanders van private deelname meent dat "*het bestaande bezwaar van de overheersende positie van de privé-sector in de gemengde intercommunales, thans [door de kaderwet] wordt weggewerkt.*"⁶⁰⁶ Toch lijkt één van de tegenargumenten, namelijk dat overeenkomstig artikel 17, tweede lid van de kaderwet de belangen van de minoritaire vennoten kunnen worden veiliggesteld – en dat de gemeenten op feitelijke gronden geen overwicht zullen verwerven in de intercommunales – m.i. *legio*.⁶⁰⁷ Maar ook dit argument kan op zijn beurt worden genuanceerd door het feit dat het statutair inschrijven van bijvoorbeeld een veto-recht voor de particuliere deelnemers op grond van artikel 17, tweede lid, onderworpen is aan het bestuurlijk toezicht zoals voorzien in artikel 20 van de nieuwe kaderwet van 22 december 1986. Dit alles zorgde voor het aanbrengen van amendementen voor de aanneming van een sterke beperking ten aanzien van de private deelname⁶⁰⁸ en, zelfs nog verregaander, om private deelname

⁶⁰⁴ Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St. Kamer* 1985-86, nr. 125/11, 29.

⁶⁰⁵ J. VANHAEVERBEEK, "La nouvelle législation nationale et régionale" in E. CEREXHE, A. COOLS, X. DELGRANGE, M. DUMONT, B. JURION, P. ORIANNE en J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales. Actes du colloque du 18 novembre 1988*, Brugge, die Keure, 1989, (50) 56.

⁶⁰⁶ Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St. Kamer* 1985-86, nr. 529/11, 1985-86, 47.

⁶⁰⁷ Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St. Kamer* 1985-86, nr. 529/11, 47.

⁶⁰⁸ Zo diende TEMMERMAN een amendement in waarbij de deelneming van privaatrechtelijke personen aan het intergemeentelijk samenwerkingsverband enkel kan gebeuren mits goedkeuring door de toezichthoudende overheid en waarbij de deelneming wordt verantwoordt met redenen die uitsluitend verband houden met de werkzaamheden van de openbare dienst, zie *Parl.St. Kamer* 1984-85, nr. 1140/2, 2; zie ook amendementen voorgesteld door COËME en HENRY, *Parl.St. Kamer* 1984-85, nr. 1140/3, 1-2.

eenvoudigweg niet toe te laten⁶⁰⁹. Deze werden echter niet aangenomen op vraag van de regering.⁶¹⁰

Uiteindelijk werd de deelname van 'alle andere privaatrechtelijke personen' toegelaten, voortaan zelfs zonder dat er een Koninklijke machtiging voor is vereist. De afschaffing van de machtiging werd echter in zekere zin 'gecompenseerd' door een sterkere positie van de gemeente, onder meer op vlak van stemmenaandeel, vertegenwoordiging en determinerende zeggenschap (zie *infra* nr. 111).⁶¹¹ Volgens VANDENDRIESSCHE "*wenste de wetgever de deelname van 'andere' partners te verzoenen met het determinerend gemeentelijke karakter en de taken van algemeen belang van de intercommunales.*".⁶¹²

Tot slot valt het te vermelden dat er verschillende keren de opmerking werd gemaakt tijdens de parlementaire besprekingen of, gelet op het grote onderscheid tussen de intercommunales van de energiesector en de andere intercommunales, "*er in feite beter dubbel gelegifereerd zou worden.*".⁶¹³ Volgens HENRY "*ware [het] wellicht ook beter geweest voor de afzonderlijke materies zoals gas, water, elektriciteit, enz. een aparte regeling uit te werken, gezien de zeer uiteenlopende situaties ter zake.*" (zie hieromtrent *infra* DEEL III, nr. 273 e.v.).⁶¹⁴

⁶⁰⁹ TEMMERMAN diende een amendement in om de privaatrechtelijke deelname niet toe te laten. Hij verantwoordt zijn amendement door te stellen dat deelneming van particulieren aan de uitoefening van een openbare dienst niet mogelijk is op gelijk welk niveau van de macht. Hij baseert zich hiervoor op artikel 108 van de Grondwet en stelt hierbij dat een particulier of privaatrechtelijke rechtspersoon niet kan betrokken worden bij de realisatie van een welbepaalde zaak van gemeentelijk belang aangezien die door de overheid moet worden verzekerd, zie *Parl.St.* Kamer 1984-85, nr. 1140/2, 1; zie ook amendementen voorgesteld door de heren COËME en HENRY, *Parl.St.* Kamer 1984-85, nr. 1140/3, 1.

⁶¹⁰ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 86; F. VANDENDRIESSCHE, "Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en private partners", *CDPK* 2002, afl. 3, (325) 327.

⁶¹¹ Voor een opsomming van een aantal 'gemeentelijke waarborgen', zie F. VANDENDRIESSCHE, "Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en private partners", *CDPK* 2002, afl. 3, (325) 327-328.

⁶¹² F. VANDENDRIESSCHE, "Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en private partners", *CDPK* 2002, afl. 3, (325) 327.

⁶¹³ Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Aangelegenheden, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/2, 37.

⁶¹⁴ Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 529/11, 1985-86, 1985-86, 14.

111. Stemmenaandeel en vertegenwoordiging – Om een democratisering van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden te bewerkstelligen – en meer bepaald om "*een nauwe band te handhaven tussen de intercommunale activiteit en de gemeentelijke vertegenwoordiging*"⁶¹⁵ – werd er voorzien dat de gemeenten in de algemene vergadering, raad van beheer en het college van commissarissen over de meerderheid van de stemmen moeten beschikken.⁶¹⁶ Op grond van artikel 11 van de wet van 22 december 1986 moeten de gemeenten steeds over de meerderheid van de stemmen en over het voorzitterschap in de verschillende bestuurs- en controleorganen van de intercommunale beschikken, ongeacht de verhouding van de inbreng van de verschillende partijen in de samenstelling van het maatschappelijk kapitaal. Deze vernieuwing ten opzichte van het stilzwingen van de wet van 1 maart 1922 werd in het verleden reeds door de minister van Binnenlandse Zaken in één van zijn omzendbrieven vooropgesteld.

Nog met het oog op de democratisering van het intergemeentelijk samenwerkingsverband, schrijven bijvoorbeeld artikel 12, 13 en 14 van de nieuwe kaderwet voor dat de vertegenwoordigers van de aangesloten gemeenten respectievelijk in de algemene vergadering, als bestuurder en als commissaris door de gemeenteraad van elke gemeente worden aangewezen onder de raadsleden, de burgemeester en schepenen van de gemeente. Het oorspronkelijke wetsontwerp dat in 1983 was ingediend in de Senaat, was op dit vlak nog veel verregaander. Het wetsontwerp bevatte een aantal bepalingen die de vertegenwoordiging van de minderheid in de gemeenteraad in de intercommunale wou garanderen, maar ze werden niet weerhouden in de aangenomen wettekst.⁶¹⁷

De wet van 1 maart 1922 voorzag ook hierover niets, maar zowel het wetsontwerp Vermeylen als één van de ministeriële omzendbrieven schreven de stopzetting

⁶¹⁵ MvT bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/1, 6.

⁶¹⁶ MvT bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/1, 2.

⁶¹⁷ R. MAES, "Lidmaatschap" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (271) 259-260.

van het mandaat van een vertegenwoordiger van de gemeente voor bij de vernieuwing van de gemeenteraad. Een ministeriële omzendbrief schreef de stopzetting van de vertegenwoordiging eveneens voor bij verlies van functie. Artikel 16 van de wet van 22 december 1986 nam ook dit principe over door voor te schrijven dat een gemeentelijke vertegenwoordiger wordt verondersteld om van rechtswege ontslag te nemen zodra hij ophoudt deel uit te maken van de gemeenteraad. Alle mandaten in de verschillende organen van de intercommunale worden geacht te vervallen onmiddellijk na de algemene vergadering die volgt op de vernieuwing van de gemeenteraden. Nog met betrekking tot de vertegenwoordiging schrijft artikel 15 voor dat niemand vertegenwoordiger mag zijn van één van de aangesloten administratieve overheden als hij lid is van één van de organen van de privé-maatschappij die het bestuur of de concessie heeft van de onderneming waarvoor de intercommunale is opgericht. Door middel van dit ingrijpen wil de wetgever inzetten op de democratisering van de intercommunale en de gemeentelijke bevoegdheid binnen de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden versterken.

112. Gekwalificeerde meerderheid van stemmen – Artikel 17 van de wet van 22 december 1986 vereist voorts een gekwalificeerde meerderheid bij het nemen van beslissingen. Het artikel schrijft voor dat de beslissingen van de algemene vergadering, van de raad van bestuur en van het college van commissarissen slechts geldig zijn indien zij, behalve de meerderheid van de uitgebrachte stemmen, ook de meerderheid van de stemmen van de in die organen aanwezige of vertegenwoordigde gemeenteraadsleden hebben verkregen. Ook die vereiste is ingeschreven met de democratisering als vooropgesteld doel. De wet van 1 maart 1922 voorzag niet in een dergelijke bepaling, maar in de periode tussen de twee kaderwetten werd in een ministeriële omzendbrief wel al de vereiste gesteld dat de beslissingen van zowel de algemene vergadering als de beheersraad moesten worden gesteund door zowel een meerderheid van 'vennoten' als een meerderheid van gemeentelijke vertegenwoordigers.

113. Provincies – Artikel 19 regelt ten slotte de deelname van provincies in de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Indien de provincie een inbreng heeft gedaan in de intercommunale die de helft van het kapitaal overschrijdt of

de goede afloop heeft gewaarborgd van meer dan de helft van de door de vereniging opgenomen leningen, kan er worden afgeweken van de vereisten inzake stemmenaandeel en vertegenwoordiging. Artikel 19 voorziet dat er in dat geval in de statuten kan worden ingeschreven dat de meerderheid van de stemmen in de bestuurs- en controleorganen aan de provincie toekomt en dat het voorzitterschap van de raad van bestuur en van het college van commissarissen wordt toevertrouwd aan een lid van de provincieraad.⁶¹⁸

4.3. Doel, aard en karakter

114. Doel en activiteiten – Artikel 1 van de nieuwe kaderwet stelt nog steeds hetzelfde voorop als de kaderwet van 1 maart 1922: "*Meerdere gemeenten mogen, binnen de voorwaarden voorzien in onderhavige wet, verenigingen met welbepaalde oogmerken van gemeentelijk belang oprichten. Deze verenigingen worden hierna intercommunales genoemd.*" (eigen onderlijning). Louter terminologisch gezien spreekt de kaderwet niet langer over 'twee of meer gemeenten' maar over 'meerdere' gemeenten en is het niet langer 'doelstellingen' maar 'oogmerken' van gemeentelijk belang. Voor het overige is er opnieuw niets over haar doel of activiteiten bepaald. Ook de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt benadrukt dat er in de kaderwet niet wordt "*ingegaan op de taak van de intercommunales (elektriciteit, gas of een andere materie). De enige vereiste is dat de intercommunale zaken van gemeentelijk belang moet regelen. Het ontwerp duidt dan ook slechts het kader aan waarbinnen de gemeenten hun bevoegdheden kunnen delegeren.*".⁶¹⁹ Zolang een doelstelling onder het gemeentelijk belang is te kwalificeren, kan bijgevolg *quasi* alles het voorwerp uitmaken van intercommunalisatie. Wel moeten de gemeenteraadsleden van de aangesloten gemeenten, ook weer de democratisering van het intergemeentelijk samenwerkingsverband indachtig, op

⁶¹⁸ Art. 19, §1 van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales.

⁶¹⁹ Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 125/11, 11.

grond van artikel 23, tweede lid van de kaderwet elk jaar een uitvoerig verslag van de activiteiten van de intercommunale toegezonden krijgen.⁶²⁰

115. "De intercommunales zijn publiekrechtelijke rechtspersonen" – In artikel 3 van de kaderwet van 22 december 1986 worden intercommunales uitdrukkelijk als publiekrechtelijke rechtspersonen gekwalificeerd. Gelet op de rechterlijke uitspraak van het Hof van Cassatie van 1966, komt dergelijke kwalificatie niet als een verrassing. Toch is de uitdrukkelijk wettelijke verankering absoluut een meerwaarde ten opzichte van het stilzwijgen van de wet van 1 maart 1922. Iedere twijfel wordt hierdoor, zowel voor het verleden als voor de toekomst, weggenomen. Volgens de memorie van toelichting zijn de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden rechtspersoon door hun doel, ongeacht de vorm die ze aannemen.⁶²¹ Voor het overige wordt in de memorie van toelichting enkel vermeld dat "*door te stellen dat de intercommunales publiekrechtelijke rechtspersonen zijn, (...) de algemene beginselen van het administratief recht er toepassing op [vinden]*".⁶²² De uitdrukkelijke kwalificatie is dus een duidelijke vernieuwing en m.i. ongetwijfeld een verbetering ten opzichte van de eerste kaderwet. Meer hierover *infra* DEEL II, nr. 173 e.v.

116. Geen handelskarakter – Voorts stelt artikel 3 van de wet van 22 december 1986 dat de intercommunales, ongeacht hun vorm en hun doel, geen handelskarakter hebben. Artikel 5 van de wet van 1 maart 1922 stelde nog dat de intercommunale 'een burgerlijk karakter' had, maar dit liet ruimte voor discussie over de invulling ervan. Dat er in de kaderwet van 1986 voor het nauwkeurigere 'geen handelskarakter' is gekozen, is dan ook op dit vlak een verbetering. Toch rees er ook tijdens de voorbereiding van de kaderwet onduidelijkheid over de begripsinvulling. De minister van Binnenlandse Zaken verduidelijkte dat "*aangezien de intercommunales diensten zijn van algemeen*

⁶²⁰ Art. 23, tweede lid van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales en MvT bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/1, 2.

⁶²¹ MvT bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/1, 3.

⁶²² MvT bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/1, 3.

belang (openbare dienst), (...) zij niet als 'handelaar' [kunnen] worden aangezien. Ze kunnen echter wel handelsdaden stellen, vermits zij elektriciteit, gas, water e.d. verkopen.". Volgens de minister mogen de intercommunales volgens de rechtspraak daden stellen die van nature uit handelsdaden zijn, aangezien het voorwerp van hun activiteiten het vervullen van hun grondwettelijk taak blijft "*door procedures die eigenlijk middelen zijn om doeleinden van algemeen nut te kunnen realiseren.*".⁶²³ Opvallend is dat dit statement van de minister een *quasi* letterlijke overname is van één van de overweging van het Hof van Cassatie in het principiële arrest van 6 april 1922 (zie *supra* nr. 44). Volgens VANHAEVERBEEK houdt dit gebrek aan handelskarakter in dat "*elles n'ont pas la qualité de commerçante et qu'elles ne pourront jamais être assimilées à des sociétés commerciales.*".⁶²⁴ Die interpretatie stemt overeen met de bedoeling die de wetgever bij de wet van 1 maart 1922 aanhield. Zie uitgebreid omtrent dit 'geen handelskarakter' *infra* DEEL II, nr. 174 e.v.

4.4. Toezicht

117. Verlichting toezicht – In vergelijking met de kaderwet van 1 maart 1922, zwakte de wet van 22 december 1986 het toezicht op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden aanzienlijk af.⁶²⁵ Volgens de wetgever moest de democratisering van de intercommunale immers gepaard gaan met een verlichting van het toezicht. Waar dit volgens SURDIACOURT op het eerste gezicht paradoxaal lijkt over te komen⁶²⁶, rechtvaardigt de memorie van toelichting de verlichting van het toezicht als volgt: "*Vermits de democratische controle versterkt wordt, lijkt het normaal de rol van de voogdij, in de eerbiediging van de gemeentelijke autonomie en artikel 108, 6°, van de Grondwet, aan te passen door*

⁶²³ Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 125/11, 50.

⁶²⁴ J. VANHAEVERBEEK, "La nouvelle législation nationale et régionale" in E. CEREXHE, A. COOLS, X. DELGRANGE, M. DUMONT, B. JURION, P. ORIANNE en J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales. Actes du colloque du 18 novembre 1988*, Brugge, die Keure, 1989, (50) 58.

⁶²⁵ J. VANHAEVERBEEK, "La nouvelle législation nationale et régionale" in E. CEREXHE, A. COOLS, X. DELGRANGE, M. DUMONT, B. JURION, P. ORIANNE en J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales. Actes du colloque du 18 novembre 1988*, Brugge, die Keure, 1989, (50) 67.

⁶²⁶ N. SURDIACOURT, Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 85.

haar te vereenvoudigen."⁶²⁷ Dit is een omgekeerde tendens ten opzichte van de periode tussen beide kaderwetten waar er juist verschillende koninklijke besluiten werden aangenomen om het administratief toezicht op de intercommunale te versterken en in te zetten op de soepelheid en doelmatigheid van het toezicht.

118. Toezichthoudende overheid? – Artikel 20 van de wet van 22 december 1986 regelt het toezicht of de voogdij over de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. De toezichthoudende overheid moet voortaan enkel nog haar goedkeuring geven over de oprichting van een intergemeentelijk samenwerkingsverband, zijn statuten en eventuele bijlagen en over iedere statutenwijziging. Het toezicht op het vaststellen van de tarieven, op de onteigeningen, op de leningen, op het aanvaarden van giften, op de verlenging van de vereniging na de door de statuten bepaalde termijn en op de vervroegde ontbinding, is afgeschaft.⁶²⁸ Voor het overige kan zij wel nog steeds elke handeling van de organen van het intergemeentelijk samenwerkingsverband die strijdig is met de wet of met de statuten of die het algemeen belang schaadt, schorsen of nietig verklaren. Op grond van artikel 9, tweede lid, moet bovendien in de gemeenteraad worden beraadslaagd en beslist over iedere wijziging van de statuten die voor de gemeenten bijkomende verplichtingen of een vermindering van hun rechten meebrengt. Opvallend is dat artikel 20 de toezichthoudende overheid niet nader bepaalt. Artikel 14 belast het college van commissarissen in ieder geval met het (intern) toezicht op de intercommunale.

Om de derde doelstelling van de wet te realiseren, namelijk om de 'intercommunales doorzichtiger te maken', werd er in het kader van het toezicht een belangrijke vernieuwing ten opzichte van de wet van 1 maart 1922 doorgevoerd. Artikel 24, eerste lid van de kaderwet van 22 december 1986 schrijft uitdrukkelijk voor dat de wetgeving op de boekhouding van ondernemingen van toepassing is op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.⁶²⁹ Toch was dit

⁶²⁷ MvT bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/1, 3.

⁶²⁸ Adv.RvS bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat, 1982-83, nr. 529/1, 28 en 82-83.

⁶²⁹ MvT bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/1, 3.

sinds de aanneming van de wet van 17 juli 1975 met betrekking tot de boekhouding en de jaarrekeningen van de ondernemingen en het koninklijk besluit van 8 oktober 1976 met betrekking tot de jaarrekening van de ondernemingen al het geval ten aanzien van de intercommunales die volgens de wet een vennootschapsvorm aannemen.⁶³⁰ Het tweede lid van artikel 24 voorziet in een bekendmaking van de jaarrekeningen, het verslag van het college van commissarissen en dat van de commissaris-revisor, aan alle leden van de gemeenteraden van de aangesloten gemeenten.

119. Overige vernieuwingen – Overige interessante, maar voor dit proefschrift minder relevante, vernieuwingen, zijn onder meer dat de intercommunale de duur van dertig jaar niet mag overschrijden, behoudens verlengingen. Er is ook een regeling voorzien die het vertrek van de deelgenoten uit de intercommunale regelt. De statuten kunnen hierin voorzien, onder de voorwaarde dat uittreding slechts mogelijk is na een termijn van vijftien jaar, een gekwalificeerde meerderheid hiermee instemt en eventuele schade wordt vergoed.⁶³¹ Artikel 8, tweede en derde lid voorziet ook in een regeling omtrent de fusies: de gemeente kan beslissen om een activiteit, indien diezelfde activiteit van gemeentelijk belang in eenzelfde gemeente aan verschillende intercommunales is toevertrouwd is, voor haar gehele grondgebied toe te vertrouwen aan één enkele onder hen. Dit kan mits alle belanghebbende partijen daarmee instemmen of, bij gebreke van die instemming, eenzijdig. Artikel 18 voorziet in enkele verbodsbepalingen voor de bestuurder van een intergemeentelijk samenwerkingsverband. Tot slot voorziet artikel 28, net zoals de wet van 1 maart 1922, dat de gemeenten onderling overeenkomsten voor bepaalde tijd kunnen afsluiten met betrekking tot welbepaalde leveringen en diensten van gemeentelijk belang. Hier werd aan toegevoegd dat ook de intercommunales zulke overeenkomsten onderling kunnen afsluiten of met de gemeenten.

⁶³⁰ J. VANHAEVERBEEK, "La nouvelle législation nationale et régionale" in E. CEREXHE, A. COOLS, X. DELGRANGE, M. DUMONT, B. JURION, P. ORIANNE en J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales. Actes du colloque du 18 novembre 1988*, Brugge, die Keure, 1989, (50) 68.

⁶³¹ Art. 7 van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales.

120. Weinig ingrijpende veranderingen – Volgens MAES heeft de wetgever met de kaderwet van 22 december 1986 "*weinig ingrijpende veranderingen aangebracht aan de basisprincipes die in het kader van de inmiddels opgeheven wet van 1 maart 1922 aan de grondslag lagen van de intercommunale samenwerking.*"⁶³² Over de wet in het algemeen stelt ook VANHAEVERBEEK in die zin het volgende: "*Alors que l'on était en droit d'attendre une redéfinition de l'intercommunale, tout au plus assiste-t-on à la confirmation de certains principes, telle la nature publique de l'intercommunale, que la jurisprudence et la doctrine avaient mis de longues années à définir.*" (eigen onderlijning).⁶³³ Het klopt dat er op het eerste gezicht niet erg veel ingrijpende wijzigingen zijn doorgevoerd. In de periode tussen beide kaderwetten waren er al vernieuwingen doorgevoerd. Voor de intercommunales die vóór de toepassing van de besproken omzendbrieven werden opgericht en waarop de omzendbrieven dus geen toepassing vonden, zullen de wijzigingen evenwel ingrijpender zijn.⁶³⁴

4.5. Het Sint-Michielsakkoord: intergemeentelijke samenwerking als volledige gewestbevoegdheid

121. (Quasi) volledige regionalisering – In 1980, met de tweede staatshervorming, kende artikel 6, §1, VIII, 1^o van de BWHI de bevoegdheid om intergemeentelijke samenwerking te regelen – deels – toe aan de gewesten. De gewesten waren voortaan bevoegd voor "*de werkwijze, de controle en de vaststelling van het ambtsgebied van de verenigingen van gemeenten tot nut van het algemeen en de toepassing van de organieke wetten betreffende die verenigingen.*"⁶³⁵ In de jaren die daarop volgden, werd zwaar gediscussieerd over de precieze invulling van de bevoegdheidsverdeling. De grondwetsherziening van 5 mei 1993 creëerde de mogelijkheid om de bevoegdheid voor intergemeentelijke

⁶³² R. MAES, "Een nieuwe wettelijke regeling voor de intercommunale samenwerking" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (241) 256.

⁶³³ J. VANHAEVERBEEK, "La nouvelle législation nationale et régionale" in E. CEREXHE, A. COOLS, X. DELGRANGE, M. DUMONT, B. JURION, P. ORIANNE en J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales. Actes du colloque du 18 novembre 1988*, Brugge, die Keure, 1989, (50) 71.

⁶³⁴ R. MAES, "Een nieuwe wettelijke regeling voor de intercommunale samenwerking" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (241) 257.

⁶³⁵ Art. 6, §1, VIII, 1^o BWHI.

samenwerking volledig toe te vertrouwen aan de gewesten via een bijzondere wet. Artikel 6, §1, VIII, 1° van de bijzondere wet van 16 juli 1993 tot vervollediging van de federale staatsstructuur, kende de gewesten uiteindelijk de volledige⁶³⁶ bevoegdheid toe om intergemeentelijke samenwerking te regelen.⁶³⁷ Er werd toegevoegd aan artikel 108⁶³⁸ van de Grondwet dat "(...) *het decreet (...) de voorwaarden [regelt] waaronder en de wijze waarop (...) verscheidene gemeenten zich met elkaar kunnen verstaan of zich kunnen verenigen.*". Belangrijk hierbij is dat er in de Grondwet niet langer wordt vermeld dat de gemeenten zich enkel met het oog op het gemeentelijk belang kunnen verenigen. Volgens DUJARDIN was die bepaling overbodig aangezien "*art. 41 G.W. duidelijk stelt dat de uitsluitend gemeentelijke (of provinciale) belangen door de gemeenteraden (of de provincieraden) worden geregeld volgens de beginselen bij de Grondwet vastgesteld, en de gemeenten (of provincies) zich bijgevolg alleen kunnen verenigen voor de uitoefening van gemeentelijke (of provinciale) belangen.*".⁶³⁹ Met de staatshervorming van 2001, zorgde artikel 4 van de bijzondere wet van 13 juli 2001 houdende overdracht van diverse bevoegdheden aan de gewesten en de gemeenschappen⁶⁴⁰ dat de gewestelijke regelgevende bevoegdheid inzake intercommunales voortaan zit vervat in artikel 6, §1, VIII, 8° BWHI in plaats van in 1° van datzelfde artikel. In navolging van de regionalisering werden drie gewestelijke regelingen tot stand gebracht. Die te onderscheiden regelingen maken in het tweede deel van dit proefschrift het voorwerp uit van een interne rechtsvergelijking. De verschillende gewestelijke initiatieven maken het landschap van intergemeentelijke samenwerking uiteraard (nog) complexer dan voorheen.

⁶³⁶ Enige nuancering is nodig. Het bijzonder toezicht inzake brandbestrijding dient nog steeds door de federale wetgever te worden ingevuld, zie C. GOETHALS, "La physionomie des intercommunales en Belgique", Les @nalyses du CRISP en ligne, 14 mars 2017, www.crisp.be, 3.

⁶³⁷ J. DUJARDIN, "Verzelfstandiging van gemeentediensten als instrument voor een modern management" in J. KRINGS (ed.), *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, Story-Scientia, 1997, (479) 490; M. VERHULST, *De intergemeentelijke samenwerking in Vlaanderen*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 9.

⁶³⁸ Na de coördinatie van de Grondwet werd dit artikel 162 Gw.

⁶³⁹ J. DUJARDIN, "Verzelfstandiging van gemeentediensten als instrument voor een modern management" in J. KRINGS (ed.), *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, Story-Scientia, 1997, (479) 490, vn. 19.

⁶⁴⁰ BS 3 augustus 2001.

122. Decreetgevend optreden – In de periode vóór de volledige regionalisering van de bevoegdheid inzake intergemeentelijke samenwerking, traden de gewesten al een aantal keer op. Zo werd onder meer het toezicht verder uitgewerkt in het Vlaamse decreet van 1 juli 1987 betreffende de werkwijze van de controle op en de vaststelling van het ambtsgebied van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.⁶⁴¹ Dit Vlaamse decreet had ook betrekking op onder meer de zetel van de intercommunale, vertegenwoordiging van het personeel en zitpenningen en vergoedingen.⁶⁴² Het Besluit van de Vlaamse regering van 6 december 1989 houdende vaststelling van de grenzen en toekenningsvoorwaarden van het presentiegeld en de andere vergoedingen die aan de leden van de bestuurs- en controleorganen van een intergemeentelijk samenwerkingsverband kunnen worden toegekend, werd eveneens aangenomen in die periode.⁶⁴³ Ook het Waalse Gewest zou regelgeving aannemen, voornamelijk met het oog op de versterking van het toezicht. Hiertoe werd het Waalse decreet van 5 november 1987 betreffende de intercommunale verenigingen waarvan het rechtsgebied de grenzen van het Waalse Gewest niet overschrijdt, aangenomen.⁶⁴⁴ Het decreet omvatte ook bepalingen omtrent de werkwijze van de intercommunale, zoals bepalingen over presentiegelden en vergoedingen.⁶⁴⁵ Het Waalse Gewest nam maatregelen om het toezicht te

⁶⁴¹ Zie hieromtrent J. DEBIÈVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, (91) 150-151.

⁶⁴² N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 110-111.

⁶⁴³ Voor een beknopt overzicht van het regelgevend optreden van het Vlaamse Gewest in de jaren negentig van de vorige eeuw, zie N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 110-113.

⁶⁴⁴ J. VANHAEVERBEEK, "La nouvelle législation nationale et régionale" in E. CEREXHE, A. COOLS, X. DELGRANGE, M. DUMONT, B. JURION, P. ORIANNE en J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales. Actes du colloque du 18 novembre 1988*, Brugge, die Keure, 1989, (50) 68; N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 92-95 en 110-113; R. MAES, "Een nieuwe wettelijke regeling voor de intercommunale samenwerking" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (241) 254.

⁶⁴⁵ Voor een overzicht van het decreetgevend optreden vóór de volledige regionalisering, zie N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 92-95 en 110-113; R. MAES, "Een nieuwe wettelijke regeling voor de intercommunale samenwerking" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (241) 254.

versterken, onder meer in het decreet van 20 juli 1989 *organisant la tutelle sur les communes, les provinces et les intercommunales de la Région wallonne*.⁶⁴⁶

4.6. Het Waalse decreet van 5 december 1996 houdende de intercommunales

123. Quasi ongewijzigde overname – Met het *décret de 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes*⁶⁴⁷ was het Waalse Gewest het eerste gewest dat beroep deed op zijn 'volledige' bevoegdheid voor intergemeentelijke samenwerking door een eigen regeling aan te nemen ter vervanging van de wet van 22 december 1986.⁶⁴⁸ De Waalse decreetgever koos ervoor om de bestaande regeling zoals verankerd in de wet van 22 december 1986 op de belangrijkste vlakken over te nemen, en het toepassingsgebied te beperken tot het Waalse Gewest: "*Le présent projet de décret maintient les caractéristiques essentielles de la loi du 22 décembre 1986 susvisée*".⁶⁴⁹ Van fundamentele hervormingen was er dan ook geen sprake. De Waalse decreetgever had wel de bedoeling om onder meer de samenstelling van de organen van de Waalse intercommunales te wijzigen om tot een betere vertegenwoordiging van '*l'ensemble des groupes démocratiques*' te komen, om voor meer transparantie in het beheer te zorgen, en om de deelnemingsvoorwaarden voor het Waalse Gewest aan te passen.

124. Rechtsvorm – Net zoals bij de wet van 22 december 1986, voorzag artikel 4 van het decreet van 5 december 1996 dat de intercommunales de rechtsvorm aannamen van een NV, CVBA of vzw, en dat de '*lois relatives aux sociétés commerciales et aux associations sans but lucratif*' van toepassing zijn op de

⁶⁴⁶ Voor een beknopt overzicht van het decreetgevend optreden van het Waalse Gewest inzake toezicht in de jaren negentig van de vorige eeuw, zie N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 94-95.

⁶⁴⁷ Décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes, *BS* 7 februari 1997.

⁶⁴⁸ Voor informatie over de evolutie van de Waalse regelgeving, zie N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 92-110; C. GOETHALS, "La physionomie des intercommunales en Belgique", *Les @nalyses du CRISP en ligne*, 14 mars 2017, www.crisp.be, 4-5; M. VERHULST, *De intergemeentelijke samenwerking in Vlaanderen*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 9 en 13.

⁶⁴⁹ MvT bij projet du décret relatif aux intercommunales wallonnes, *Parl.St.* W.Parl. 1995-96, nr. 167/1, 2.

intercommunales voor zover de wettelijke bepalingen of de statuten er niet van afwijken omwille van de bijzondere aard van de intercommunale. Opvallend is dat de Waalse decreetgever in zijn memorie van toelichting naar het proefschrift van DÉOM verwijst: "*Ainsi que l'a fort judicieusement noté Madame Diane Déom, 'le législateur décréte donc les prérogatives normales d'un législateur organique: il peut régler la création d'organismes sur le mode général ou au cas par cas, il peut créer des formes juridiques originales, les doter de la personnalité juridique, les modeler en se référant en partie aux modèles du droit privé.'"*.⁶⁵⁰ Dat de rechtsvorm hybride is, beseft de decreetgever trouwens maar al te goed. Over de bepaling in artikel 11 dat elke intercommunale ongeacht haar rechtsvorm drie organen bevat, met name een algemene vergadering, een raad van bestuur en een college van commissarissen, stelt de Waalse decreetgever dat "[c]et article (...) s'inspire directement du texte des lois coordonnées sur les sociétés commerciales."⁶⁵¹

De Conseil supérieur des villes, communes et provinces de la Région wallonne vroeg zich in zijn advies wel af in hoeverre de wetten op de handelsvennootschappen in voorkomend geval van toepassing zullen zijn als de Waalse decreetgever tegelijkertijd voorschrijft dat de intercommunales geen commercieel karakter zijn, en of de intercommunales *mogen* afwijken van (de dwingende bepalingen van) het wetten op de handelsvennootschappen en vzw's.⁶⁵² De Raad van State, afdeling Wetgeving stelde in zijn advies dat de Waalse decreetgever hier te ver mee gaat, en dat hij 1) ofwel kan verwijzen naar federale rechtsvormen maar dan slechts zeer kleine afwijkingen kan voorzien, 2) ofwel zelf volledig een eigen specifieke rechtsvorm moet opstellen (meer hierover in DEEL II).⁶⁵³

⁶⁵⁰ MvT bij projet du décret relatif aux intercommunales wallonnes, *Parl.St.* W.Parl. 1995-96, nr. 167/1, 3-4.

⁶⁵¹ MvT bij projet du décret relatif aux intercommunales wallonnes, *Parl.St.* W.Parl. 1995-96, nr. 167/1, 5-6.

⁶⁵² Advies van de *Conseil supérieur des villes, communes et provinces de la Région wallonne*, *Parl.St.* W.Parl. 1995-96, nr. 167/1, 20.

⁶⁵³ Adv.RvS bij het projet du décret relatif aux intercommunales wallonnes, *Parl.St.* W.Parl. 1995-96, nr. 167/1, 25.

125. Deelnemers – Ook identiek aan de federale wet, is dat artikel 3 toeliet dat gelijk welke publieke of private rechtspersoon mocht deelnemen aan de intercommunale. Het decreet bevestigde bovendien de deelnemingsmogelijkheid voor het Waalse Gewest. Toch verduidelijkt de Waalse decreetgever dat "*[d]e même, l'identité de l'intercommunale, en tant que service public autonome et responsable, doit être affirmée de manière non équivoque. En effet, l'intercommunale est d'abord et avant tout une personne morale de droit public, quels que soient les associés.*" (eigen onderlijning).⁶⁵⁴

Nieuw ten opzichte van de wet van 22 december 1986 is dat de Waalse decreetgever een participatiemogelijkheid invoerde voor de intercommunale. Op grond van artikel 27 mochten intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voortaan deelnemen in andere publiek- of privaatrechtelijke rechtspersonen, op voorwaarde dat die deelname bijdraagt tot de verwezenlijking van het maatschappelijk doel. Belangrijk is dat de decreetgever in de memorie van toelichting benadrukte dat het gemeentelijk belang hier steeds dient te worden gerespecteerd: "*... pour autant qu'elles concourent à la réalisation de leur objet social, lequel, conformément à l'article 2, est toujours d'intérêt communal.*"⁶⁵⁵ Nog in de memorie van toelichting wordt ook verwezen naar artikel 180 van de wet van 21 december 1994 houdende sociale en diverse bepalingen, aangezien "*le présent projet développe un mécanisme initié par le législateur fédéral.*". Er wordt op gewezen dat voormelde wet de gemeenten reeds machtigt om rechtstreeks of onrechtstreeks deel te nemen in productie-, transport-, en distributiebedrijven in de energiesector.⁶⁵⁶ De afdeling Wetgeving van de Raad van State herhaalde hier haar belangrijk grondwettelijk bezwaar die ze had geformuleerd t.o.v. de wet van 21 december 1994: "*Ces objections valent également pour la disposition en projet. En effet, la condition que les participations prises par les intercommunales soient 'de nature à concourir à la réalisation de*

⁶⁵⁴ MvT bij projet du décret relatif aux intercommunales wallonnes, *Parl.St.* W.Parl. 1995-96, nr. 167/1, 4.

⁶⁵⁵ MvT bij projet du décret relatif aux intercommunales wallonnes, *Parl.St.* W.Parl. 1995-96, nr. 167/1, 9.

⁶⁵⁶ MvT bij projet du décret relatif aux intercommunales wallonnes, *Parl.St.* W.Parl. 1995-96, nr. 167/1, 9.

*leur objet social' ne garantit pas qu'elles seront toujours réalisées dans l'intérêt communal, comme l'exige pourtant l'article 162 de la Constitution."*⁶⁵⁷

Artikel 28 verplichte trouwens de oprichting van een comité van toezicht dat belast is met de *follow-up* van de participaties van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in het kapitaal van vennootschappen. Dit comité diende jaarlijks rekenschap af te leggen aan de algemene vergadering – en ook aan de gemeenteraden indien deze erom verzochten.

126. Doel, aard en karakter – Wat het doel betreft, konden Waalse gemeenten op grond van artikel 2 van het Waalse decreet van 5 december 1996 'intercommunales' oprichten met 'objets déterminés d'intérêt communal'. Nieuw ten opzichte van de kaderwet van 22 december 1986 is dat artikel 5, eerste paragraaf stelde dat "*[q]uel que soit leur objet, les intercommunales exercent des missions de service public et à ce titre sont des personnes morales de droit public*". De Waalse decreetgever vond het belangrijk om te benadrukken dat intercommunales publiekrechtelijke rechtspersonen blijven, ondanks hun soms commerciële handelingen: "*Même si leurs actes peuvent être qualifiés de commerciaux lorsqu'ils répondent aux conditions fixées par le Code de commerce, il convient de réaffirmer que les intercommunales sont par nature des personnes morales de droit public.*"⁶⁵⁸ Opvallend is daarbij dat de Hoge Raad in zijn advies opmerkte dat er op vandaag effectief intergemeentelijke samenwerkingsverbanden bestaan die "*n'ont pas à proprement parler, à l'heure actuelle, un objet que l'on peut qualifier aisément d'intérêt communal. Il convient dès lors de s'interroger sur leur existence à terme.*"⁶⁵⁹ Ook nog interessant is dat artikel 6, 3^o aan de minimale statutaire vermeldingen die de wet van 22 december 1986 vereiste, toevoegt dat de activiteitensector(en) statutair moeten worden bepaald.

⁶⁵⁷ Adv.RvS bij het projet du décret relatif aux intercommunales wallonnes, *Parl.St. W.Parl.* 1995-96, nr. 167/1, 25.

⁶⁵⁸ MvT bij projet du décret relatif aux intercommunales wallonnes, *Parl.St. W.Parl.* 1995-96, nr. 167/1, 2.

⁶⁵⁹ Advies van de *Conseil supérieur des villes, communes et provinces de la Région wallonne*, *Parl.St. W.Parl.* 1995-96, nr. 167/1, 20.

Wat de aard en het karakter van de Waalse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden betreft, is het het publiekrechtelijk karakter van het intergemeentelijk samenwerkingsverband uitdrukkelijk overgenomen in artikel 5, eerste paragraaf, eerste lid. De Waalse decreetgever bevestigde direct ook de *ratio legis* zoals die bestond bij de wet van 22 december 1986: volgens de decreetgever zijn '*les principes généraux du droit administratif*' hierdoor van toepassing, en dit ondanks de 'commerciële rechtsvorm'. Net zoals de wet van 22 december 1986 dit reeds voorzag, schreef de Waalse decreetgever eveneens in het tweede lid van artikel 5, eerste paragraaf voor dat de intercommunale geen commercieel karakter hebben (lees: geen handelskarakter) heeft.

127. Toezicht – Qua toezicht lijkt het erop dat het Waalse decreet niet langer in een opdracht voor de toezichthoudende overheid voorziet. Op grond van artikel 20 is het college van commissarissen als intern orgaan wel belast met het toezicht op de intercommunale.

4.7. Tussentijdse conclusie

128. De wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales is aangenomen om tegemoet te komen aan de evoluties die zich sinds de eerste wet van 1 maart 1922 hebben voorgedaan. De wet stelt een drievoudige doelstelling voorop: de democratisering van de intercommunale door de gemeentelijke bevoegdheid in de intercommunale te versterken, het toezicht verlichten en de intercommunale transparanter maken. Bijkomend wou de wetgever ook de problemen die rezen door het fusieproces dat plaatsvond in de jaren zeventig, reguleren. De wet van 1 maart 1922 en de specifieke wetten van de jaren voor de aanneming van de eerste kaderwet, werden opgeheven.

- **Rechtsvorm:** de wet van 1 maart 1922 liet de gemeenten de keuze om de rechtsvorm van het intergemeentelijk samenwerkingsverband vrij te bepalen. Met de wet van 22 december 1986 werd echter het omgekeerde beoogd: het intergemeentelijk samenwerkingsverband kan voortaan enkel de vorm aannemen van een naamloze vennootschap, een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, of een vereniging zonder

winstoogmerk. Net zoals dit het geval was onder de wet van 1 maart 1922, zijn de wetten op de handelsvennootschappen en de verenigingen zonder winstoogmerk van toepassing op de intercommunale, voor zover de wet of de statuten er niet van afwijken wegens de bijzondere aard van het samenwerkingsverband. Wat vervolgens de organisatie betreft, verplicht de wet van 22 december 1986 om in een algemene vergadering, een raad van beheer en een college van commissarissen te voorzien – een verplichting die niet was voorzien in de kaderwet van 1 maart 1922.

- **Deelnemers:** de wet van 1 maart 1922 liet naast gemeenten eveneens de Staat, de provincies waarin de deelnemende gemeenten zijn gelegen en private personen en maatschappijen toe tot de intercommunale. In de periode tussen beide kaderwetten, stelde het wetsontwerp Vermeulen voor om toe te laten dat alle andere publieke en private personen eveneens zouden kunnen deelnemen. De wet van 22 december 1986 zou dit uitgangspunt overnemen in zijn wettekst en zo tegemoetkomen aan een reeds in de praktijk ontwikkelde evolutie.

Het behoud van de private deelname in de wet van 1986 was echter geen evidentie. Tijdens de voorbereidende werkzaamheden rezen er hier uitvoerige discussies over, waarbij de tegenstand voornamelijk was gekant tegen de private deelname aan intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in de energiesector. Samengevat, beriepen de tegenstanders van de private deelname zich op het feit dat de private deelname sterk was toegenomen terwijl die mogelijkheid in 1922 eigenlijk als uitzonderlijk was vooropgesteld en dat de private sector een al te overheersende positie had ingenomen in de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, waarbij particuliere belangen prioriteit kregen en de private sector de werkelijke leiding had. De wettelijke toelating van private deelname vormt volgens de tegenstanders een risico op de institutionalisering ervan. Voorstanders van de private deelname voerden aan dat het bezwaar van een te overheersende positie werd weggewerkt doordat de wet van 22 december 1986 grondig inzette op de democratisering en de versterking van de gemeentelijke positie in de

intercommunale. Dit deed de wet door onder meer te voorzien dat, *ten eerste*, de gemeenten, ongeacht de verhouding van de inbrengen, steeds de meerderheid aan stemmen hebben in de organen van de intercommunale. Dit is ook weer een vernieuwing ten opzichte van de eerste kaderwet, die hier geen bepaling over bevatte. *Ten tweede* moeten gemeenten het voorzitterschap in de verschillende organen van de intercommunale krijgen, wat ook reeds werd voorzien in een omzendbrief. *Ten derde* werd er bij het nemen van beslissingen een gekwalificeerde meerderheid ingevoerd in het voordeel van de gemeenten. De eerste kaderwet van 1922 voorzag hier niet in, maar opnieuw had één van de ministeriële omzendbrieven dit principe reeds opgenomen. Volgens de voorstanders werd de private deelname zoals die werd omschreven in de statuten van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, bovendien voortaan nog steeds gecontroleerd door de toezichthoudende overheid. Bovendien zou de wet van 22 december 1986 de private deelname uiteindelijk zelfs zonder koninklijke machtiging zoals was voorzien in de wet van 1 maart 1922, toelaten. Vermeldenswaardig is ten slotte dat tijdens de discussie over de private deelname verschillende keren werd opgeworpen of er niet beter een aparte regeling zou worden uitgewerkt voor de afzonderlijke materies waarin intercommunales werkzaam zijn, waaronder elektriciteit, gas en water.

- **Doel, aard en karakter:** net zoals de eerste kaderwet, geeft de wet van 22 december 1986 de gemeenten de mogelijkheid om zich te verenigen voor welbepaalde oogmerken van gemeentelijk belang. Opnieuw bepaalt de wet verder niets over het doel of de activiteit van de intercommunale, wat ervoor zorgt dat er voor gelijk welk doel – zolang dit kadert in het gemeentelijk belang – intergemeentelijk kan worden samengewerkt. In tegenstelling tot de wet van 1 maart 1922, wordt de intercommunale in de wet van 22 december 1986 wel uitdrukkelijk gekwalificeerd als 'publiekrechtelijke rechtspersoon'. Gelet op het arrest van het Hof van Cassatie van 21 april 1966 is die wettelijke kwalificatie geen verrassing, maar desondanks zeker een meerwaarde. Waar de eerste kaderwet nog voorschreef dat de intercommunale een burgerlijk karakter heeft – en er discussie rees over de precieze invulling van dit begrip – kiest de kaderwet van 22 december 1986

ervoor om duidelijker te stellen dat de intercommunale, ongeacht haar rechtsvorm en doel, geen handelskarakter heeft. Volgens de minister van Binnenlandse Zaken zijn de intercommunales geen handelaar, aangezien ze een openbare dienst zijn, maar kunnen ze wel handelsdaden stellen.

- **Toezicht:** een belangrijke wijziging ten opzichte van de eerste kaderwet van 1922 is dat de wet van 22 december 1986 het toezicht in grote mate afzwakt. De wetgever legitimeert die afbouw van het toezicht als een logisch gevolg van de democratisering van de intercommunale en een versterking van de gemeentelijke positie. De afzwakking van het toezicht is echter een omgekeerde tendens ten opzichte van de periode tussen beide kaderwetten, waarin juist verschillende koninklijke besluiten en ministeriële omzendbrieven werden aangenomen om het toezicht op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden te versterken. Onder de wet van 1986 is de rol van de toezichthoudende overheid beperkter dan vroeger: zo is er enkel nog een goedkeuringstoezicht nodig voor de oprichting van de intercommunale, haar statuten en bijlagen en voor een eventuele statutenwijziging. Voor het overige is er wel nog steeds een algemeen toezicht voorzien. Ten slotte kan worden vermeld dat de wetgeving op de boekhouding van ondernemingen voortaan van toepassing is op het intergemeentelijk samenwerkingsverband – dit met het oog op een grotere transparantie.

129. De wet van 22 december 1986 bracht eigenlijk weinig ingrijpende veranderingen met zich mee aangezien er reeds redelijk wat vernieuwingen werden doorgevoerd in de periode tussen de twee kaderwetten. Na vele bevoegdheidsdiscussies in de jaren 1980, werd de volledige bevoegdheid (met uitzondering van het toezicht in de materie van brandbestrijding) ten slotte aan de gewesten overgeheveld ingevolge de grondwetsherziening in 1993. De gewesten maakten echter al vóór 1993 herhaaldelijk (beperkt) gebruik van hun decreetgevende bevoegdheid. Van een echt omstandig decreetgevend optreden ter vervanging van de kaderwet van 22 december 1986, is er voor het Waalse Gewest pas sprake in 1996, voor het Vlaamse Gewest in 2001 en voor het Brussels Hoofdstedelijk Gewest pas in 2018.

5. Het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking

130. Breuk met het verleden – Net zoals het Waalse Gewest, nam ook het Vlaamse Gewest enkele jaren later een decreet aan. Het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking (hierna: DIS) zou veel innovatiever zijn dan zijn Waalse tegenhanger. Het Vlaamse Gewest creëerde een decreet dat op belangrijke vlakken een breuk met het verleden zou betekenen.

Het Vlaamse Regeerakkoord van 13 juli 1999 stelde de hervorming van het wettelijk kader inzake intergemeentelijke samenwerking al voorop met het oog op, enerzijds, (opnieuw) de democratisering ervan en, anderzijds, de creatie van nieuwe en 'lossere' rechtsvormen voor de ontplooiing van activiteiten.⁶⁶⁰ Uit het advies van de Commissie Bestuurlijke Organisatie van 15 april 1997 (hierna: CBO-advies) bleek immers dat de gemeenten een te geringe inspraak hadden in het beleid van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, dat er sprake was van een overdreven concentratie van macht in de intercommunales omdat deze meervoudige doelstellingen aanhielden, dat de cumulatie van mandaten zorgde voor belangenvermenging en dat de provincies een betwistbare rol speelden.⁶⁶¹ Het CBO-advies dat op vraag van de Vlaamse minister van Binnenlandse Aangelegenheden was geformuleerd over de organisatie van het Vlaams binnenlands bestuur, zou als referentiekader dienen voor een vernieuwend decreet.⁶⁶² Vóór het CBO-advies werd namelijk het pad verkend tot een loutere actualisering en 'opsmukoperatie' van de wet van 22 december 1986 zonder over

⁶⁶⁰ Regeringsverklaring van de Vlaamse regering, *Parl.St.* VI.Parl. 13 juli 1999, nr. 33/1, 18; MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 3; in het Regeerakkoord werden eveneens een aantal aandachtspunten vermeld: "De mogelijkheden inzake samenwerking tussen de gemeenten moeten gestimuleerd worden in een lossere verband. Aandachtspunten daarbij zijn een sterke gemeentelijke verankering, de statutaire inperking van de activiteiten, het inbouwen van cumulatiebeperkingen, de afstemming van het administratief toezicht en de versterking van het democratisch toezicht, de democratische werking en een representatieve samenstelling van het beheersorgaan." in Regeringsverklaring van de Vlaamse regering, *Parl.St.* VI.Parl. 13 juli 1999, nr. 33/1, 18.

⁶⁶¹ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 3.

⁶⁶² Voor een gedetailleerde uiteenzetting van de krachtlijnen en de inhoud van het CBO-advies, zie Verslag namens de Commissie voor Binnenlandse Aangelegenheden, Huisvesting en Stedelijk Beleid, *Parl.St.* VI. Parl. 2000-01, nr. 565/2, 4-8.

te gaan tot de aanname van fundamentele wijzigingen.⁶⁶³ Ook het Pact met de gemeenten van 8 maart 1999 stelde de herwaardering van de gemeenteraden en de diversificatie van de samenwerkingsvormen voorop.⁶⁶⁴ Dit pact zou eveneens impact hebben gehad op het nieuwe decreet.⁶⁶⁵ Toch week de regering in het uiteindelijke decreet nog in belangrijke mate af van het pact, door onder meer de private deelname aan de dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging uiteindelijk toch niet toe te laten, terwijl het pact dit wel aanmoedigde.⁶⁶⁶

Net zoals het Vlaamse Regeerakkoord had vooropgesteld, streefde de Vlaamse decreetgever een dubbele doelstelling na met het DIS: *ten eerste*, de diversificatie en de versoepeling van de rechtsvormen en, *ten tweede*, de democratisering van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Het CBO-advies wees op de evolutie dat de gemeentebesturen nu soms eerder de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden leken te volgen, dan omgekeerd.⁶⁶⁷ Volgens DE PEUTER, PATTYN en WAYENBERG hadden "*intercommunales' (...) their own life detached from the political power of the municipalities*".⁶⁶⁸ Een rode draad doorheen het decreet is dan ook dat het Vlaamse Gewest besliste om het intergemeentelijk samenwerkingsverband uitdrukkelijk als een verlengstuk van de gemeente te kwalificeren: "*Intergemeentelijke verenigingen zijn te beschouwen als verlengd lokaal bestuur en behoren hulpstructuren van de gemeenten te zijn*".⁶⁶⁹ Ook het

⁶⁶³ M. VERHULST, *De intergemeentelijke samenwerking in Vlaanderen*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 13 en 20.

⁶⁶⁴ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 3.

⁶⁶⁵ Voor een gedetailleerde uiteenzetting van de totstandkoming en de krachtlijnen van het pact, zie M. VERHULST, *De intergemeentelijke samenwerking in Vlaanderen*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 21-27.

⁶⁶⁶ M. VERHULST, *De intergemeentelijke samenwerking in Vlaanderen*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 28; Voor een situering van het CBO-advies en het Pact in het bredere beleidskader, zie K. DE CEUNINCK en H. REYNAERT, "Central-local relations in Flanders: structural reforms, scale and decentralisation", *Croatian and comparative public administration* 2016, afl. 1, 5-6.

⁶⁶⁷ Verslag namens de Commissie voor Binnenlandse Aangelegenheden, Huisvesting en Stedelijk Beleid, *Parl.St.* VI. Parl. 2000-01, nr. 565/2, 4.

⁶⁶⁸ B. DE PEUTER, V. PATTYN en E. WAYENBERG, "Territorial Reform of Local Government: Evaluation Criteria Underpinning Decisions and Debate in Flanders", *Local Government Studies* 2011, afl. 5, (533) 540.

⁶⁶⁹ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 5, in de uiteenzetting van de directeur van de VVSG worden de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden ook als "*hulpstructuren, die de gemeenten op vrijwillige basis oprichten voor de doelmatige uitoefening van*

Regeerakkoord benadrukte de band met de gemeente al uitdrukkelijk: "*De intergemeentelijke samenwerkingsvormen zijn hulpstructuren, die de gemeenten op vrijwillige basis oprichten voor de doelmatige uitoefening van welomschreven taken van gemeentelijk belang.*".⁶⁷⁰ De keuzes die in het decreet werden gemaakt, zijn dit uitgangspunt van die 'verlengstuk-theorie' dan ook indachtig. Om de eerste doelstelling, met name de diversificatie en versoepeling van de rechtsvormen te verwezenlijken, zijn er vier nieuwe *sui generis*-rechtsvormen ontwikkeld. Om het intergemeentelijk samenwerkingsverband te democratiseren, zet het decreet in op een herwaardering van de gemeente(raad), op een overgang van een gemengde naar een zuivere samenwerkingsverbanden, en op elementen van bestuurlijke vernieuwing.⁶⁷¹ De voor dit proefschrift relevante bepalingen, worden hieronder besproken bij het betreffende indicatieve criterium. De bepalingen van het DIS zijn wel enkel van toepassing op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die niet zijn onderworpen aan specifieke wettelijke of decretale bepalingen.⁶⁷²

5.1. Rechtsvorm

131. Pluriforme samenwerkingsregeling – In het CBO-advies van 15 april 1997 werd vooropgesteld dat gemeenten die willen samenwerken al te vaak "*op een sluipende wijze een uitweg (...) [zoeken] in oneigenlijke privaatrechtelijke vormen die niet alleen de controle vanuit de verkozen raden sterk bemoeilijken maar die bovendien zelden geschikt zijn om deze samenwerking doelmatig vorm te geven.*".⁶⁷³ Volgens de Commissie Bestuurlijke Organisatie wordt "*de privaatrechtelijke formule (...) oneigenlijk gebruikt, soms bewust, om aan controle*

welomschreven taken van gemeentelijk belang" omschreven, waarbij "[d]e rechtstreekse band met de gemeenten die ze hebben opgericht, moet gevrijwaard blijven" in MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 3 en 4.

⁶⁷⁰ Regeringsverklaring van de Vlaamse regering, *Parl.St.* VI.Parl. 13 juli 1999, nr. 33/1, 18.

⁶⁷¹ M. VERHULST, *De intergemeentelijke samenwerking in Vlaanderen*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 44-47.

⁶⁷² Art. 79 DIS: "*Het is van toepassing op alle nieuwe samenwerkingsverbanden in het Vlaamse Gewest die tussen gemeenten gevormd worden en die niet onderworpen zijn aan specifieke wettelijke of decretale bepalingen.*".

⁶⁷³ Verslag namens de Commissie voor Binnenlandse Aangelegenheden, Stadsvernieuwing en Huisvesting, *Parl.St.* VI.Parl. 1998-99, nr. 1240/1, 14.

*te ontsnappen, maar meestal omdat er geen aangepaste, publiekrechtelijke vormen ter beschikking zijn. Het resultaat is identiek: de bestuursorganisatie wordt minder doorzichtig en verkozen bestuurders hebben minder vat op de hulpstructuren die vanuit de gemeenten groeien."*⁶⁷⁴ Volgens het CBO-advies doet dit zich voor aangezien de regeling zoals vervat in de wet van 22 december 1986 redelijk zware verplichtingen oplegt en de beheersstructuur voor bepaalde doelen te omstandig en te langdurig is.⁶⁷⁵ Ter remediëring wordt er voorgesteld om in verschillende lichtere en zwaardere publiekrechtelijk geregelde samenwerkingsvormen te voorzien: "*Samenwerkingsvormen die gaan van lichte overlegvormen over organisatietypes die de voordelen van de vzw-vorm in een publiekrechtelijke structuur bewaren tot de huidige intercommunales met bevoegdheidsoverdracht en een volledig opgetuigde politieke en ambtelijke structuur.*"⁶⁷⁶

Het DIS zou aan die bekommernis tegemoetkomen door de rechtsvorm en de organisatie van de intercommunale op twee vlakken te wijzigen. *Ten eerste*, waar de wet van 1 maart 1922 de gemeenten een keuzevrijheid gaf om hun intergemeentelijk samenwerkingsverband vorm te geven en de wet van 22 december 1986 die keuzevrijheid op zijn beurt beperkte tot de NV, CVBA en vzw, zou de Vlaamse decreetgever ervoor kiezen om *tabula rasa* te maken wat de rechtsvormregeling betreft. In het DIS worden er vier nieuwe *sui generis*-rechtsvormen uitgewerkt: de interlokale vereniging, de projectvereniging, de dienstverlenende vereniging en de opdrachthoudende vereniging.⁶⁷⁷ Voortaan lijkt er dus niet langer te worden teruggevallen op privaatrechtelijke vennootschaps- en verenigingsvormen, maar lijken de gemeenten vrij te kunnen kiezen tussen

⁶⁷⁴ Verslag namens de Commissie voor Binnenlandse Aangelegenheden, Huisvesting en Stedelijk Beleid, *Parl.St.* VI. Parl. 2000-01, nr. 565/2, 5.

⁶⁷⁵ Verslag namens de Commissie voor Binnenlandse Aangelegenheden, Stadsvernieuwing en Huisvesting, *Parl.St.* VI.Parl. 1998-99, nr. 1240/1, 14.

⁶⁷⁶ Verslag namens de Commissie voor Binnenlandse Aangelegenheden, Stadsvernieuwing en Huisvesting, *Parl.St.* VI.Parl. 1998-99, nr. 1240/1, 14.

⁶⁷⁷ DEBIÈVRE koppelt de creatie van een *sui generis*-regeling aan de ontwijking van de discussie over de 'sociétisation' en de 'denaturering' van overheidsop treden, zie J. DEBIÈVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, (91) 127-128.

die vier nieuwe verenigingsvormen.⁶⁷⁸ De samenwerkingsvormen zijn respectievelijk 'van zwak naar sterk' te rangschikken, maar hoe de soorten samenwerkingsverbanden zich ten opzichte van elkaar verhouden en hoe ze onderling verschillen, wordt hieronder per *faisceau d'indices* afzonderlijk uiteengezet. Zo kan de vergelijking in de tijd van de rechtsvorm, de deelnemers, het doel, de aard en het karakter en het toezicht, in historisch onderzoek worden doorgetrokken.

Volgens de artikelsgewijze toelichting "*is [er] gestreefd naar een zo volledig mogelijke regeling sui generis voor al wat de intergemeentelijke samenwerking betreft.*"⁶⁷⁹ Toch zal er in deze regeling geen sprake zijn van een zuiver publiekrechtelijke rechtsvorm. Aangezien de decreetgever de bepalingen die gelden voor de CVBA als suppletief recht voorschrijft, is er ook hier sprake van een hybride rechtsvorm – zij het in 'omgekeerd' geformuleerde zin dan zoals voorzien in de vorige wetten: het privaatrecht wordt niet langer als uitgangspunt genomen waarop dan publiekrechtelijke afwijkingen worden voorzien. Volgens DEBIÈVRE is het verschil met de wet van 1986 dat het vennootschapsrecht slechts suppletief wordt voorgeschreven in het DIS, maar dat de wet van 22 december 1986 de vennootschapswetgeving principieel van toepassing maakte op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Toch nuanceert hij die omkering van volgorde tegelijkertijd, waarbij hij eveneens wijst op de onmogelijkheid voor de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden om af te wijken van de dwingende bepalingen van het Wetboek Vennootschappen.⁶⁸⁰ In DEEL II zal blijken waarom die visie volgens mij niet klopt (zie *infra* nr. 243 e.v.). Een interessante bemerking van de Hoge Raad hieromtrent is dat "*een consequente lijn met de filosofie van de OCMW-verenigingen zou (...) zijn dat intercommunales voor alles wat het decreet niet regelt, terugvallen op het gemeentelijke*

⁶⁷⁸ Voor de gevolgen van de keuze om af te stappen van privaatrechtelijke vormen op het personeel van de intercommunales, zie bijvoorbeeld A. DE BECKER en J. DEBIÈVRE, "Over de keuzevrijheid inzake de invulling van de rechtspositie van het personeel der intergemeentelijke verenigingen na het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *TBP* 2006, afl. 2, (67) 90.

⁶⁷⁹ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 13.

⁶⁸⁰ Zie J. DEBIÈVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, (91) 128-129.

regime".⁶⁸¹ Volgens de artikelsgewijze toelichting "[is][d]e verwijzing naar de vennootschappenwet (...) niettemin noodzakelijk omdat een aantal bepalingen toepasselijk blijven, bv. op het vlak van de vereffening. Terzake is de keuze gevallen op de coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid omdat deze rechtsvorm het best overeenstemt met de structuur van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden".⁶⁸² Over die hantering van het vennootschapsrecht als suppletief recht, diende het Grondwettelijk Hof zich trouwens uit te spreken. Er werd opgeworpen dat de regelgeving bij verwijzing in strijd is met de bevoegdheidsverdelende regels, aangezien het vennootschapsrecht een exclusieve federale bevoegdheid is. Volgens het Hof is de hantering van de CVBA-regels als suppletief recht echter grondwetsconform, omdat de decreetgever daardoor niet de uitoefening van eigen bevoegdheden aan de federale wetgever heeft willen overdragen, maar enkel heeft bepaald welke regels van toepassing zijn bij gebrek aan specifieke regels.⁶⁸³

Ten tweede voorzag de wet van 1 maart 1922, maar evengoed de wet van 22 december 1986, in één regeling voor 'het intergemeentelijk samenwerkingsverband' in het algemeen, waarbij enkel het intergemeentelijk samenwerkingsverband als publiekrechtelijke rechtspersoon bestond.⁶⁸⁴ Er werden geen onderscheiden bepalingen voorzien in de wetgeving zelf naargelang de rechtsvorm die de intercommunale uiteindelijk kreeg, zodat er sprake was van een 'uniforme' regeling. Volgens de artikelsgewijze toelichting heeft "praktijkervaring (...) aangetoond dat er nood is aan meer dan de unieke formule van de intercommunale rechtspersoon zoals die tot op heden wettelijk geregeld is".⁶⁸⁵ Daarom zou het DIS voor een pluriforme samenwerkingsregeling kiezen,

⁶⁸¹ Advies van de Hoge Raad voor Binnenlands Bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 68.

⁶⁸² MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 13.

⁶⁸³ GwH 14 mei 2003, nr. 65/2003, overw. B.6.5; voor een grondige bespreking van het arrest, zie J. DEBIÈVRE, "Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, privaatrechtelijke deelgenoten en het Arbitragehof: it takes three to tango" (noot onder GwH 14 mei 2003, nr. 65/2003), *T.Gem.* 2003, afl. 4, 260-266.

⁶⁸⁴ E. WAYENBERG en B. DE PEUTER, "Het decreet op de intergemeentelijke samenwerking – een reflectie vanuit de Westhoek", onuitg., 2.

⁶⁸⁵ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 12.

waarbij de intergemeentelijke vereniging – afhankelijk van de (rechts)vorm die wordt aangenomen – andere regels dient na te leven.⁶⁸⁶ Dit heeft terminologisch tot gevolg dat het soms niet nauwkeurig genoeg is om over 'het intergemeentelijk samenwerkingsverband' in het algemeen te spreken. Het begrip 'intercommunale' wordt daarentegen wel nog steeds gehanteerd om de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in het Waalse en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest aan te geven. Aangezien fiscaliteit een federale materie is, blijft de fiscale regelgeving, rechtspraak en rechtsleer 'de intercommunale' als generieke term hanteren, ook t.a.v. het Vlaamse Gewest.⁶⁸⁷

132. Interlokale vereniging – De *interlokale vereniging* is het 'zwakste' samenwerkingsverband. Het is een samenwerkingsverband zonder rechtspersoonlijkheid – tevens de enige mogelijke intergemeentelijke samenwerkingsvorm die geen rechtspersoonlijkheid heeft – dat de gemeenten door middel van een loutere overeenkomst oprichten. Deze verenigingsvorm is geschikt om een heel concreet en welbepaald, in omvang beperkt project van gemeentelijk belang te verwezenlijken, zoals de levering van een goed of een dienst of zoals de uitvoering van een werk.⁶⁸⁸ De centrumgemeente is een voorbeeld van een constructie die onder de interlokale vereniging is te plaatsen.⁶⁸⁹ De 'overeenkomst tussen gemeenten' zoals voorzien in de wet van 1 maart 1922 en 22 december 1986, blijft dus verder bestaan. Qua organisatie bepaalt de overeenkomst met statutaire draagkracht hoe de interlokale vereniging wordt geregeld. In de overeenkomst worden bepalingen opgenomen over onder meer de duurtijd, de opzegmogelijkheid, de interne organisatie, de opmaak van de rekeningen, enzovoort. Er moet enkel een beheerscomité worden samengesteld

⁶⁸⁶ E. WAYENBERG en B. DE PEUTER, "Het decreet op de intergemeentelijke samenwerking – een reflectie vanuit de Westhoek", onuitg.

⁶⁸⁷ Het gebruik van de term 'intercommunale' in het DIS is volledig weggelaten door de opmerkingen die de Raad van State omtrent het verwarrend karakter van de begripshantering had geformuleerd in haar advies, zie Adv.RvS nr. 30516/3 bij het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 131-133.

⁶⁸⁸ Art. 6 DIS; MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 12.

⁶⁸⁹ M. VERHULST, *De intergemeentelijke samenwerking in Vlaanderen*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 45.

met minstens één afgevaardigde van elke deelnemer dat overlegt over de wijze waarop de overeenkomst wordt uitgevoerd.⁶⁹⁰

133. Projectvereniging – De *projectvereniging* is een vereniging met rechtspersoonlijkheid, maar zonder beheersoverdracht, en is door zijn soepele werking geschikt om een duidelijk omschreven kleinschalig project dat een beperkt aantal gemeenten aanbelangt en waarvan de verwezenlijking een korte tijdspanne vergt, te plannen, uit te voeren en te controleren.⁶⁹¹ De maximale (hernieuwbare) duurtijd bedraagt zes jaar en de projectvereniging moet volgens de decreetgever de inflatie beletten van het grote aantal intergemeentelijke vzw's.⁶⁹² Elk samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid is een publiekrechtelijke rechtspersoon met een rechtsvorm waarvan de kenmerken zijn vastgesteld krachtens de bepalingen van het DIS. Voor alles wat niet uitdrukkelijk is geregeld door het DIS, zijn de bepalingen van het wetboek voor de vennootschappen die gelden voor de CVBA van toepassing op de samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid.⁶⁹³ Zoals reeds vermeld, is er dus sprake van een hybride *sui generis*-rechtsvorm.⁶⁹⁴

Wat de organisatie van de projectvereniging betreft, is het duidelijk dat heel wat bepalingen inzetten op de herwaardering van de gemeente(raad). Enkele voorbeelden hiervan zijn onder meer dat de projectvereniging uitsluitend beschikt over een raad van bestuur waarin alle deelnemende gemeenten zijn vertegenwoordigd. Het voorzitterschap komt toe aan een door een gemeente aangewezen bestuurder. Aan de vergaderingen van de raad van bestuur neemt een door iedere aangesloten gemeente aangeduide afgevaardigde deel, als lid met raadgevende stem. De afgevaardigde moet wel een gemeenteraadslid zijn, verkozen zijn op een lijst waarvan geen enkele verkozene deel uitmaakt van het college van burgemeester en schepenen of aangesteld zijn als voorzitter van het

⁶⁹⁰ Art. 9 DIS.

⁶⁹¹ Art. 12, §2, 1° DIS; MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 14.

⁶⁹² MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 4.

⁶⁹³ Art. 11 DIS.

⁶⁹⁴ Art. 11 DIS.

OCMW.⁶⁹⁵ Om beslissingen te kunnen nemen moet er een gewone meerderheid zijn bereikt in zowel het geheel als in de groep van de door de gemeenten benoemde bestuurders.⁶⁹⁶ De interlokale en de projectvereniging komen tegemoet aan een "*nood die op Vlaams niveau werd onderkend tot meer soepele vormen van intergemeentelijke samenwerking.*".⁶⁹⁷

134. Dienstverlenende vereniging – Gemeenten kunnen er ook voor kiezen om een *dienstverlenende vereniging* op te richten. Die vereniging heeft eveneens rechtspersoonlijkheid, maar kent geen beheersoverdracht en wordt beschouwd als een 'iets zwaardere vorm' van intergemeentelijke samenwerking. De dienstverlenende vereniging heeft tot doel een duidelijk omschreven ondersteunende dienst te verlenen aan de deelnemende gemeenten, eventueel voor verschillende beleidsdomeinen.⁶⁹⁸ De maximale (hernieuwbare) duurtijd bedraagt achttien jaar en volgens de decreetgever worden de streekontwikkelingsintercommunales als voorafbeelding van de dienstverlenende vereniging beschouwd.⁶⁹⁹ Ook hier is er sprake van een hybride *sui generis*-rechtsvorm met de CVBA-bepalingen als suppletief recht.⁷⁰⁰ In artikel 63, eerste lid van het DIS wordt er voorts uitdrukkelijk verwezen naar het vennootschapsrecht aangezien het vast gedeelte van het maatschappelijk kapitaal niet lager mag zijn dan het bedrag dat voorgeschreven is voor de CVBA.⁷⁰¹

Wat de organisatie betreft, is ook hier gezorgd voor een primaire rol voor de gemeenten. De dienstverlenende vereniging beschikt minstens over een algemene vergadering en een raad van bestuur.⁷⁰² Het aantal leden dat elke gemeente kan afvaardigen om te zetelen in de algemene vergadering wordt bepaald door, enerzijds, de bevolkingscijfers en, anderzijds, de kapitaalbreng.

⁶⁹⁵ Art. 16 DIS.

⁶⁹⁶ Art. 20, derde lid DIS.

⁶⁹⁷ E. WAYENBERG en B. DE PEUTER, "Het decreet op de intergemeentelijke samenwerking – een reflectie vanuit de Westhoek", onuitg., 3.

⁶⁹⁸ Art. 12, §2, 2° DIS

⁶⁹⁹ Art. 34, eerste lid en art. 35, eerste lid DIS; MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 4.

⁷⁰⁰ Art. 11 DIS.

⁷⁰¹ Art. 63, eerste lid DIS.

⁷⁰² Art. 43 DIS.

De verdeelsleutel tussen beide criteria wordt statutair bepaald.⁷⁰³ Het stemmenaantal van iedere deelnemer wordt eveneens statutair bepaald, maar de deelnemende gemeenten moeten steeds de meerderheid van de stemmen hebben en geen deelnemer kan een hoger aantal stemmen hebben dan de helft van het totaal aantal statutair bepaalde stemmen.⁷⁰⁴ Om een statutenwijzigingen te kunnen doorvoeren, moet er een drie vierde meerderheid zijn in de algemene vergadering voor zowel het geheel van de geldig uitgebrachte stemmen, als voor de geldig uitgebrachte stemmen van de vertegenwoordigde gemeenten, en op voorwaarde dat de gewone meerderheid van het aantal deelnemende gemeenten haar instemming geeft.⁷⁰⁵ Bovendien kan niemand door meer dan één deelnemer worden voorgedragen of benoemd.⁷⁰⁶ Dit laatste valt te vermelden aangezien het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur op een ingrijpende wijze komaf maakt met deze regeling. Het aantal bestuurders dat in de raad van bestuur wordt benoemd op voordracht van de andere deelnemers, mag nooit meer zijn dan een vierde van het aantal bestuurders dat op voordracht van de gemeente zijn benoemd. Iedere bestuurder beschikt over één stem.⁷⁰⁷ Naast de algemene vergadering en de raad van bestuur kan de intercommunale ook opteren om het dagelijks bestuur toe te vertrouwen aan een directiecomité, waarbij de meerderheid van de leden toekomt aan de gemeenten.⁷⁰⁸ Het DIS stelt dat het voorzitterschap van de verschillende organen steeds wordt toevertrouwd aan en effectief wordt uitgeoefend door een op voordracht van de gemeenten benoemd lid van het orgaan, dat tegelijkertijd gemeenteraadslid, burgemeester of schepen is.⁷⁰⁹ Tot slot is er om beslissingen te nemen een meerderheid vereist, zowel globaal als in de groep van de gemeenten.⁷¹⁰

135. Opdrachthoudende vereniging – De *opdrachthoudende vereniging* is een samenwerkingsverband met beheersoverdracht waaraan de deelnemende gemeenten de uitvoering van één of meer duidelijk omschreven bevoegdheden

⁷⁰³ Art. 44, tweede lid DIS.

⁷⁰⁴ Art. 44, vijfde lid DIS.

⁷⁰⁵ Art; 39, eerste lid DIS.

⁷⁰⁶ Art. 46, vierde lid DIS.

⁷⁰⁷ Art. 47 DIS.

⁷⁰⁸ Art. 54 DIS.

⁷⁰⁹ Art. 56, eerste lid DIS.

⁷¹⁰ Art. 58, tweede lid DIS.

met betrekking tot één of meer functioneel samenhangende beleidsdomeinen toevertrouwen.⁷¹¹ Net zoals de project- en dienstverlenende vereniging heeft ook deze vereniging rechtspersoonlijkheid. Bij de opdrachthoudende vereniging is er echter wel sprake van beheersoverdracht, waardoor de vereniging wordt beschouwd als de 'sterkste' vorm van samenwerking en als het evenbeeld van het intergemeentelijk samenwerkingsverband waarvan er sprake was in de wetten van 1 maart 1922 en 22 december 1986. Het decreet verduidelijkt wat beheersoverdracht precies inhoudt: "*Onder beheersoverdracht wordt verstaan het toevertrouwen door de deelnemende gemeenten aan het samenwerkingsverband van de uitvoering van door hen genomen beslissingen in het kader van zijn doelstellingen, in die zin dat de deelnemende gemeenten zich het recht ontzeggen zelfstandig of samen met derden dezelfde opdracht uit te voeren.*" (eigen onderlijning).⁷¹² Tijdens de voorbereiding van het decreet, verzette de Milieu- en Natuurraad van Vlaanderen (hierna: MiNa-raad) zich tegen samenwerkingsverbanden met beheersoverdracht aangezien de raad van oordeel was "*dat gemeentelijke bevoegdheden niet uitgehold mogen worden en dat de gemeenteraden geen sturende instrumenten uit handen zouden mogen geven.*"⁷¹³ Ook de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen (hierna: SERV) stelde de bevoegdheidsoverdracht in vraag.⁷¹⁴ Tevergeefs, want de deelnemende gemeenten kunnen één of meer duidelijk omschreven bevoegdheden met betrekking tot één of meer functioneel samenhangende beleidsdomeinen toevertrouwen aan de opdrachthoudende vereniging.⁷¹⁵ De maximale (hernieuwbare) duurtijd is ook hier beperkt tot achttien jaar.⁷¹⁶ Net als de andere samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid heeft de opdrachthoudende vereniging een hybride *sui generis*-rechtsvorm met de CVBA-bepalingen als suppletief recht.⁷¹⁷ Wat de organisatie betreft, kan worden verwezen naar de

⁷¹¹ Art. 12, §2, 3° DIS.

⁷¹² Art. 12, §1, tweede lid DIS.

⁷¹³ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 11.

⁷¹⁴ Advies over de intergemeentelijke samenwerking van de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen (SERV), *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 107.

⁷¹⁵ Art. 12, §2, 3° DIS.

⁷¹⁶ Art. 34, eerste lid en art. 35, eerste lid DIS; MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 4.

⁷¹⁷ Art. 11 DIS.

uiteenzetting bij de dienstverlenende vereniging: het DIS behandelt de dienstverlenende- en opdrachthoudende vereniging nagenoeg identiek.

136. Beheersoverdracht en exclusieve dienstverlening – Als laatste punt bij de rechtsvorm en de organisatie kan in het kader van de beheersoverdracht worden gesteld dat de nieuwe regeling ervoor zorgde dat een aantal intergemeentelijke samenwerkingsverbanden diende te worden opgesplitst in een dienstverlenende en een opdrachthoudende vereniging. Dit heeft zijn invloed op de BTW-regeling en de overheidsopdrachtenregeling.⁷¹⁸ In de memorie van toelichting wordt hierover het volgende gesteld: "*De BTW-problematiek is reëel, zeker voor de dienstverlenende verenigingen. Zonder overdracht van beheersbevoegdheid valt het beroep doen op de vereniging onder de wetgeving op de overheidsopdrachten en onder de BTW-regeling. Het zou ook niet correct zijn een sector, weze het een vereniging van gemeenten, die zich op de concurrentiële markt beweegt, een beduidend voordeel toe te kennen. Aan de andere kant lijkt het nogal vanzelfsprekend dat, wanneer gemeenten een vereniging oprichten voor dienstverlening, zij dan ook op deze vereniging beroep doen. Op grond van die overweging is de exclusieve dienstverlening vooropgesteld, principe waarbij de Raad van State geen opmerkingen heeft geformuleerd. Indien van dit stelsel gebruik wordt gemaakt zou, naar de mening van de Vlaamse regering, noch de wetgeving overheidsopdrachten noch de BTW-regeling van toepassing zijn. Het is moeilijk hieromtrent absolute zekerheid te garanderen, omdat nu reeds door de federale BTW-administratie afwijkende standpunten worden ingenomen ten opzichte van de beheersoverdracht: in het ene gebied is een statutaire inbedding noodzakelijk, in het ander gebied volstaat een contractuele band.*" (eigen onderlijning).⁷¹⁹ De Hoge Raad merkte op dat er zeker aandacht diende te worden besteed aan die BTW-problematiek in het kader van de overdracht van beheer.⁷²⁰

⁷¹⁸ Meer hierover, zie Advies van de Hoge Raad voor Binnenlands Bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 81-82.

⁷¹⁹ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 9.

⁷²⁰ Advies van de Hoge Raad voor Binnenlands Bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 84-85.

DEBIÈVRE wijst in dit kader op de gevolgen van de beheersoverdracht ten aanzien van de opdrachthoudende vereniging en het verschil met de dienstverlenende en de projectvereniging: *"De vaststelling dat enkel de OV een exclusief beheer van gemeentelijke taken krijgt toegewezen is niet zonder belang voor de toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten en voor de B.T.W.-plichtigheid der intercommunale rechtspersonen."*⁷²¹ Hij werpt op dat *"enkel de relatie gemeenten-OV, en dan nog maar in de mate dat de deelnemende gemeenten uitvoeringsbevoegdheden hebben afgestaan aan de OV die vallen binnen het kader van de doelstellingen van de vereniging, vrijgesteld is van de wetgeving overheidsopdrachten."*⁷²² De projectvereniging en dienstverlenende vereniging zijn in beginsel onderworpen aan de wetgeving overheidsopdrachten.⁷²³

Het Grondwettelijk Hof sprak zich ten slotte ook uit over dit verschil in beheersoverdracht tussen de dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging. De verzoekende partij wierp op dat het bestaan van de dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging en het feit dat er in de eerst genoemde vereniging geen sprake is van beheersoverdracht en de emanatietheorie bijgevolg niet speelt, terwijl dit in de tweede genoemde vereniging wel het geval is, een ongerechtvaardigde en ongelijke behandeling met zich meebrengt inzake de fiscale uitzonderingssituatie waarin intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geplaatst zijn, alsook m.b.t. de toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten.⁷²⁴ Het Grondwettelijk Hof ziet echter niet in hoe uit de loutere niet-opheffing van het voormelde artikel 26 zou kunnen worden afgeleid dat er een verschil in behandeling bestaat tussen de opdrachthoudende en de

⁷²¹ J. DEBIÈVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, (91) 129-130; voor een uiteenzetting over het fiscaal statuut van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, zie J. DEBIÈVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, (91) 155-160.

⁷²² J. DEBIÈVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, (91) 130.

⁷²³ J. DEBIÈVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, (91) 130.

⁷²⁴ J. DEBIÈVRE, "Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, privaatrechtelijke deelgenoten en het Arbitragehof: it takes three to tango" (noot onder GwH 14 mei 2003, nr. 65/2003), *T.Gem.* 2003, afl. 4, 265-266.

dienstverlenende vereniging op het vlak van de fiscaliteit en de toepassing van de wetgeving inzake de overheidsopdrachten.⁷²⁵

5.2. Deelnemers

137. Opnieuw discussie over deelnemers – Een constante in de juridische geschiedenis van de intergemeentelijke samenwerking, is de discussie over de deelnemers en in het bijzonder de rol van de private sector in het verhaal van de intercommunalisatie.

De Commissie Bestuurlijke Organisatie stelde de deelname aan het intergemeentelijk samenwerkingsverband in vraag door in zijn CBO-advies van 1997 te benadrukken dat de intergemeentelijke samenwerkingsvormen *hulpstructuren* zijn die vrijwillig door de gemeenten worden opgericht voor doelmatige uitoefening van taken van gemeentelijk belang. Gelet op dit karakter van gemeentelijke hulpstructuur, is het volgens de Commissie Bestuurlijke Organisatie ongewenst dat de centrale overheid in intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zou participeren. In dit geval is het risico op belangenvermenging immers groot en maakt een gemeentelijke hulpstructuur van de *gemeenten* zelf een hulpstructuur van de *centrale overheid* uit. Om dezelfde redenen werpt de Commissie Bestuurlijke Organisatie op dat ook provinciebesturen, parlementairen en afgevaardigden van de private sector geen medebeheerders van intercommunales kunnen zijn. Dit heeft volgens de Commissie namelijk tot gevolg dat gemeenten en hun intergemeentelijke samenwerkingsverbanden te veel vehikels worden van de private sector en van de Vlaamse overheid⁷²⁶: "*Door de verregaande engagementen, de grote inbreng van de private sector en de dominantie van haar expertise worden deze intercommunales eerder vehikels voor afwegingen die de gemeenten ontsnappen dan dat zij instrumenten voor publieke afweging op het niveau van de gemeenten zouden zijn.*"⁷²⁷

⁷²⁵ GwH 14 mei 2003, nr. 65/2003, overw. B.7.3-B.7.4.

⁷²⁶ Verslag namens de Commissie voor Binnenlandse Aangelegenheden, Stadsvernieuwing en Huisvesting, *Parl.St.* VI.Parl. 1998-99, nr. 1240/1, 15.

⁷²⁷ Zoals aangehaald in M. VERHULST, *De intergemeentelijke samenwerking in Vlaanderen*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 20.

Ook tijdens de voorbereiding van het DIS zelf laaide de discussie opnieuw op en was de provinciale en private deelname een bekommernis van velen. Een vaak terugkomende bezorgdheid was dat er eigenlijk eerst een (decretaal) kader zou moeten worden aangenomen voor andere vormen van samenwerking dan intergemeentelijke samenwerking en dat er een kerntakendebat zou moeten plaatsvinden. Pas daarna zou er kunnen worden geopteerd voor zuivere intercommunales.⁷²⁸ DEBIÈVRE spreekt in dat kader van een "*politiek-bestuurskundige discussie over de door de decreetgever gehanteerde volgorde van 'bouwen' (...)*" en wijst op een aantal juridische problemen die hierbij rijzen.⁷²⁹ Tijdens de voorbereiding van het decreet, stelden heel wat *stakeholders*, waaronder de Hoge Raad voor Binnenlands Bestuur⁷³⁰, zich vragen bij de financiële gevolgen van het terugtreden van de private sector en de provincies. De regering nuanceerde de financiële gevolgen evenwel en koos ervoor om (deels) tegemoet te komen aan de bemerkingen in het CBO-advies.⁷³¹

138. Private sector uitgesloten? – Artikel 28 van de wet van 22 december 1986 voorzag, net zoals de kaderwet van 1 maart 1922, dat de gemeenten onderling overeenkomsten voor bepaalde tijd konden afsluiten met betrekking tot welbepaalde leveringen en diensten van gemeentelijk belang. Met het DIS komt de interlokale vereniging in de plaats van die overeenkomst, maar het toepassingsgebied *ratione personae* van de samenwerking werd verruimd.⁷³² In de interlokale vereniging zijn voortaan zowel publieke als private deelnemers toegelaten: "*Andere rechtspersonen, zowel publiekrechtelijke als*

⁷²⁸ Dit is ook het standpunt dat de SERV aanhoudt, zie Advies over de intergemeentelijke samenwerking van de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen (SERV), *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 97-99; net zoals de Hoge Raad, zie Advies van de Hoge Raad voor Binnenlands Bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 65 en de MiNa-Raad, zie Advies op hoofdlijnen van de MiNa-Raad, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 54-55.

⁷²⁹ J. DEBIÈVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, (91) 96-97.

⁷³⁰ Advies van de Hoge Raad voor Binnenlands Bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 63.

⁷³¹ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 6-7.

⁷³² J. DEBIÈVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, (91) 117-118.

privaatrechtelijke, kunnen bij de overeenkomst betrokken worden, tenzij in andere decretale teksten hun deelneming verboden wordt.".⁷³³

Een tweede breuk met het verleden is echter te vinden ten aanzien van de andere intergemeentelijke samenwerkingsvormen. De wet van 22 december 1986 liet toe dat 'alle andere publiek- of privaatrechtelijke personen', met uitzondering van de publiekrechtelijke personen waarvan een orgaan het goedkeurings- en vernietigingstoezicht uitoefent, konden deelnemen aan de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Met het DIS werd de principiële en politieke keuze gemaakt om private partners voortaan uit te sluiten uit de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid. De reden is dat, indien er intergemeentelijke samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid worden opgericht – en in het bijzonder als er sprake is van beheersoverdracht – " (...) *privaatrechtelijke participatie tot onduidelijke verantwoordelijkheden en belangenvermenging aanleiding zou kunnen geven*".⁷³⁴ De memorie van toelichting benadrukt dat "*in tegenstelling tot de bestaande situatie in de gemengde intercommunales, waar het beschermen van het monopolie primeert op de keuzevrijheid van de publieke besturen, (...) het verbod op deelname door privaatrechtelijke rechtspersonen ook tegemoet [komt] aan de vrije concurrentie die door de privé-sector wordt bepleit*".⁷³⁵ In de memorie van toelichting wordt bovendien benadrukt dat gemeenten nog steeds kunnen samenwerken met privé-actoren in een niet-intercommunaal verband, zoals onder meer door middel van PPS-constructies, concessies en contracten en dat verder decreetgevend werk hier later een kader kan aanreiken.⁷³⁶ Het voorlopig uitblijven van 'verder decreetgevend werk' is iets wat vele adviesorganen betreurden. Zo formuleerde de Hoge Raad opmerkingen bij de uitsluiting van private partners door onder meer te adviseren om de aanpassing in het DIS te koppelen aan de invoering van een PPS-kader. Tot op dat moment zou de beheersparticipatie van private partners

⁷³³ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 12.

⁷³⁴ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 5.

⁷³⁵ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 5.

⁷³⁶ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 5.

moeten worden behouden, onder de voorwaarde van de toepassing van de wetgeving op de overheidsopdrachten zoals dit is geregeld in het DIS.⁷³⁷ De Commissie Bestuurlijke Organisatie stelde in zijn advies al voor om de mogelijkheden voor de gemeenten en de private sector om samen te werken, sterk uit te breiden en veel flexibeler te maken door middel van een decretale regeling voor uitvoeringsgerichte publiekrechtelijke samenwerkingsvormen.⁷³⁸ De MiNa-Raad was dan weer grote voorstander van het principe van zuivere intergemeentelijke samenwerkingsverbanden aangezien, *ten eerste*, "de interesse van private partners in een intercommunale in de eerste plaats [is] gebaseerd (...) op economische en niet op ecologische motieven", er *ten tweede* in gemengde intercommunales een risico bestaat op monopolievorming en, *ten derde*, de openbaarheid en transparantie van de intergemeentelijke samenwerkingsvormen negatief kan worden beïnvloed door private deelname, onder meer omwille van bedrijfsgeheimen en concurrentiepositie ten opzichte van andere private rechtspersonen.⁷³⁹

Net zoals het Grondwettelijk Hof zich uitsprak over de hantering van het vennootschapsrecht als suppletief recht, diende het Hof zich uit te spreken over de afschaffing van de mogelijkheid tot private deelname. Het Grondwettelijk Hof vernietigde artikel 4, tweede lid DIS aangezien er sprake was van een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling tussen de Belgische private rechtspersonen – die niet konden deelnemen aan de intergemeentelijke verenigingen met rechtspersoonlijkheid – en de buitenlandse private rechtspersonen – die dit wél konden. Voor het overige oordeelt het Hof dat de afschaffing van de mogelijkheid tot private deelname niet ongrondwettig is.⁷⁴⁰

⁷³⁷ Advies van de Hoge Raad voor Binnenlands Bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 75-78.

⁷³⁸ Verslag namens de Commissie voor Binnenlandse Aangelegenheden, Stadsvernieuwing en Huisvesting, *Parl.St.* VI.Parl. 1998-99, nr. 1240/1, 15.

⁷³⁹ Advies op hoofdlijnen van de MiNa-Raad, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 53.

⁷⁴⁰ GwH 14 mei 2003, nr. 65/2003, overw. B.4.7-B.4.8; M. VERHULST, *De intergemeentelijke samenwerking in Vlaanderen*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 119; voor een grondige bespreking van het arrest, zie J. DEBIÈVRE, "Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, privaatrechtelijke deelgenoten en het Arbitragehof: it takes three to tango" (noot onder GwH 14 mei 2003, nr. 65/2003), *T.Gem.* 2003, afl. 4, 260-266.

In de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid is private deelname dus verboden: enkel 'zuivere' intergemeentelijke samenwerking is mogelijk. De private rechtspersonen en natuurlijke personen in de bestaande intercommunales dienden ten laatste uit te treden, hetzij op het ogenblik van hun verlenging, hetzij op 31 december van het achttiende jaar volgend op het jaar van de laatste gemeenteraadsverkiezingen voorafgaand aan de inwerkingtreding van het DIS, m.a.w. in 2018.⁷⁴¹

139. Andere publiekrechtelijke personen? – Voortaan kunnen ook niet langer alle publiekrechtelijke personen zomaar aan het samenwerkingsverband deelnemen: *"Onverminderd andersluidende decretale bepalingen kunnen hieraan naast gemeenten en provincies uitsluitend deelnemen autonome gemeentebedrijven, openbare centra voor maatschappelijk welzijn en hun verenigingen, in zoverre die uitsluitend uit openbare rechtspersonen bestaan, en andere samenwerkingsverbanden, opgericht volgens de bepalingen van dit decreet."*⁷⁴²

In tegenstelling tot wat oorspronkelijk bij de voorbereiding van het DIS was vooropgesteld, mogen provincies wél deelnemen aan intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Hun deelneming mocht echter niet meer dan 20% van het totale maatschappelijk kapitaal bedragen.⁷⁴³ De memorie van toelichting stelde dat de deelneming van provincies een historisch gegeven is waarvan de verdiensten niet onderschat mogen worden, maar dat de afbouw van de provinciale deelname gebaseerd is op het erg interessante uitgangspunt dat *"verenigingen van gemeenten als hulpstructuren voor het lokale bestuur, in principe ook beperkt moeten blijven tot de actoren op lokaal bestuursniveau."*⁷⁴⁴ Bij de bespreking van de provinciale deelname door de Hoge Raad, wijst de Raad erop dat *"voor materies die exclusief tot de gemeentelijke belangensfeer behoren, inderdaad de deelneming van de provincies in vraag kan worden gesteld"*, maar dat de afbakening van belangensferen niet steeds eenvoudig is en dat dit wijst op

⁷⁴¹ Art. 80, §2, eerste lid DIS.

⁷⁴² Art. 10, eerste lid *juncto* art. 29, eerste lid DIS.

⁷⁴³ Art. 22, derde lid *juncto* art. 63, tweede lid DIS.

⁷⁴⁴ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 8.

de noodzaak om een kerntakendebat te voeren.⁷⁴⁵ De Hoge Raad stelde dan ook voor om de provinciebesturen in de huidige intergemeentelijke samenwerkingsverbanden te behouden zolang er geen andere decretale samenwerkingskaders zijn en stelde dat de participatie van provinciebesturen in nieuwe intercommunales alleen wenselijk is als de doelstelling taken van gemengd belang omvatten, waarbij het toezicht oordeelt over dat gemengd belang.⁷⁴⁶ De Hoge Raad wierp eveneens op dat het feit "*dat er geen participatie is [van provincies] op beheersniveau (...) niet [betekent] dat er geen intense interacties mogelijk zouden zijn tussen gemeenten en provincies.*".⁷⁴⁷ Ook volgens het CBO-advies moest de samenwerking tussen gemeenten en provincies voor materies van gemengd belang vorm krijgen in publiekrechtelijke structuren buiten het intergemeentelijk kader.⁷⁴⁸

140. Participaties – *Supra* nr. 81 werd uiteengezet dat de minister van Binnenlandse Zaken in de periode tussen de twee kaderwetten via twee omzendbrieven had benadrukt dat het verboden is voor een intergemeentelijk samenwerkingsverband dat is opgericht op grond van de kaderwet om deel te nemen aan de oprichting van commerciële particuliere ondernemingen of private handelsvennootschappen, ook al ontbreekt er een wettelijk verbod. Dergelijke deelname van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden werd als gevaar voor het algemeen belang gezien waarbij werd gewezen op het gebrek aan administratief toezicht op de private handelsvennootschappen en op het risico op belangenvermenging.

Het DIS zou die participatie echter voor het eerst wel uitdrukkelijk toelaten: "*Onverminderd andere wettelijke of decretale bepalingen kunnen dienstverlenende en opdrachthoudende verenigingen deelnemen in*

⁷⁴⁵ Zoals aangehaald in MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 8.

⁷⁴⁶ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 8 en Advies van de Hoge Raad voor Binnenlands Bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 72-73.

⁷⁴⁷ Advies van de Hoge Raad voor Binnenlands Bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 70.

⁷⁴⁸ Verslag namens de Commissie voor Binnenlandse Aangelegenheden, Stadsvernieuwing en Huisvesting, *Parl.St.* VI.Parl. 1998-99, nr. 1240/1, 15.

publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen die zelf niet deze rechtsvorm hebben aangenomen, voorzover het maatschappelijk doel van deze rechtspersonen overeenstemt met de eigen doelstellingen en voorzover de wetgeving van de overheidsopdrachten wordt nageleefd."⁷⁴⁹ De dienstverlenende of opdrachthoudende vereniging moet minstens een mandaat van bestuurder krijgen, die is voorgedragen door de gemeenten.⁷⁵⁰ Volgens de artikelsgewijze bespreking kan het evenwel niet *"dat een dienstverlenende of opdrachthoudende vereniging samen met een privaatrechtelijke rechtspersoon een andere rechtspersoon opricht op grond van dit artikel of dat zij toetreedt tot een privaatrechtelijke rechtspersoon met de klaarblijkelijke bedoeling te ontsnappen aan de decretale regeling voor de intergemeentelijke samenwerking."*⁷⁵¹ Volgens de memorie van toelichting is *"de deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen een stap (...) die verantwoord wordt door het verdwijnen van de gemengde sector."*⁷⁵²

De Hoge Raad zag problemen in de combinatie van het principiële verbod op gemengde structuren en de mogelijkheid dat verenigingen zelf wel kunnen deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen.⁷⁵³ Hierbij vreest de Hoge Raad dat er onvoldoende waarborgen zijn om de gemeenten meer sturing te laten geven aan de publiek-private samenwerking.⁷⁵⁴ Volgens de Hoge Raad zal *"deze vertegenwoordiging in bedrijven, waarvan sommigen met een steeds meer internationale allure, eerder symbolisch zal zijn."*⁷⁵⁵ De Vlaamse regering countert die bewering – volgens mij op een enigszins naïeve manier – door te stellen dat *"effectieve controle en sturen geen zaak is van alleen maar decretale bepalingen,*

⁷⁴⁹ Art. 78, eerste lid DIS.

⁷⁵⁰ Art. 78, tweede lid DIS.

⁷⁵¹ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 23.

⁷⁵² MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 10.

⁷⁵³ Ook in de rechtsleer wordt er gewezen op de moeilijkheden die dergelijke participatie met zich meebrengt, zie onder meer J. DEBIÈVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, (91) 160-162.

⁷⁵⁴ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 8.

⁷⁵⁵ Advies van de Hoge Raad voor Binnenlands Bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 77.

maar in de eerste plaats van persoonlijke inzet en verantwoordelijkheid. Alleszins zal zij met de grootste omzichtigheid ieder verzoek tot deelneming van een vereniging in een privaatrechtelijk bedrijf onderzoeken."⁷⁵⁶

5.3. Doel, aard en karakter

141. Doel en activiteiten – Net zoals de wet van 1 maart 1922 en 22 december 1986 dit voorschreven, voorzag ook het DIS dat "met het oog op de gemeenschappelijke behartiging van doelstellingen van gemeentelijk belang (...) twee of meer gemeenten, onder de voorwaarden bepaald in dit decreet, samenwerkingsverbanden tot stand [kunnen] brengen met of zonder rechtspersoonlijkheid, met of zonder beheersoverdracht." (eigen onderlijning).⁷⁵⁷ Het principe dat intergemeentelijke samenwerking enkel kan met het oog op de realisatie van het gemeentelijk belang, werd onverminderd doorgetrokken in het DIS. Volgens DEBIÈVRE kan "[d]e intercommunale (...) dus noch uitsluitend noch in hoofdzaak een *privaat belang* dienen. Hoe verscheiden ook van opzet en samenstelling, de intercommunale verenigingen (met rechtspersoonlijkheid) maken openbare diensten uit, waarbinnen de gemeenten een overwegend belang hebben."⁷⁵⁸

Tijdens de voorbereiding van het decreet, werd wel meermaals de bezorgdheid geuit dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden een te ruim palet aan doelstellingen nastreefden. In de memorie van toelichting werd er gesteld dat "*er sprake was van een overdreven concentratie van macht in de intercommunales omdat deze meervoudige doelstellingen aanhielden*".⁷⁵⁹ Ook in het CBO-advies werd vastgesteld dat er een sluipende evolutie is naar een feitelijke bestuurslaag doordat intercommunales met algemene ontwikkelingsopdrachten voor één of meerdere beleidsterreinen de neiging hebben om het eigen werkingsterrein breed in te vullen. Volgens de Commissie Bestuurlijke Organisatie moeten de gemeenten

⁷⁵⁶ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 8.

⁷⁵⁷ Art. 3 DIS.

⁷⁵⁸ J. DEBIÈVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, (91) 115.

⁷⁵⁹ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 3.

terug in een sturende positie worden gebracht ten opzichte van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die dienend en beleidsuitvoerend zijn. Ze adviseert dat intercommunales meerdere doelstellingen mogen hebben, maar slechts op voorwaarde dat deze stuk voor stuk scherp en toetsbaar zijn omschreven en dat er een beleidsmatige en doelmatige samenhang is tussen deze doelstellingen.⁷⁶⁰ Wat de beperking van doelstellingen van de intercommunales betreft, stelde de Hoge Raad voor Binnenlands Bestuur dat "*de beperking van de doelstellingen van de vereniging van gemeenten (...) niet zó [mag] opgevat worden dat de doelstelling gelijkgeschakeld wordt met de activiteit. Er is wel degelijk een hiërarchie: een doelstelling zoals de afvalverwerking kan verschillende activiteiten omvatten. Het komt er wel op aan deze doelstelling zo duidelijk mogelijk te omschrijven en niet een algemene of vage terminologie te hanteren die geen enkele beperking inhoudt qua mogelijk activiteiten. Typevoorbeelden hiervan zijn legio in de streekontwikkelingsintercommunales.*".⁷⁶¹ In zijn advies maakte de SERV wel een interessante opdeling van de activiteiten van intercommunales in drie grote taakgroepen. Ten eerste, intercommunales die instellingen beheren en administratieve of logistieke ondersteuning leveren – zoals zwembaden en sporthallen. Ten tweede, intercommunales met een actiegerichte opdracht op bepaalde gemeentelijke beleidsdomeinen – zoals streekontwikkeling en, ten derde, intercommunales met consumentgerichte handelsproducten – zoals gas en elektriciteit.⁷⁶²

Het DIS kwam tegemoet aan die bekommernissen. Om opnieuw in te zetten op de democratisering van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, voorzag het DIS dat samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid kunnen worden tot stand gebracht "*om doelstellingen te verwezenlijken die behoren tot een of meer inhoudelijk samenhangende beleidsdomeinen* (eigen onderlijning)".⁷⁶³ Volgens de artikelsgewijze bespreking zijn voorbeelden van die samenhangende

⁷⁶⁰ Verslag namens de Commissie voor Binnenlandse Aangelegenheden, Stadsvernieuwing en Huisvesting, *Parl.St.* VI.Parl. 1998-99, nr. 1240/1, 15.

⁷⁶¹ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 8-9.

⁷⁶² Advies over de intergemeentelijke samenwerking van de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen (SERV), *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 112.

⁷⁶³ Art. 10, eerste lid DIS.

beleidsdomeinen *"het aanwenden van dezelfde of gelijkaardige infrastructuur, zoals leidingen, de integratie van verschillende operationele fazen die deel uitmaken van één proces, zoals de afvalverwerking, de exploitatie van instellingen die behoren tot hetzelfde beleidsdomein, zoals in de medisch-sociale of in de sportieve sector. Een precieze definitie is uiteraard onmogelijk; overleg tussen de initiatiefnemers en de overheid zal in concreto uitsluitel geven."*⁷⁶⁴ De inperking van de meervoudige doelstellingen werd voorgesteld als een element ter versterking van de gemeente.⁷⁶⁵ In de statuten van de dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging moeten de maatschappelijke doelstellingen bovendien duidelijk en beperkend zijn omschreven.⁷⁶⁶ Volgens de artikelsgewijze bespreking *"kan [het] niet dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden krachtens hun statutaire doelstellingen bijna het hele gemeentelijke beleidsdomein binnen hun actieterrein hebben."*⁷⁶⁷ De artikelsgewijze bespreking stelde: *"Qua doelstellingen is niet alleen een duidelijke omschrijving vereist, maar kan er ook geen sprake zijn van een verwoording die hetzij de bedoelde activiteit uitbreidt naar alle mogelijke, ook nog ongekennde, toepassingen, hetzij een reeks activiteiten zodanig bundelt dat een quasi-onbeperkt optreden op het maatschappelijk veld mogelijk wordt. In die zin behoren de intercommunales met een zgn. algemeenheid van doelstellingen tot het verleden."*⁷⁶⁸

De Vlaamse regering heeft de scheiding tussen de opdrachthoudende en dienstverlenende vereniging uitdrukkelijk gewild om te vermijden dat, door een combinatie van een veelvoud aan activiteiten die niet op gelijkvormige wijze worden uitgeoefend, een te grote machtsconcentratie zou ontstaan. Een machtsconcentratie met gebrek aan transparantie, waar de gemeenten nog weinig zicht op, laat staan inspraak in hebben, dient zo te worden voorkomen.⁷⁶⁹ Voor

⁷⁶⁴ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 13.

⁷⁶⁵ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 4.

⁷⁶⁶ Art. 38, 2° DIS.

⁷⁶⁷ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 13.

⁷⁶⁸ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 18.

⁷⁶⁹ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 9.

het overige vermeldde het DIS met betrekking tot de doelstelling en de activiteiten van de dienstverlenende en de opdrachthoudende vereniging enkel nog dat er jaarlijks minstens één buitengewone algemene vergadering moest worden belegd om de te ontwikkelen activiteiten te bespreken.⁷⁷⁰

De Raad van State maakte over de meervoudigheid van doelstellingen nog een opmerking omtrent de gedeeltelijke deelname aan intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voor bepaalde aspecten van het doel. Volgens de Raad is die mogelijkheid niet uitdrukkelijk opgenomen in het decreet, maar lijkt de bepaling die voorschrijft dat een uitbreiding van de deelname van een gemeente mogelijk is, hier impliciet in te voorzien. Volgens de Raad van State zou de decreetgever, indien ze dergelijke gedeeltelijke deelname zou willen mogelijk maken, dit anders moeten benaderen. Ze stelt zich echter tegelijk de terechte vraag of dit niet tot ingewikkelde situaties kan leiden, onder meer op het vlak van besluitvorming binnen het samenwerkingsverband.⁷⁷¹

142. Aard en karakter – Zoals *supra* reeds een aantal keren vermeld, was de rode draad doorheen het DIS dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband als verlengstuk van de gemeente dient te worden beschouwd. Over de aard en het karakter van de samenwerkingsverbanden valt er voor het overige weinig nieuws te vermelden. Het DIS volgde de wet van 22 december 1986 door de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid uitdrukkelijk te kwalificeren als publiekrechtelijke rechtspersonen.⁷⁷² Volgens DE SOMER en OPDEBEEK wijzen de nieuwe *sui generis*-rechtsvormen op zich eigenlijk al op een publiekrechtelijk karakter.⁷⁷³ Net zoals voorheen, stelde ook het DIS dat de verbintenissen van de intergemeentelijke verenigingen, ongeacht haar doelstellingen, geen handelskarakter hadden.⁷⁷⁴ De basisstelling van het CBO-advies was dat "[w]at gemeenten afzonderlijk mogen doen, (...) zij ook samen

⁷⁷⁰ Art. 44, zesde lid DIS.

⁷⁷¹ Adv.RvS nr. 30516/3 bij het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 148.

⁷⁷² Art. 11, eerste lid DIS.

⁷⁷³ S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsels, Intersentia, 2017, 265.

⁷⁷⁴ Art. 11, tweede lid DIS.

*[mogen] doen*⁷⁷⁵ en dat "ze (...) *wat gemeenten mogen doen economischer en efficiënter [kunnen] realiseren omwille van een aantal voordelen die door samenwerking worden verkregen.*".⁷⁷⁶

Zoals de vroegere regelgeving gaf ook het DIS een aantal impliciete aanwijzingen voor de aard en het karakter van het intergemeentelijk samenwerkingsverband. Zo nam het decreet de mogelijkheid voor de verenigingen met rechtspersoonlijkheid om te onteigenen over.⁷⁷⁷ De decreetgever liet bijvoorbeeld ook de belastingvrijstelling van artikel 26 van de wet van 22 december 1986 ongewijzigd.⁷⁷⁸

5.4. Toezicht

143. Geen substantiële wijzigingen – *Supra* is gebleken dat de wet van 22 december 1986 het toezicht aanzienlijk had afgezwakt ten opzichte van de kaderwet van 1 maart 1922 omdat de democratisering van de intercommunale gepaard moest gaan met een verlichting van het toezicht. Hoewel één van de uitgangspunten van het DIS opnieuw de verdere democratisering van de intercommunales was, werd er deze keer minder ingrijpend opgetreden. Ten aanzien van het bestaande regime, dat bovendien reeds was bijgestuurd door het Vlaamse decreet van 1 juli 1987 betreffende de betreffende de werkwijze van de controle op en de vaststelling van het ambtsgebied van intercommunales (zie *supra* nr. 122), werd er niet veel gewijzigd.⁷⁷⁹ Volgens de memorie van toelichting blijft het toezicht praktisch ongewijzigd behouden, althans voor de dienstverlenende en de opdrachthoudende verenigingen. "*De andere vormen zijn omzeggens vrijgesteld van toezicht. Het behoud van de formules en van de*

⁷⁷⁵ Verslag namens de Commissie voor Binnenlandse Aangelegenheden, Huisvesting en Stedelijk Beleid, *Parl.St.* VI. Parl. 2000-01, nr. 565/2, 4.

⁷⁷⁶ Verslag namens de Commissie voor Binnenlandse Aangelegenheden, Huisvesting en Stedelijk Beleid, *Parl.St.* VI. Parl. 2000-01, nr. 565/2, 5.

⁷⁷⁷ Projectvereniging: art. 24 DIS, dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging: art. 62, derde lid DIS.

⁷⁷⁸ Art. 76 DIS.

⁷⁷⁹ Voor een vergelijking tussen het Vlaamse decreet van 1 juli 1987 betreffende de betreffende de werkwijze van de controle op en de vaststelling van het ambtsgebied van intercommunales en het DIS, zie J. DEBIÈVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, (91) 150-154.

*termijnen is ingegeven door de ervaring dat zij werkbaar zijn en door de vertrouwdsheid hiermee van de bestaande intercommunales, die bijna allemaal thuishoren in de twee voormelde categorieën."*⁷⁸⁰ De Hoge Raad stelde zich wel de vraag wat de rationaliteit is om een ten opzichte van de gemeenten afwijkende toezichtregeling te ontwerpen, met dan nog eens een verschillende regeling voor de projectvereniging, enerzijds, en de dienst- en opdrachthoudende vereniging, anderzijds.⁷⁸¹

144. Interlokale vereniging – Het DIS stelde geen bijzonder toezicht in op de oprichting van een interlokale vereniging door middel van de afsluiting van een overeenkomst.⁷⁸² Het beheerscomité legde de vastgestelde rekeningen wel ter goedkeuring voor aan de raden van de deelnemende gemeenten, waarvan de gewone meerderheid de goedkeuring diende te verlenen.⁷⁸³

145. Projectvereniging – Op de oprichting van de projectvereniging voorzag het DIS geen goedkeuringstoezicht, maar de oprichtingsakte met de statuten moest louter ter informatie aan de toezichthoudende overheid worden voorgelegd.⁷⁸⁴ Statutenwijzigingen en de aanvaarding van toetreding moesten wel instemming krijgen van de deelnemende gemeenten.⁷⁸⁵ De controletaak op de financiële toestand diende aan een accountant te worden toevertrouwd die werd benoemd door de raad van bestuur. De raad van bestuur stelde de jaarrekeningen vast en diende ze, samen met een activiteitenverslag en met het verslag van de accountant, voor te leggen aan de deelnemers die hun goedkeuring eraan dienden te verlenen.⁷⁸⁶

146. Dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging – Een vernieuwing ten opzichte van de wet van 22 december 1986 is dat het DIS een uitgebreide

⁷⁸⁰ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 10.

⁷⁸¹ Advies van de Hoge Raad voor Binnenlands Bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 89.

⁷⁸² E. WAYENBERG en B. DE PEUTER, "Het decreet op de intergemeentelijke samenwerking – een reflectie vanuit de Westhoek", onuitg., 3.

⁷⁸³ Art. 9, eerste lid DIS.

⁷⁸⁴ Art. 14, tweede lid DIS.

⁷⁸⁵ Art. 15 DIS.

⁷⁸⁶ Art. 16, zevende en achtste lid DIS.

voorafgaande procedure instelde die de oprichting van een dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging moest voorafgaan. Voortaan diende er een overlegorgaan te worden opgericht en de gemeenteraadsbeslissingen houdende de oprichting van dit overlegorgaan en de voorstellen van dit overlegorgaan moest ter informatie aan de toezichthoudende overheid worden meegedeeld.⁷⁸⁷ De oprichtingsakte van de intercommunale moest samen met de statuten en eventuele bijlagen aan de toezichthoudende overheid worden voorgelegd, waarna de Vlaamse regering haar goedkeuring diende te verlenen.⁷⁸⁸

Eens de dienstverlenende of opdrachthoudende vereniging was opgericht, werd de toetreding van een gemeente of provincie tot de vereniging of de uitbreiding van hun aansluiting, afhankelijk gesteld van een beslissing van de gemeenteraad of de provincieraad. De toetredingsbeslissing van een dienstverlenende of opdrachthoudende vereniging werd genomen door de algemene vergadering en alle toetredingen worden aanvaard door de algemene vergadering.⁷⁸⁹ Nog specifieke bepalingen omtrent het toezicht zijn onder meer dat het verslag van de algemene vergadering waarin een statutenwijziging werd doorgevoerd aan de toezichthoudende overheid moest worden voorgelegd en dat de Vlaamse regering de wijzigingen diende goed te keuren binnen negentig kalenderdagen na de ontvangst van het verslag van de toezichthoudende overheid.⁷⁹⁰ De bestuurders van de deelnemende gemeenten dienden minstens tweemaal per jaar aan de gemeenteraad verslag uit te brengen over de uitoefening van hun mandaat en over hun beleid.⁷⁹¹ De controle op de financiële toestand, op de jaarrekening en op de regelmatigheid van de verrichtingen weer te geven in de jaarrekening, werd voortaan door één of meer commissarissen uitgeoefend.⁷⁹² De jaarrekeningen waren onderworpen aan het administratief toezicht.⁷⁹³ Ook het administratief en geldelijk statuut en het arbeidsreglement werden meegedeeld aan de toezichthoudende overheid.⁷⁹⁴

⁷⁸⁷ Art. 25-27 DIS.

⁷⁸⁸ Art. 30, tweede lid DIS.

⁷⁸⁹ Art. 32 DIS.

⁷⁹⁰ Art. 40 DIS.

⁷⁹¹ Art. 53 DIS.

⁷⁹² Art. 61 DIS.

⁷⁹³ Art. 67, eerste lid DIS.

⁷⁹⁴ Art. 69, tweede lid DIS.

Naast een aantal specifieke toezichtsbepalingen, voorzag het decreet ook in een apart hoofdstuk over het algemeen toezicht op de dienstverlenende en opdrachthoudende verenigingen. Alle beslissingen van alle organen van de dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging waren onderworpen aan het algemeen toezicht van de Vlaamse regering, net zoals dit door de vorige kaderwetten was voorzien. Ook het DIS voorziet de mogelijkheid om een regeringscommissaris aan te stellen.⁷⁹⁵ De regeringscommissaris kon elke beslissing die hij strijdig acht met de wetten, decreten of besluiten, die de statuten schendt of die het algemeen belang schaadt, schorsen.⁷⁹⁶ De Vlaamse regering kon de geschorste beslissing op haar beurt vernietigen⁷⁹⁷ en kon bovendien gebruik maken van dwangtoezicht en de regeringscommissaris onder bepaalde voorwaarden in plaats laten treden van de organen van de dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging die bepaalde verplichtingen niet nakwamen.⁷⁹⁸ Op de grensoverschrijdende samenwerkingsverbanden wordt het toezicht uitgeoefend in onderling overleg tussen de Vlaamse regering en de andere betrokken overheden. De regeling van het toezicht wordt opgenomen in de statuten die aan de Vlaamse regering ter goedkeuring worden voorgelegd.⁷⁹⁹

Een laatste relevante vernieuwing is de mogelijkheid tot stuiting van de termijnen.⁸⁰⁰ Wat de vernietigingstermijn betreft, wierp de Hoge Raad een bezwaar op dat gelinkt is aan het economisch optreden van het intergemeentelijk samenwerkingsverband: *"Het zou onverantwoord zijn verenigingen, die doorgaans economisch gericht zijn, aan een dergelijke termijn te onderwerpen. Voor hen is de vernietigingstermijn volgens het voorontwerp maximaal 90 dagen."*⁸⁰¹ Dit laatste is m.i. een uiting van het feit dat een aangepaste regelgeving ten aanzien van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die economisch optreden, soms wel verantwoord lijkt.

⁷⁹⁵ Art. 71 DIS.

⁷⁹⁶ Art. 72, tweede lid DIS.

⁷⁹⁷ Art. 74 DIS.

⁷⁹⁸ Art. 75 DIS.

⁷⁹⁹ Art. 77 DIS.

⁸⁰⁰ Dit is onder meer voorzien in art. 72, vijfde lid DIS en art. 74, vijfde lid DIS.

⁸⁰¹ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 10.

5.5. Tussentijdse conclusie

147. Met het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking (DIS) wou de Vlaamse decreetgever een dubbele doelstelling nastreven: *ten eerste*, (opnieuw) de democratisering van de intergemeentelijke verenigingen en, *ten tweede*, de diversificatie en versoepeling van de samenwerkingsvormen. Het feit dat de rode draad doorheen het decreet is dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband als verlengstuk van de gemeente wordt beschouwd, ligt in de lijn van de vroegere wetgeving. Ten opzichte van de vorige wetgevende initiatieven, worden er in het DIS evenwel heel wat maatregelen genomen om de verlengstuk-theorie te versterken.

- **Rechtsvorm:** een belangrijk verschil met de wet van 1 maart 1922 en de wet van 22 december 1986, is dat het DIS voor een pluriforme samenwerkingsregeling kiest. Naargelang de aangenomen rechtsvorm, zal het intergemeentelijk samenwerkingsverband in het Vlaamse Gewest andere bepalingen dienen na te leven. Anders dan vroeger is dat het vennootschapsrecht niet langer principieel, maar aanvullend van toepassing is verklaard. Er is in ieder geval nog steeds sprake van een hybride rechtsvorm.

De interne organisatie van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden wordt gekenmerkt door een herwaardering van de gemeente(raad) in het licht van de democratisering van de intercommunales. Hiertoe krijgen de gemeenten een versterkte positie ten opzichte van de overige deelnemers.

- o De interlokale vereniging is een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid die tot stand wordt gebracht door het afsluiten van een overeenkomst met statutaire draagkracht. De vereniging is geschikt om een heel concreet en welbepaald, in omvang beperkt project van gemeentelijk belang te verwezenlijken, zoals de levering van een goed of een dienst of zoals de uitvoering van een werk.

- De projectvereniging is geschikt om een duidelijk omschreven kleinschalig project dat een beperkt aantal gemeenten aanbelangt en waarvan de verwezenlijking een korte tijdspanne vergt, te plannen, uit te voeren en te controleren. Dit is een vereniging met rechtspersoonlijkheid, maar zonder beheersoverdracht, waarbij alle deelnemende gemeenten een vertegenwoordiger hebben in de raad van bestuur. Het voorzitterschap komt eveneens toe aan de gemeenten en de beslissingen worden niet enkel met een meerderheid van de deelnemers, maar eveneens met een meerderheid in de groep van gemeenten, genomen.

- De dienstverlenende vereniging heeft tot doel een duidelijk omschreven ondersteunende dienst te verlenen aan de deelnemende gemeenten, eventueel voor verschillende beleidsdomeinen. Het is een vereniging met rechtspersoonlijkheid, maar zonder beheersoverdracht, waarbij er minstens een algemene vergadering en een raad van bestuur moet bestaan. De gemeenten beschikken over de meerderheid van de stemmen en ook hier komt het voorzitterschap toe aan de gemeenten. Beslissingen worden ook hier niet alleen met een meerderheid van de deelnemers, maar tegelijkertijd met een meerderheid van de gemeenten genomen.

- De opdrachthoudende vereniging is de enige vereniging met rechtspersoonlijkheid én beheersoverdracht. Door de beheersoverdracht ontzeggen gemeenten zich het recht om zelfstandig of samen met derden dezelfde opdracht uit te voeren. De deelnemende gemeenten vertrouwen de uitvoering van één of meer duidelijk omschreven bevoegdheden met betrekking tot één of meer functioneel samenhangende beleidsdomeinen toe aan de vereniging. Wat de organisatie van de opdrachthoudende vereniging betreft, kan worden verwezen naar die van de dienstverlenende vereniging.

- **Deelnemers:** een constante gedurende de geschiedenis van de intercommunales, is de discussie over wie er al dan niet mag deelnemen in het samenwerkingsverband. Omwille van het feit dat de Vlaamse decreetgever de positie van de intercommunale als verlengstuk van de gemeente wil versterken, kiest het DIS ervoor om te breken met het verleden: voortaan zijn private partners uitgesloten uit de samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid. De reden hiervoor is dat private deelname tot onduidelijke verantwoordelijkheden en belangenvermenging leidt en dat het verbod tegemoet komt aan de vrije concurrentie die door de privésector wordt bepleit. Tijdens de voorbereiding van het decreet merkten adviserende instanties voornamelijk op dat verder decreetgevend optreden op het vlak van PPS, interbestuurlijke samenwerking en een kerntakendebat, nodig is indien private partners voortaan worden uitgesloten.

De deelname van andere publieke rechtspersonen is beperkter dan in de wet van 1986. Onder laatstgenoemde wet kon gelijk welke publiekrechtelijke rechtspersoon deelnemen, maar voortaan is deelname enkel mogelijk voor autonome gemeentebedrijven, OCMW's en hun verenigingen indien die enkel uit openbare rechtspersonen bestaan, en andere intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Waar de Vlaamse regering eerst overtuigd was van een volledige afbouw van de provinciale deelname, is de uiteindelijke deelname van de provincies ingedamd tot twintig procent van het maatschappelijk kapitaal.

Nog in tegenstelling tot de wet van 1986 is dat de participatie van dienstverlenende en opdrachthoudende verenigingen in andere publieke en private rechtspersonen voortaan uitdrukkelijk is toegelaten. Dit wel enkel voor zover het maatschappelijk doel overeenstemt met de eigen doelstellingen en voor zover de wetgeving overheidsopdrachten wordt nageleefd. De dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging dient slechts één mandaat van bestuurder te hebben in de rechtspersoon waarin ze deelneemt. Op deze participatie kwam kritiek, onder meer van de Hoge Raad die stelde dat dergelijke participatie onvoldoende waarborgen biedt om

de gemeenten sturing te geven.

- **Doel, aard en karakter:** wat het doel van de intercommunale betreft, is de lijn van in de kaderwetten van 1922 en 1986 doorgetrokken. Twee of meer gemeenten kunnen een samenwerkingsverband tot stand brengen met het oog op de gemeenschappelijke behartiging van doelstellingen van gemeentelijk belang. Tijdens de voorbereiding van het decreet rees wel bezorgdheid over de meervoudige doelstellingen die de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden vaak betrachtten. De daardoor rijzende overdreven machtsconcentratie in intercommunales en de sluipende evolutie naar een feitelijke bestuurslaag, werden hierbij vermeld. Om tegemoet te komen aan de wens om de positie van de gemeenten te versterken, kunnen verenigingen met rechtspersoonlijkheid voortaan enkel nog tot stand worden gebracht om doelstellingen te verwezenlijken die behoren tot één of meer inhoudelijk samenhangende beleidsdomeinen. De maatschappelijke doelstellingen moeten bovendien duidelijk en beperkend zijn omschreven in de statuten van de dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging. Met andere woorden: een algemeenheid aan doelstellingen behoort tot het verleden.

Wat de aard en het karakter betreft, is de intergemeentelijke vereniging met rechtspersoonlijkheid ook in het DIS uitdrukkelijk gekwalificeerd als een publiekrechtelijke rechtspersoon, net zoals dit het geval was in de wet van 1986. Ongeacht de doelstellingen van de vereniging, hebben haar verbintenissen geen handelskarakter. Net zoals in de vroegere kaderwetten zijn er in het DIS opnieuw een aantal impliciete aanwijzingen voor het publiek karakter van de vereniging terug te vinden, waaronder de mogelijkheid tot onteigening en de belastingvrijstelling die nog steeds vervat is in artikel 26 van de wet van 22 december 1986.

- **Toezicht:** wat het toezicht betreft, zijn er weinig ingrijpende veranderingen te vermelden. Op de interlokale vereniging en de projectvereniging is er haast geen toezicht georganiseerd. Ten aanzien van de dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging zijn er een aantal specifieke bepalingen

voorzien maar bestaat er ook een afzonderlijk hoofdstuk omtrent het toezicht. Net zoals dit was voorzien in de vorige kaderwetten, staat in dit hoofdstuk onder meer vermeld dat alle beslissingen van alle organen van de dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging onderworpen zijn aan het algemeen toezicht. Het is de Vlaamse regering die dit toezicht uitoefent. De mogelijkheid tot stuiting van de termijnen en de verplichting om een overlegorgaan op te richten bij de wens tot oprichting van een intergemeentelijk samenwerkingsverband, zijn nieuwigheden. Voor het overige is het toezicht *quasi* ongewijzigd behouden zoals dit was geregeld in de wet van 1986. De reden die de Vlaamse decreetgever hiervoor gaf, is dat de ervaring leerde dat het toezicht werkbaar is en dat de intercommunales intussen vertrouwd waren met dit toezichtstelsel.

Gelet op de uiteengezette wijzigingen, luidt het DIS op sommige vlakken een breuk in met het verleden en met de overige gewesten. Vooral de uitwerking van een pluriforme samenwerkingsregeling en de uitsluiting van private (rechts)personen, wijzen op de vernieuwde visie van de Vlaamse decreetgever op intergemeentelijk samenwerken. Dat de intergemeentelijke vereniging als verlengstuk van de gemeenten dient te worden beschouwd, komt in ieder geval overvloedig naar voren in de bepalingen van het DIS.

6. 2001-heden: een handvol specifieke maar fundamentele wijzigingen

148. Verdere evolutie wetgevend kader – Sinds de aanneming van het Vlaamse decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking zijn er in de drie gewesten nog enkele wetgevingsinstrumenten aangenomen. Aan de fundamentele principes van intergemeentelijke samenwerking werd echter niet getornd. Niet alle decreten⁸⁰², besluiten⁸⁰³

⁸⁰² *Enerzijds* zijn er wijzigingsdecreten die zowel kleinere als grotere veranderingen aan het DIS aanbrengen. Dit is bijvoorbeeld het geval met het decreet van 1 juni 2012 houdende wijziging van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking, dat een statutenwijziging in een verkiezingsjaar mogelijk maakt indien dit is om het aantal mandaten te verminderen. Het decreet van 25 april 2014 houdende de wijziging van artikel 80 van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking, zoals gewijzigd bij decreet van 30 april 2009, laat eveneens een statutenwijziging toe voor de intercommunales die onder de toepassing vallen van dit decreet ingevolge het samenwerkingsakkoord om hun statuten aan te passen met het oog op de vermindering van de provinciale inbreng tot de toegestane maximum van dertig procent van het totale maatschappelijk kapitaal. Nog een voorbeeld is het decreet van 26 juni 2015 houdende wijziging van artikel 80 van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking dat voorschrijft dat verenigingen van gemeenten die niet opgericht zijn volgens het DIS maar die wel deelnemen in intercommunales die onder de toepassing van het DIS vallen ingevolge het samenwerkingsakkoord van 13 februari 2014, uiterlijk op 1 juli 2019 uit die intercommunales moeten treden. Een laatste voorbeeld is het decreet van 27 november 2015 houdende diverse bepalingen inzake energie dat een uittreding ten gevolge van gebiedsuitwisseling toelaat binnen de opdrachthoudende verenigingen die werden aangewezen als distributienetbeheerder.

Anderzijds zijn er decreten te vermelden die losstaan van het DIS maar die wel betrekking hebben op intergemeentelijke samenwerking. Hierbij zijn onder meer het decreet van 28 november 2009 betreffende de intergemeentelijke onderwijsvereniging, het decreet van 6 maart 2009 betreffende de organisatie en erkenning van toeristische samenwerkingsverbanden en het decreet van 13 maart 2009 houdende wijziging van het Cultureel-erfgoeddecreet van 23 mei 2008, wat betreft de indeling van musea en culturele archiefinstellingen en de interbestuurlijke samenwerking, te vermelden. Die decreten zijn vermeldenswaardig omdat ze een tendens tot privaatrechtelijke deelname met zich meebrengen, zie hieromtrent F. JUDO, De terugkeer van de gemengde intercommunale? Recent decreetgevend werk over intergemeentelijke samenwerking en de participatie van privaatrechtelijke rechtspersonen in Vlaanderen", *T.Gem.* 2010, afl. 1, 25-30. Zie specifiek wat de IGOV betreft, B. VERBEECK, "Lokale besturen en onderwijs: een nieuwe samenwerkingsdynamiek?", *T.Gem.* 2010, afl. 1, (15) 20 e.v. Het decreet van 18 juli 2003 betreffende de publiek-private samenwerking is eveneens te vermelden.

⁸⁰³ Zo werd bijvoorbeeld het Besluit van de Vlaamse Regering van 4 juni 2004 houdende vaststelling van de grenzen en de toekenningsvoorwaarden van het presentiegeld en de andere vergoedingen die in het kader van de bestuurlijke werking van een dienstverlenende of opdrachthoudende vereniging kunnen worden toegekend, aangenomen. Een tweede voorbeeld is het Besluit van de Vlaamse Regering van 19 april 2013 houdende de vaststelling van de wijze van communicatie in het kader van het bestuurlijk toezicht op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, een besluit

en omzendbrieven⁸⁰⁴ worden hieronder vermeld, maar er wordt enkel ingegaan op de voor dit rechtshistorisch onderzoek relevante vernieuwingen.⁸⁰⁵ De wijzigingen worden opnieuw gegroepeerd door ze telkens bijeen te brengen onder het betreffende indicatief criterium.

6.1. Rechtsvorm

149. Vermindering mandaten – Wat de rechtsvorm en de organisatie van de Vlaamse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden sinds het DIS betreft, kan er worden gewezen op het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur (hierna: DLB). Het DIS van 6 juli 2001 zou samen met het Gemeentedecreet en het OCMW-decreet in het DLB worden geïntegreerd. Eén van de doelstellingen van het DLB is om te komen tot een significante inperking en vereenvoudiging van de bestuurlijke regels, wat moet leiden tot een deregulerend effect en minder detaillistische regelgeving. Met de regels voor het bestuurlijk toezicht wil de decreetgever een vereenvoudiging meebrengen in vergelijking met de bestaande decreten.⁸⁰⁶ Naast onder meer de beperking van de presentiegelden die de gemeentelijke vertegenwoordigers in de verenigingen kunnen ontvangen, naast

dat wil inzetten op het digitaal bezorgen van documenten aan de toezichthoudende overheid.

⁸⁰⁴ Naast het DIS zelf, werden er een aantal omzendbrieven uitgevaardigd. Voor een overzicht van de drie belangrijkste begeleidende omzendbrieven bij het DIS, zie N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 124-125. Te vermelden is de omzendbrief BA 2003/09 van 18 juli 2003 die betrekking had op de toepassing van de vennootschapswetgeving als suppletief recht. De omzendbrief maakt een onderscheid tussen twee soorten bepalingen: enerzijds, bepalingen waarvoor het DIS geen regeling bevat en die bijgevolg verplicht moeten nageleefd worden door de dienstverlenende en opdrachthoudende verenigingen en, anderzijds, bepalingen waarvoor het DIS wel een eigen regeling bevat maar die op wens van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid supplementair nageleefd kunnen worden zonder dat zij daartoe verplicht zijn. In de omzendbrief wordt een opsomming gegeven van de artikelen van het wetboek van vennootschappen die van toepassing (kunnen) zijn, zie Omz. BA 2003/09 van 18 juli 2003, BS 19 augustus 2003.

⁸⁰⁵ Ook het samenwerkingsakkoord van 13 februari 2014 tussen het Vlaamse Gewest, het Waalse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest betreffende de gewestgrensoverschrijdende intercommunales kan worden vermeld. Zie hieromtrent S. DE SOMER, "Samenwerking omwille van de samenwerking: het samenwerkingsakkoord betreffende de gewestgrensoverschrijdende intercommunales", *T.Gem.* 2014, afl. 3, 160-166.

⁸⁰⁶ MvT bij het ontwerp van decreet over het lokaal bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2017-18, nr. 1353/1, 3.

de invoering van een uittredingsmogelijkheid na fusie of na gebiedsuitwisseling en naast de afschaffing van het directiecomité en de invoering van de mogelijkheid om een regionaal bestuurscomité op te richten, zijn er nog twee wijzigingen met betrekking tot intergemeentelijke samenwerking die relevant zijn in het kader van dit proefschrift.⁸⁰⁷ Eén wijziging heeft betrekking op het toezicht en de andere wijziging, omtrent de vermindering van het aantal mandaten, wordt hieronder uiteengezet.

Wat de organisatie van de verenigingen betreft, heeft de Vlaamse decreetgever met het DLB besloten om het aantal bestuursmandaten in de intergemeentelijke verenigingen te verminderen. In de *interlokale vereniging* kan elke deelnemer voortaan slechts één afgevaardigde hebben in het beheerscomité.⁸⁰⁸ Volgens VANDENDRIESSCHE en VRANCKX is de reden hiervoor de algemene betrachting om het aantal paragemeentelijke mandaten en de presentiegelden die ze kunnen genieten, te beperken.⁸⁰⁹ Bij de interlokale vereniging valt het nog te vermelden dat een samenwerkingsverband zich voortaan ook interbestuurlijk samenwerkingsverband kan noemen als er naast gemeenten nog andere overheden deelnemen.⁸¹⁰ Ook in de *projectvereniging* wordt het aantal afgevaardigden per deelnemer beperkt tot één.⁸¹¹ Het aantal bestuursmandaten in de raad van bestuur van de dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging is beperkt tot vijftien leden of tot het aantal leden dat de raad van bestuur had op 1 mei 2017.⁸¹² Bij die laatste twee intergemeentelijke verenigingen kunnen meerdere gemeenten wel een gezamenlijke vertegenwoordiger aanduiden.⁸¹³ Ten

⁸⁰⁷ Voor een overzicht van de wijzigingen die het DLB aanbracht aan de bestaande regelgeving, zie onder meer M. DECOCK en S. VAN GARSSE, "Intergemeentelijke samenwerking" in S. HENNAU, S. KEUNEN en S. VAN GARSSE (eds.), *Het Decreet lokaal bestuur*, Brugge, Vanden Broele, 2018, 207-240 en F. VANDENDRIESSCHE en J. VRANCKX, "Gemeentelijke verzelfstandiging en samenwerking onder het Decreet Lokaal Bestuur", *T.Gem.* 2018, afl. 3-4, 222-245.

⁸⁰⁸ Art. 395 DLB.

⁸⁰⁹ F. VANDENDRIESSCHE en J. VRANCKX, "Gemeentelijke verzelfstandiging en samenwerking onder het Decreet Lokaal Bestuur", *T.Gem.* 2018, afl. 3-4, (222) 255.

⁸¹⁰ Art. 392, vierde lid DLB.

⁸¹¹ Art. 404 DLB.

⁸¹² Art. 434, § 1, tweede lid DLB.

⁸¹³ Voor een korte uiteenzetting van de impact van de beperking van het aantal bestuursmandaten op de *in house*-theorie inzake overheidsopdrachten, zie M. DECOCK en S. VAN GARSSE, "Intergemeentelijke samenwerking" in S. HENNAU, S. KEUNEN en S. VAN GARSSE (eds.), *Het Decreet lokaal bestuur*, Brugge, Vanden Broele, 2018,

slotte werd een bepaling ingevoerd dat maximaal twee derden van de leden van de raad van bestuur van hetzelfde geslacht mag zijn.⁸¹⁴

159. Opdrachthoudende vereniging met private deelname – Verder kan er nog worden gewezen op de invoering van een nieuwe rechtsvorm, namelijk de 'opdrachthoudende vereniging met private deelname', door het decreet van 13 mei 2016 tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005. Zie hieromtrent *infra* nr. 274.

6.2. Deelnemers

150. Provinciale deelname naar 30% – In het DIS was de provinciale deelname vastgelegd op 20% van het maatschappelijke kapitaal. Het decreet van 30 april 2009 tot wijziging van het Provinciedecreet en van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking⁸¹⁵ trekt de verhouding van de mogelijke provinciale deelname op naar dertig procent. De memorie van toelichting stelt dat een dergelijke verhoging wenselijk is "*[n]aar aanleiding van de versoepelingen die doorgevoerd worden in het hoofdstuk dat te maken heeft met de extern verzelfstandigde agentschappen*".⁸¹⁶ Volgens het verslag van de Commissie voor Binnenlandse Aangelegenheden, Bestuurszaken, Institutionele en Bestuurlijke Hervorming en Decreetsevaluatie is er eerder sprake van een financieel doel: het "*[d]oel van de operatie is de mogelijkheid om extra kapitaal in te brengen in de intergemeentelijke samenwerking, die soms ondergefinancierd is*".⁸¹⁷ Het aantal stemmen waarover iedere provincie beschikt, wordt statutair bepaald, maar voortaan mogen de deelnemende provincies samen nooit over

(207) 211-212 en F. VANDENDRIESSCHE en J. VRANCKX, "Gemeentelijke verzelfstandiging en samenwerking onder het Decreet Lokaal Bestuur", *T.Gem.* 2018, afl. 3-4, (222) 229.

⁸¹⁴ Art. 434, §1, laatste lid DLB.

⁸¹⁵ BS 19 juni 2009.

⁸¹⁶ MvT bij het ontwerp van decreet tot wijziging van het Provinciedecreet en van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2008-09, nr. 2136/1, 40.

⁸¹⁷ Verslag namens de Commissie voor Binnenlandse Aangelegenheden, Bestuurszaken, Institutionele en Bestuurlijke Hervorming en Decreetsevaluatie, *Parl.St.* VI.Parl. 2008-09, nr. 2136/4, 19.

meer dan 25 procent van het totale aantal statutair bepaalde stemmen beschikken.⁸¹⁸ De reden voor de stemmenbeperking tot 25 procent is dat de provincies op die manier geen blokkeringsminderheid wordt gegeven.⁸¹⁹

151. Breuk met het DIS – Wat de deelnemers betreft, komt het decreet van 13 mei 2016 tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005 (hierna: wijzigingsdecreet van 2016) op drie belangrijke vlakken terug op wat de Vlaamse decreetgever in 2001 had beslist.

De drie belangrijkste aanpassingen waardoor er wordt tegemoet gekomen aan het Regeerakkoord van de Vlaamse regering⁸²⁰, betreffen de doelstellingen van de samenwerkingsverbanden (de afschaffing van de vereiste dat de doelstellingen van de samenwerkingsverbanden inhoudelijke en functionele samenhang moeten vertonen, en de mogelijke deelnemers van de samenwerkingsverbanden (de afbouw van de provinciale deelname en de toelating onder voorwaarden van private partners).⁸²¹

152. Provincies – Ten tijde van het ontwerp van het DIS was er in eerste instantie geopteerd voor de volledige afschaffing van de provinciale deelname. Bij de behandeling van het ontwerpdecreet in het Vlaams Parlement werd het echter meer opportuun geacht om de provinciale deelname toch nog toe te laten, maar die tegelijkertijd te beperken tot 20%. De memorie van toelichting wees toentertijd op het feit dat de deelneming van provincies een historisch gegeven is waarvan de verdiensten niet onderschat mogen worden, maar dat de afbouw van de provinciale deelname gebaseerd op het uitgangspunt dat "*verenigingen van*

⁸¹⁸ Art. 134-135 van het decreet van 30 april 2009, *BS* 19 juni 2009.

⁸¹⁹ Verslag namens de Commissie voor Binnenlandse Aangelegenheden, Bestuurszaken, Institutionele en Bestuurlijke Hervorming en Decreetsevaluatie, *Parl.St.* VI.Parl. 2008-09, nr. 2136/4, 19.

⁸²⁰ Regeerakkoord Vlaamse Regering 2014-2019, <https://www.vlaanderen.be/publicaties/het-regeerakkoord-van-de-vlaamse-regering-2014-2019>, 6.

⁸²¹ Voor een kort overzicht van alle aanpassingen, zie X., "Intergemeentelijke samenwerking", *NJW* 2016, afl. 345, 535-536; M. HOPPENBROUWERS, "Actualia wetgeving en beleid. Recente ontwikkelingen op het gebied van milieu- en energierecht", *MER* 2016, afl. 3, (261) 266-267.

gemeenten als hulpstructuren voor het lokale bestuur, in principe ook beperkt moeten blijven tot de actoren op lokaal bestuursniveau."⁸²² Terwijl het decreet van 30 april 2009 de grens nog optrok naar 30%, werd met het wijzigingsdecreet van 2016 uiteindelijk toch gekozen voor de volledige uittreding van de provincies.

De verantwoording die hier in de memorie van toelichting voor wordt gegeven, is opmerkelijk beknopt. De Vlaamse decreetgever wijst op haar "*meer algemene visie inzake de bestuurlijke organisatie waarin de nadruk duidelijk wordt gelegd op enerzijds sterkere en meer slagkrachtige lokale besturen met meer bevoegdheden en anderzijds op een meer kaderstellende Vlaamse overheid.*"⁸²³ Met andere woorden, de volledige uittreding van de provincies uit de intergemeentelijke samenwerking is een onderdeel van de visie dat het provinciaal bestuursniveau dient te worden afgeslankt.

153. Opdrachthoudende vereniging met private deelname – Waar de provinciale deelname voortaan niet langer mogelijk is, komt de Vlaamse decreetgever daarentegen gedeeltelijk terug op zijn principiële beslissing dat er geen private personen mogen deelnemen in de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid. Artikel 3, §2 van het wijzigingsdecreet van 2016 voorziet dat privaatrechtelijke personen kunnen deelnemen indien het een samenwerkingsverband betreft met als enige doelstelling het realiseren van opdrachten als vermeld in artikel 4.1.1 van het Energiedecreet van 8 mei 2009 en de deelnemende privaatrechtelijke persoon niet actief is als energieleverancier of energieproducent als vermeld in artikel 1.1.3, 78° en 102°, van het voormelde decreet. Dergelijke privaatrechtelijke deelname is eveneens mogelijk als het een samenwerkingsverband betreft met als enige doelstelling het realiseren van opdrachten als vermeld in artikel 26, eerste lid, van het decreet van 23 december 2011 betreffende het duurzaam beheer van materiaalstromen en afvalstoffen. Er wordt dus voor gekozen om een nieuwe rechtsvorm in het leven te roepen: de opdrachthoudende vereniging met private

⁸²² MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 8.

⁸²³ MvT bij het ontwerp van decreet tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 668/1, 6.

deelname, die kan worden opgericht in de energie- en afvalsector. Het valt te benadrukken dat private deelname nog steeds niet mogelijk is in één van de drie reeds bestaande vormen van intergemeentelijke samenwerking met rechtspersoonlijkheid.

De reden die de Vlaamse decreetgever in de memorie van toelichting aanhaalt tot creatie van de opdrachthoudende vereniging met private deelname, is drieledig. Zij stelt, *ten eerste*, dat "*deze sectoren (...), meer dan andere sectoren, kapitaalintensief [zijn].*" Volgens de decreetgever is het "*verantwoord dat de lokale besturen de mogelijkheid bekomen om, uitgaande van hun financiële situatie en met zicht op de noodzakelijke investeringen, de inbreng van privaat kapitaal in intergemeentelijke samenwerkingsverbanden actief (enkel) op dit terrein, tot op een bepaalde hoogte toe te staan*".⁸²⁴ De verwijzing naar het financiële plaatje werd nochtans vakkundig genegeerd bij de keuze om private deelname uit te sluiten in 2001 (zie *supra* nr. 137 e.v.).

Als *tweede* reden wordt in de memorie van toelichting verwezen naar de "*technische complexiteit en een schaalgrootte die merkelijk groter is dan in andere sectoren*". Ook hier vindt de decreetgever het "*verantwoord dat lokale besturen de mogelijkheid bekomen om te beslissen dat private partners kennis kunnen inbrengen in intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (enkel) actief in deze sectoren*".⁸²⁵ Het argument 'dat het verantwoord is' lijkt ook hier overwegend te zijn, zonder dat er veel bijkomende argumentatie wordt vooropgesteld.

Ten derde haalt de decreetgever aan dat "*de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in deze sectoren, en vooral in de sector van de afvalverwerking en -ophaling, (...) voor belangrijke beslissingen met betrekking tot hun aandeelhouderschap [staan], in het licht van de datum van 31 december 2018 waarop volgens de huidige bepalingen van het DIS private aandeelhouders*

⁸²⁴ MvT bij het ontwerp van decreet tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 668/1, 4.

⁸²⁵ MvT bij het ontwerp van decreet tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 668/1, 4.

niet meer toegelaten zijn. Omdat een duidelijk omgevingskader noodzakelijk is wanneer strategische beslissingen moeten worden genomen, is het van belang dat de reeds geformuleerde beleidsintentie decretaal wordt omgezet."⁸²⁶ De deadline voor private deelnemers om uit te treden, met name 31 december 2018, wordt door de Vlaamse decreetgever beschouwd als een deadline waarbinnen de regelgeving omtrent de private deelname nog vlug moet worden aangepast en niet als een deadline die door de intercommunales is te respecteren en dient te worden beschouwd als een datum waartegen ze zich naar de regelgeving van 2001 moeten schikken.

VANDENDRIESSCHE en VRANCKX stellen zeer terecht dat "*[d]it (...) inderdaad valabele motieven [zijn], maar de vraag kan wel gesteld worden of dit niet ook voor andere sectoren of voor andere vormen van intergemeentelijke samenwerking (i.h.b. voor bepaalde dienstverlenende verenigingen) zou gelden. Te denken valt bijvoorbeeld aan de drinkwater- of de IT-sector. Ons inziens valt niet uit te sluiten dat in bepaalde gevallen zulke verenigingen zich op het gelijkheidsbeginsel zullen proberen te steunen om het recht op een private participatie af te dwingen.*". Over het waarom van de keuze voor de afval- en energiesector en de reden waarom de private deelname niet tot andere sectoren is uitgebreid, is niet veel uitgeweid tijdens de voorbereiding van het decreet.

Het is duidelijk dat de Vlaamse decreetgever terugkomt op haar fundamentele keuze van 2001 om elke private deelname onmogelijk te maken. De motieven die toen werden vooropgesteld, waren het feit dat privaatrechtelijke participatie leidt tot onduidelijke verantwoordelijkheden, aanleiding kan geven tot belangenvermenging en dat de schrapping van de deelname tegemoet komt aan de vrije concurrentie die door de privésector wordt bepleit. Maar zijn die bezorgdheden dan nu plots verdwenen? De Vlaamse regering poogt gerust te stellen door te benadrukken dat het wijzigingsdecreet het leidend principe van het DIS beoogt te respecteren, namelijk dat het van toepassing is op zuivere intercommunales. Volgens haar veruitwendigt het wijzigingsdecreet de keuze voor

⁸²⁶ MvT bij het ontwerp van decreet tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 668/1, 5.

samenwerking die enkel het algemeen belang dient en maakt de keuze om private deelname toe te laten, "*slechts een heel beperkte uitzondering op dat principe mogelijk*".⁸²⁷ Dat principe uithollen, is volgens haar geenszins de bedoeling en rechtvaardigt waarom de nieuwe samenwerkingsvorm beperkt is tot een samenwerkingsverband met als enige doelstelling actief zijn in de sector afval of energie. De decreetgever benadrukt tot slot "*dat hier een nieuwe (vijfde) rechtsvorm wordt gecreëerd waarbij vermenging van de verschillende rechtsvormen voor intergemeentelijke samenwerking vermeden wordt, niet het minst ter vrijwaring van de in house-exceptie waarop de op vandaag bestaande vormen van intergemeentelijke samenwerking desgevallend aanspraak kunnen maken*".⁸²⁸ Opvallend is dat de memorie van toelichting bij het DIS de deelname van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in private rechtspersonen verantwoordde door het verdwijnen van de gemengde sector (zie *supra* nr. 137 e.v.). Nu de private sector als het ware wordt 'heringevoegd' in de energie- en afvalsector zou er mijns inziens op basis van een *a contrario*-redenering eigenlijk geen private deelname meer mogelijk mogen zijn van die gemengde intergemeentelijke verenigingen in private rechtspersonen in die sectoren. De oorspronkelijke reden van de decreetgever in 2001 om enkel zuivere intercommunales toe te laten en zo de democratisering van de intercommunales en de positie van de gemeenten te versterken, lijkt hierdoor op de helling te worden gezet.⁸²⁹

⁸²⁷ MvT bij het ontwerp van decreet tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 668/1, 5.

⁸²⁸ MvT bij het ontwerp van decreet tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 668/1, 5.

⁸²⁹ Zie ook F. VANDENRIESSCHE en J. VRANCKX, "De recente wijzigingen aan het Decreet Intergemeentelijke Samenwerking", *T.Gem.* 2016, afl. 4, (255) 260: "*Het fundamentele uitgangspunt van het DIS dat enkel lokale besturen deel kunnen uitmaken van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, wordt aldus door het wijzigingsdecreet van 13 mei 2016 verder genuanceerd*." en F. JUDO, "De terugkeer van de gemengde intercommunale? Recent decreetgevend werk over intergemeentelijke samenwerking en de participatie van privaatrechtelijke rechtspersonen in Vlaanderen", *T.Gem.* 2010, afl. 1, 25-30. Zie specifiek wat de IGOV betreft, B. VERBEECK, "Lokale besturen en onderwijs: een nieuwe samenwerkingsdynamiek?", *T.Gem.* 2010, afl. 1, (15) 20 e.v.

De deelname van privaatrechtelijke personen aan de opdrachthoudende vereniging met private deelname is wel aan een aantal beperkingen onderworpen. Zo kan de inbreng van de private personen geen controlerende of blokkerende macht opleveren, kunnen zij geen beslissende invloed uitoefenen op de vereniging en mag de gezamenlijke inbreng van de privaatrechtelijke personen niet meer dan 49% van het totale maatschappelijk kapitaal bedragen.⁸³⁰ Bovendien moeten de deelnemende gemeenten altijd over de meerderheid van de stemmen in de algemene vergadering beschikken en mogen de deelnemende privaatrechtelijke personen samen over niet meer dan 25% van het totale aantal statutair bepaalde stemmen beschikken.⁸³¹ Tot slot heeft het DLB het niet langer over 'privaatrechtelijke personen', maar over 'privaatrechtelijke rechtspersonen', waardoor natuurlijke personen niet langer kunnen deelnemen⁸³², en een opdrachthoudende vereniging met private deelname kan niet deelnemen in overige verenigingen.⁸³³

154. Politie- en hulpverleningszones – Het DIS liet niet langer elke publiekrechtelijke entiteit toe tot het intergemeentelijk samenwerkingsverband: de mogelijke deelnemers – allen (lokale) publieke overheden – werden limitatief opgesomd in het betreffende artikel. Het wijzigingsdecreet van 2016 breidt die lijst uit, door het mogelijk te maken dat de politie- en hulpverleningszones kunnen deelnemen in een intergemeentelijk samenwerkingsverband.⁸³⁴ De reden die de decreetgever aangeeft is het mogelijk is om synergiewinsten te bekomen via deze deelname.⁸³⁵

⁸³⁰ Art. 18 van het wijzigingsdecreet 2016 *juncto* art. 63*bis* DIS.

⁸³¹ Art. 13 van het wijzigingsdecreet 2016 *juncto* art. 44 DIS.

⁸³² Art. 396, §2 en 436, laatste lid DLB.

⁸³³ Art. 4 van het wijzigingsdecreet 2016 *juncto* art. 12 DIS.

⁸³⁴ Art. 3 van het wijzigingsdecreet 2016.

⁸³⁵ MvT bij het ontwerp van decreet tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 668/1, 6.

6.3. Doel, aard en karakter

155. Samenhang van doelstellingen – Het wijzigingsdecreet van 2016 maakte de principiële keuze van de decreetgever in 2001 om enkel nog intergemeentelijke samenwerkingsverbanden toe te laten ter verwezenlijking van doelstellingen die tot één of meer *inhoudelijk samenhangende* beleidsdomeinen behoren, ongedaan. Artikel 10, §1, eerste lid DIS hield voortaan in dat "*[t]wee of meer gemeenten (...) een samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid tot stand [kunnen] brengen om doelstellingen te verwezenlijken die behoren tot een of meer beleidsdomeinen*".⁸³⁶

De Vlaamse decreetgever verantwoordt die aanpassing door te wijzen op het feit dat het aantal intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in het afgelopen anderhalf decennium sterk is toegenomen en dat één van de oorzaken is dat er "*voor elk maatschappelijk probleem nieuwe structuren (...) [worden opgericht]*". Het gevolg hiervan is een overheidslandschap dat steeds meer onoverzichtelijk wordt en "*beslissingsstructuren die soms ver af staan van de rechtstreeks verkozen gemeenteraden*".⁸³⁷ Vooral dit laatste is opmerkelijk, aangezien deze maatregel in 2001 juist was ingegeven om de gemeenten te versterken en om de intercommunale te democratisering. Een groot aantal intergemeentelijke samenwerkingsverbanden heeft mijns inziens niet noodzakelijk een impact op 'het ver af staan' van de gemeenteraden.

Het feit dat het DIS voorzag in de vereiste dat de doelstellingen functioneel en inhoudelijk samenhangend moeten zijn, kan volgens de decreetgever "*tot gevolg hebben dat lokale besturen die reeds samenwerken in een intergemeentelijk samenwerkingsverband voor een bepaalde doelstelling en verder willen samenwerken voor een totaal andere doelstelling, hiervoor speciaal een nieuwe constructie moeten oprichten. Dit terwijl de behartiging van deze doelstelling perfect binnen een bestaand intergemeentelijk samenwerkingsverband mogelijk*

⁸³⁶ Art. 3 van het wijzigingsdecreet 2016.

⁸³⁷ MvT bij het ontwerp van decreet tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 668/1, 7.

ware geweest".⁸³⁸ Het 'speciaal oprichten van een nieuwe constructie' voor niet samenhangende doelstellingen lijkt mijns inziens juist de bedoeling geweest te zijn van de decreetgever in 2001. Nu lijkt de decreetgever dit weer te geven als een ongewenst gevolg dat moet worden geredieerd. Het wegwerken van "*deze grendel op de stroomlijning van de publieke organisaties*", zoals de decreetgever het omschrijft, kon evengoed worden bereikt door bijvoorbeeld een verplichting in te voeren voor gemeenten om telkenmale na te gaan of een bepaalde doelstelling niet door een reeds bestaand intergemeentelijk samenwerkingsverband zou kunnen worden gerealiseerd.

Ook hier wil de decreetgever geruststellen door te stellen dat de mogelijkheid voor de lokale besturen om meerdere doelstellingen van gemeentelijk belang te laten behartigen door eenzelfde intergemeentelijk samenwerkingsverband, ook al liggen deze doelstellingen niet in elkaars verlengde of hebben ze niet noodzakelijkerwijs een 'functionele samenhang', geen vrijgeleide is tot de creatie van 'overall-intergemeentelijke samenwerkingsverbanden' die 'van alles en nog wat' als taakomschrijving hebben en die *de facto* de bevoegdheid en de werking van de rechtstreeks verkozen gemeenteraad/gemeentelijke administratie uithollen. Volgens de memorie van toelichting blijven "*sterkere gemeenten met rechtstreeks verkozen gemeenteraden die vanuit een gedegen positie de samenwerkingsverbanden waarvan ze deel uitmaken kunnen opvolgen en desgevallend bijsturen*" het uitgangspunt van de Vlaamse regering.⁸³⁹ Het feit dat de decreetgever eist dat (meerdere) doelstellingen "*steeds duidelijk en duidelijk aflijnbaar worden geschreven en statutair verankerd*" en dat "'[o]pen' omschrijvingen [niet] kunnen (...)" dit potentieel risico moeten vermijden, verbaast niet aangezien die vereiste reeds was voorzien in het DIS.⁸⁴⁰

⁸³⁸ MvT bij het ontwerp van decreet tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 668/1, 7.

⁸³⁹ MvT bij het ontwerp van decreet tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 668/1, 7-8.

⁸⁴⁰ MvT bij het ontwerp van decreet tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 668/1, 8.

6.4. Toezicht

156. Analogie met provincie – Ten slotte, wat het toezicht betreft, zorgt het decreet van 18 januari 2013 houdende de wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking volgens VERHULST en volgens DEBIÈVRE voor de meest ingrijpende wijzigingen sinds het DIS van 2001.⁸⁴¹ De decreetgever beoogt de democratische controle en legitimiteit aan te scherpen en het bestuurlijk toezicht te vereenvoudigen door dit te organiseren naar analogie met het Provinciedecreet.⁸⁴² Hiertoe krijgt de Vlaamse regering naast haar vernietigingsbevoegdheid nu ook een schorsingsbevoegdheid en de figuur van de regeringscommissaris die werd ingevoerd door het koninklijk besluit van 24 februari 1959, verdwijnt. Dit decreet wil eveneens een beperkt toezicht organiseren op de projectvereniging. Zo wordt er onder meer in de mogelijkheid voorzien voor de toezichthoudende overheid om bij klacht of op eigen initiatief beslissingen op te vragen.⁸⁴³ Voor het overige worden er nog een aantal maatregelen genomen "*om de raadsleden van de deelnemende gemeenten en provincies sterker bij het intergemeentelijke beleid te betrekken en de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden transparanter en democratischer te maken*", waaronder de mogelijkheid voor de gemeenteraadsleden om notulen en bijhorende documenten elektronisch op te vragen.⁸⁴⁴ DEBIÈVRE omschrijft deze wijzigingen als "*een ruiloperatie, m.n. minder toezicht (vanwege de Vlaamse overheid) in ruil voor strengere*

⁸⁴¹ M. VERHULST, *De intergemeentelijke samenwerking in Vlaanderen*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 50-51; J. DEBIÈVRE, "Op zoek naar meer democratische legitimiteit en controle (maar minder toezicht) – Recente wijzigingen aan het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2013, afl. 3, (64) 68; zie ook omtrent de wijzigingen die dit decreet doorvoerde: F. VANDENRIESSCHE en J. VRANCKX, "De recente wijzigingen aan het Decreet Intergemeentelijke Samenwerking", *T.Gem.* 2016, afl. 4, 255-261.

⁸⁴² Het is opmerkelijk dat er naar het Provinciedecreet, en niet naar het Gemeentedecreet, werd teruggegrepen. Zie hieromtrent ook J. DEBIÈVRE, "Op zoek naar meer democratische legitimiteit en controle (maar minder toezicht) – Recente wijzigingen aan het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2013, afl. 3, (64) 73.

⁸⁴³ MvT bij het ontwerp van decreet tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 668/1, 3.

⁸⁴⁴ MvT bij het ontwerp van decreet tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 668/1, 3-4.

*controleverplichtingen (vanwege de (gemeenten-deelgenoten)" en hij wijst er terecht op dat dit een gelijkaardige evolutie is zoals die plaatsvond in de kaderwet van 22 december 1986 waar toen ook werd gekozen voor een meer doorgedreven democratisering in combinatie met een verlichting van het toezicht (zie *supra* nr. 117).*⁸⁴⁵

159. Analogie met gemeenten en OCMW's – Het DLB van 22 december 2017 bracht eveneens wijzigingen aan het toezicht zoals dit voorzien was in het DIS aan. De toezichtsbepalingen met betrekking tot de verenigingen met rechtspersoonlijkheid worden afgestemd op de bepalingen die in het DLB zijn opgenomen voor het toezicht op de gemeenten en de OCMW's. Dit brengt met zich mee dat er een aantal bekendmakingsverplichtingen worden ingevoerd voor de dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging. Zo moeten de voorzitter van de raad van bestuur van die verenigingen een lijst van de besluiten van de bestuursorganen met een beknopte omschrijving van de daarin geregelde aangelegenheden binnen de tien dagen bekendmaken op hun webtoepassing.⁸⁴⁶ Die digitale bekendmaking wordt ingevoerd ter vervanging van de vroegere inzendingsplicht⁸⁴⁷ en is een tendens die zich doorheen het volledige DLB. De dienstverlenende of de opdrachthoudende vereniging brengt vervolgens de toezichthoudende overheid op de hoogte van de bekendmaking.⁸⁴⁸

Voorts werd het algemeen bestuurlijk toezicht op de intergemeentelijke verenigingen afgestemd op het toezicht op bestuurshandelingen van de gemeenten en de OCMW's. Voortaan is er sprake van een ééntrapstoezicht: de schorsing van beslissingen is niet langer mogelijk.⁸⁴⁹ De goedkeuring van statutenwijzigingen door de Vlaamse regering moet binnen de negentig dagen na de verzending van het verslag gebeuren.⁸⁵⁰ De vernietiging van beslissingen moet

⁸⁴⁵ J. DEBIÈVRE, "Op zoek naar meer democratische legitimiteit en controle (maar minder toezicht) – Recente wijzigingen aan het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2013, afl. 3, (64) 73.

⁸⁴⁶ Art. 466 DLB.

⁸⁴⁷ MvT bij het ontwerp van decreet over het lokaal bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2017-18, nr. 1353/1, 149.

⁸⁴⁸ Art. 467, vierde lid DLB.

⁸⁴⁹ F. VANDENDRIESSCHE en J. VRANCKX, "Gemeentelijke verzelfstandiging en samenwerking onder het Decreet Lokaal Bestuur", *T.Gem.* 2018, afl. 3-4, (222) 224.

⁸⁵⁰ Art. 428, tweede lid DLB.

binnen de dertig dagen gebeuren.⁸⁵¹ De berekening van de toezichtstermijn is geconformeerd met de andere toezichtstermijnen in het DLB.

Ten slotte is er een versterkte controle tot stand gebracht op de participaties van de dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging. Artikel 472, §1, tweede lid DLB schrijft voor dat de algemene vergadering kan beslissen tot deelname van het intergemeentelijk samenwerkingsverband in andere publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen, op grond van een verslag van de raad van bestuur waarin de voor- en nadelen van de deelneming wordt afgewogen en waarin wordt aangetoond dat de dienstverlenende of opdrachthoudende vereniging zelf niet die voordelen kan bieden. De deelname is onderworpen aan het goedkeuringstoezicht door de Vlaamse regering en ze heeft honderd dagen om haar goedkeuring al dan niet te verlenen. Met deze wijziging wilde de Vlaamse decreetgever de drempel verhogen voor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden om participaties te nemen en te filialiseren. Uit onderzoek van het Agentschap Binnenlands Bestuur bleek immers dat heel wat dienstverlenende en opdrachthoudende verenigingen de afgelopen jaren een kluwen aan dochterverenigingen hadden uitgebouwd en dat dit niet was beoogd met de creatie van artikel 78 DIS.⁸⁵²

159. Afschaffen goedkeuringstoezicht in kader van regiovorming – Waar het DLB nog een goedkeuringstoezicht op intergemeentelijke participaties ingevoerde, is er intussen met het initiatief tot regiovorming door Vlaams minister voor Binnenlands Bestuur Bart Somers opvallend genoeg besloten om dit goedkeuringstoezicht ten opzichte van de oprichting van de

⁸⁵¹ Art. 468, §1 DLB.

⁸⁵² Zie Omz. van 11 januari 2002 over de toepassing van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking, BS 14 februari 2002. Daarin werd onder meer gesteld dat "*het (...) niet de bedoeling [is] dat als alternatief voor de opheffing van de gemengde intercommunale sector, de gemeenten en hun verenigingen stelselmatig hun toevlucht nemen tot een samenwerking op grond van artikel 78, waarbij hun inspraak veel geringer is. Artikel 78 moet dus zo begrepen worden dat het samenwerkingsverband geen lege doos wordt en dat het de uitvoering van zijn opdrachten volledig toevertrouwt aan een derde maatschappij. De vereniging moet zelf meester blijven van haar eigen doelstelling en van de verwezenlijking daarvan, desnoods in samenwerking met derden, maar zonder afstand te doen van haar bevoegdheden.*" (eigen onderlijning).

'moeder'intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die binnen de grenzen van een referentieregio blijven, af te schaffen. Specifiek t.a.v. *nieuwe* samenwerkingsverbanden die binnen de grenzen van de vastgestelde referentieregio's vallen, wordt dit bestuurlijk goedkeuringstoezicht vervangen door een meldings- en publicatieplicht en een voorafgaand niet-bindend advies van het Agentschap Binnenlands Bestuur (ABB) voor oprichtingen en statutenwijzigingen.⁸⁵³

T.a.v. *bestaande* intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zal het goedkeuringstoezicht op statutenwijzigingen eveneens worden afgeschaft. De meldings- en publicatieplicht en het voorafgaand niet-bindend advies van het ABB bij een statutenwijziging komt in de plaats. "*Deze principes zullen worden verankerd en verder uitgewerkt naar aanleiding van de aanpassing van het decreet over het lokaal bestuur in 2022.*", aldus de nota aan de Vlaamse Regering betreffende de regiovorming.⁸⁵⁴

6.5. Code de la démocratie locale et de la décentralisation

157. Waalse Gewest – In de jaren die volgden op de aanneming van het Waalse decreet van 5 december 1996 houdende de intercommunales werd de Waalse regelgeving nog een aantal keren bijgesteld. Waar het DIS van 6 juli 2001 op sommige vlakken essentiële afwijkingen op de wet van 22 december 1986 voorzag, voerde de Waalse decreetgever opnieuw geen fundamentele aanpassingen door.

De Waalse decreetgever nam onder meer het decreet van 19 juli 2006 tot wijziging van Boek V van het eerste deel van het Wetboek van de plaatselijke democratie en de decentralisatie en betreffende de wijzen van samenwerking tussen gemeenten aan.⁸⁵⁵ In 2007 volgde het decreet van 9 maart 2007 tot wijziging van Boek V van het eerste deel en van Boek I van het derde deel van

⁸⁵³ Nota aan de Vlaamse Regering betreffende de regiovorming – afbakening referentieregio's en vervolgtraject, *Parl.St.* VI.Parl. 2020-21, nr. 187/1quinquies, 10.

⁸⁵⁴ Nota aan de Vlaamse Regering betreffende de Regiovorming – afbakening referentieregio's en vervolgtraject, *Parl.St.* VI.Parl. nr. 187/1quinquies, 9-10.

⁸⁵⁵ BS 23 augustus 2006.

het Wetboek van de plaatselijke democratie en de decentralisatie⁸⁵⁶. In 2014 werd het decreet van 28 april 2014 tot wijziging van sommige bepalingen van het Wetboek van de plaatselijke democratie en de decentralisatie met het oog op de verbetering van de werking en van de doorzichtigheid van de intercommunales aangenomen.⁸⁵⁷

Bepaalde uitwassen die zich onder meer op het vlak van filialisering voordeden en naar aanleiding waarvan een parlementaire onderzoekscommissie is opgericht (cf. Publifin-affaire), waren eveneens de katalysator voor de verdere democratisering van de Waalse intercommunale.⁸⁵⁸ Het decreet van 29 maart 2018 tot wijziging van het Wetboek van de Plaatselijke Democratie en de Decentralisering met het oog op een sterker bestuur en een sterkere transparantie in de uitvoering van de openbare mandaten in de lokale en bovenlokale structuren en hun filialen⁸⁵⁹, werd in dat opzicht aangenomen. Dit decreet is de vertaling van de richtsnoeren die de Waalse Regering had uiteengezet in haar regionale beleidsverklaring 2017-2019 en voerde verschillende aanpassingen door aan de CDLD, waaronder de versterking van het toezicht.⁸⁶⁰ De Waalse decreetgever heeft eveneens gezorgd voor een toezicht op de filialen van intercommunales en de vennootschappen waarin een intercommunale een rechtstreekse of onrechtstreekse participatie heeft (zie meer *infra* nr. 242 e.v.).⁸⁶¹

⁸⁵⁶ BS 21 maart 2007.

⁸⁵⁷ BS 16 juni 2014.

⁸⁵⁸ *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin, Parl.St. W.Parl. 2016-17, nr. 861/1.*

⁸⁵⁹ BS 14 mei 2018.

⁸⁶⁰ MvT bij project de décret modifiant le Code de la démocratie locale et de la décentralisation en vue de renforcer la gouvernance et la transparence dans l'exécution des mandats publics au sein des structures locales et supra-locales et de leurs filiales, *Parl.St. W.Parl. 2017-18, nr. 1047/1, 3.*

⁸⁶¹ Zonder hier teveel in detail op te willen ingaan, voegde de Waalse decreetgever bijvoorbeeld een 10° toe aan artikel L5111-1 van de CDLD door 'een maatschappij met een significante lokale overheidsparticipatie' op te nemen en te definiëren, voerde hij de verplichting in om een eensluidend advies over bepaalde ontwerpbelissingen bij de 'moeder'-intercommunale in te winnen, creëerde hij de mogelijkheid om een bijzondere commissaris aan te stellen, enzovoort.

6.6. De ordonnantie van 5 juli 2018 betreffende de samenwerking tussen gemeenten

158. Brussels Hoofdstedelijk Gewest – Dit rechtshistorisch onderzoek wordt afgesloten met de aanneming van de ordonnantie van 5 juli 2018 betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten.⁸⁶² Na lang stilzitten is het Brussels Hoofdstedelijk Gewest het laatste gewest dat een eigen regeling omtrent gemeentelijke bestuursvormen, waaronder intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, heeft aangenomen.⁸⁶³ Enige nuancering is nodig – het Brussels Hoofdstedelijk Gewest nam in 2001 al een ordonnantie aan inzake het bestuurlijk toezicht op de intercommunales.⁸⁶⁴

Tot op het moment van de inwerkingtreding van de ordonnantie bleef de kaderwet van 22 december 1986 integraal van toepassing. De ordonnantie van 5 juli 2018 wijzigde echter niet veel: "(...) [*deze ordonnantie neemt*] *in grote mate de bepalingen over die vermeld stonden in de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales – soms met zeer lichte aanpassingen of verduidelijking.*".⁸⁶⁵

159. Rechtsvorm – Toch is er hier en daar sprake van een aanpassing. Een belangrijke wijziging ten opzichte van de kaderwet van 22 december 1986 is dat de gemeenten in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest niet langer kunnen kiezen tussen de NV, CVBA of vzw om hun intergemeentelijk samenwerkingsverband vorm te geven. Enkel de CVBA-vorm blijft over.⁸⁶⁶ Net zoals onder de kaderwet van 22 december 1986, zijn ook hier de bepalingen van de wetgeving met betrekking tot handelsvennootschappen die coöperatieve vennootschappen betreffen van toepassing op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voor zover de bepalingen van deze titel en van de statuten hier niet van afwijken

⁸⁶² BS 12 juli 2018.

⁸⁶³ Zie hieromtrent M. DECOCK en S. KEUNEN, "Brussel stelt gemeentelijke bestuursvormen op punt", *De Juristenkrant*, afl. 374, 6.

⁸⁶⁴ Ord.Br. 19 juli 2001 houdende regeling van het administratief toezicht op de intercommunales van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, BS 29 september 2001.

⁸⁶⁵ MvT bij het ontwerp van ordonnantie betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten, *Parl.St.* Br.H.Parl. 2017-18, nr. A-576/1, 6.

⁸⁶⁶ Art. 55, eerste lid van de ordonnantie van 5 juli 2018 betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten Ordonnantie, BS 12 juli 2018.

wegens de bijzondere aard van de vereniging.⁸⁶⁷ De keuze om de NV-vorm af te voeren, is volgens de ordonnantiegever ingegeven door "*een streven naar rationalisering*" en is gegrond op "*de waarneming van de realiteit die bestaat op het Brussels grondgebied en van de vaststelling dat er geen intercommunales zijn met de naamloze vennootschap als rechtsvorm*".⁸⁶⁸

Eén van de vernieuwingen is dat intergemeentelijke samenwerking in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest voortaan niet enkel vorm kan krijgen via 'intergemeentelijke samenwerkingsverbanden' (of 'intercommunales'). De samenwerking tussen gemeenten kan eveneens door middel van de creatie van een 'meergemeentelijke vzw'. Volgens de memorie van toelichting is de meergemeentelijke vzw een "*alternatief voor de intercommunale. Hierdoor hebben gemeenten de keuze tussen twee opties voor een vereniging: de intercommunale, die voortaan verplicht de rechtsvorm aanneemt van een coöperatieve vennootschap, en de meergemeentelijke vzw, die uiteraard moet tegemoet komen aan de rechtsvorm van de vzw*".⁸⁶⁹ Volgens de memorie van toelichting is het grote onderscheid tussen de intercommunale en de meergemeentelijke vzw, dat deze laatste een privaatrechtelijke rechtspersoon is en geen publiekrechtelijke rechtspersoon met een op het privaatrecht geïnspireerde rechtsvorm.⁸⁷⁰ Om het eigen kader van de vereniging van meerdere gemeenten in de vorm van een vzw te kunnen waarborgen, bestaat hiervoor een eigen kader dat vergelijkbaar is met dat van de gemeentelijke vzw's.⁸⁷¹

⁸⁶⁷ Art. 55, tweede lid van de ordonnantie van 5 juli 2018 betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten Ordonnantie.

⁸⁶⁸ MvT bij het ontwerp van ordonnantie betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten, *Parl.St.* Br.H.Parl. 2017-18, nr. A-576/1, 31.

⁸⁶⁹ MvT bij het ontwerp van ordonnantie betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten, *Parl.St.* Br.H.Parl. 2017-18, nr. A-576/1, 6.

⁸⁷⁰ MvT bij het ontwerp van ordonnantie betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten, *Parl.St.* Br.H.Parl. 2017-18, nr. A-576/1, 32.

⁸⁷¹ MvT bij het ontwerp van ordonnantie betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten, *Parl.St.* Br.H.Parl. 2017-18, nr. A-576/1, 41.

160. Deelnemers – Net zoals de kaderwet van 22 december 1986 dit vooropstelde en zoals dit mogelijk is in het Waalse Gewest, kunnen naast de gemeenten ook elke andere publiek- of privaatrechtelijke rechtspersoon deel uitmaken van een intercommunale in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Een kleine wijziging ten opzichte van de kaderwet is dat niet langer is voorzien dat verenigingen van publiekrechtelijke rechtspersonen waarvan een orgaan administratief toezicht uitoefent hiervan uitgesloten zijn.⁸⁷²

Een vernieuwing ten opzichte van de wet van 22 december 1986 is dat de ordonnantie uitdrukkelijk rechtstreekse participaties toestaat in publiek- en privaatrechtelijke vennootschappen, verenigingen en instellingen, terwijl de kaderwet van 22 december 1986 zich hier niet over uitsprak.⁸⁷³ Indien er sprake is van een gemeenschappelijk filiaal van één of meerdere autonome gemeentebedrijven en één of meerdere intercommunales, dienen de aandeelhoudende intercommunale(s) over de meerderheid van de stemmen te beschikken en het voorzitterschap waar te nemen in de bestuursorganen, dit ongeacht de inbreng van de verschillende partijen in het maatschappelijk kapitaal.⁸⁷⁴ Vergeleken bij de minimale statutaire vermeldingen bepaald in de kaderwet van 1986 voegt dit ontwerp de verplichting toe om de voorwaarden te vermelden waaronder de intercommunale rechtstreeks of onrechtstreeks deelnemingen kan aangaan in privaat- of publiekrechtelijke vennootschappen, verenigingen of instellingen die een maatschappelijke doel nastreven dat verenigbaar is met het hare en de wijze van toezicht op deze filialen.⁸⁷⁵

⁸⁷² MvT bij het ontwerp van ordonnantie betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten, *Parl.St.* Br.H.Parl. 2017-18, nr. A-576/1, 30-31.

⁸⁷³ MvT bij het ontwerp van ordonnantie betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten, *Parl.St.* Br.H.Parl. 2017-18, nr. A-576/1, 6.

⁸⁷⁴ Art. 63, derde lid van de ordonnantie van 5 juli 2018 betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten Ordonnantie.

⁸⁷⁵ MvT bij het ontwerp van ordonnantie betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten, *Parl.St.* Br.H.Parl. 2017-18, nr. A-576/1, 32.

Nog wat die participaties betreft, voert de ordonnantie de mogelijkheid in om als gemeente te participeren in een vereniging van gewestelijk belang.⁸⁷⁶ In de memorie van toelichting wordt benadrukt dat als het Gewest in dit soort intercommunale deelneemt, dat niet met een meerderheidsbelang mag zijn.⁸⁷⁷ De oprichting van sub-filiale is wel verboden.⁸⁷⁸ De ordonnantiegever wil zo voorkomen dat kunstmatige rechtsconstructies in het leven worden geroepen om te ontsnappen aan de toepassing van bepaalde wetsbeschikkingen zoals bijvoorbeeld het gemeentelijk overwicht en het toezicht.⁸⁷⁹

161. Toezicht – Het stelsel van toezicht zoals dit was opgenomen in de ordonnantie van 19 juli 2001 houdende regeling van het administratief toezicht op de intercommunales van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, wordt aangepast. Het nieuwe toezichtstelsel stoelt op het stelsel dat door de gemeenten is ingevoerd en vertrekt van een vaststelling van de akten die onverkort moeten worden doorgestuurd, de verplichting om een lijst te versturen aan de toezichthoudende overheid met een beknopte uiteenzetting van de akten die niet in hun geheel moeten worden doorgestuurd en voorziet onder meer in een aanpassing van de toezichtstermijnen.⁸⁸⁰

6.7. Tussentijdse conclusie

162. Ook de jaren na de inwerkingtreding van het DIS, werd er heel wat regelgeving aangenomen. Van een fundamentele 'hertekening' van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in de drie gewesten is er echter geen sprake. Een aantal wijzigingsdecreten voerden op specifieke vlakken

⁸⁷⁶ MvT bij het ontwerp van ordonnantie betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten, *Parl.St.* Br.H.Parl. 2017-18, nr. A-576/1, 6.

⁸⁷⁷ MvT bij het ontwerp van ordonnantie betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten, *Parl.St.* Br.H.Parl. 2017-18, nr. A-576/1, 31.

⁸⁷⁸ Art. 63, vierde lid van de ordonnantie van 5 juli 2018 betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten Ordonnantie.

⁸⁷⁹ MvT bij het ontwerp van ordonnantie betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten, *Parl.St.* Br.H.Parl. 2017-18, nr. A-576/1, 34.

⁸⁸⁰ MvT bij het ontwerp van ordonnantie betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten, *Parl.St.* Br.H.Parl. 2017-18, nr. A-576/1, 6.

aanpassingen door. Ten aanzien van bepaalde indicatieve criteria komt de Vlaamse decreetgever wel terug op eerder gemaakte principiële keuzes. Het Brussels Hoofdstedelijk Gewest zou met de ordonnantie van 5 juli 2018 betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten eindelijk een eigen regeling aannemen, maar daarbij weinig afwijken van de wet van 22 december 1986.

- **Rechtsvorm:** één van de belangrijkste wijzigingen van het DLB was de vermindering van het aantal mandaten in de Vlaamse intergemeentelijke verenigingen. De vermindering ligt in de lijn van de doelstellingen van het decreet, met name de significante inperking en vereenvoudiging van de bestuurlijke regelgeving. In de interlokale- en de projectvereniging mag er voortaan slechts één afgevaardigd per deelnemer zetelen. In de dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging is het aantal bestuursmandaten in de raad van bestuur beperkt tot vijftien. Er is wel in de mogelijkheid voorzien om een gezamenlijke vertegenwoordiger aan te wijzen, wat belangrijk is in het kader van de *in house*-theorie bij het leerstuk omtrent overheidsopdrachten. Naast de beperking van de mandaten is er in 2016 een nieuwe rechtsvorm ingevoerd: Vlaamse gemeenten kunnen ervoor kiezen om een opdrachthoudende vereniging met private deelname op te richten. De ordonnantie in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest vermeldt enkel de CVBA-vorm en creëert de mogelijkheid voor gemeenten om een meergemeentelijke vzw op te richten. In 2021, naar aanleiding van de aanname van het WVV, hief het decreet van 16 juli 2021 tot wijziging van diverse decreten wat betreft versterking van de lokale democratie de woorden 'met beperkte aansprakelijkheid' op in artikel 397, derde lid van het DLB. Op vandaag gelden de bepalingen van toepassing op de CV als suppletief recht t.a.v. de Vlaamse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Het valt te verwachten dat de Waalse decreetgever een gelijkaardige wijziging zal doorvoeren, maar het Brussels Hoofdstedelijk Gewest lijkt hiertoe nog geen stappen te hebben ondernomen.

- **Deelnemers:** wat de deelnemers betreft, zijn er een aantal fundamentele wijzigingen aan het DIS doorgevoerd. *Ten eerste*, provinciale deelname was uitgesloten in het ontwerp van het DIS. Bij de uiteindelijke aanname van het DIS werd ervoor gekozen om de provinciale deelname aan intergemeentelijke samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid te beperken tot 20% van het maatschappelijk kapitaal. In 2009 werd dit opgetrokken tot 30%. De reden voor de verhoging was financieel ingegeven, maar er werd tegelijkertijd een stemmenbeperking van de provincies tot 25% ingevoerd om een blokkeringsminderheid te vermijden. Met het DLB koos de Vlaamse decreetgever ervoor om provincies toch volledig uit te sluiten. De reden is dat dit onderdeel is van de visie dat het provinciaal bestuursniveau moet worden afgeslankt.

Ten tweede, maakte de Vlaamse decreetgever met het DIS de principiële keuze om private deelname te verbieden. In 2016 werd hier echter gedeeltelijk op teruggekomen: in de sectoren van energie en afval kunnen private deelnemers toetreden tot de opdrachthoudende vereniging met private deelname. De reden voor de invoering van de private deelname is drieledig: *ten eerste* is er sprake van een financieel motief aangezien energie en afval kapitaalintensieve sectoren zijn. *Ten tweede* zou er in die sectoren een technische complexiteit en schaalgrootte zijn die merklijk groter is dan in andere sectoren, wat de decreetgever wil compenseren door private kennisinbreng mogelijk te maken. *Ten derde*, de deadline die het DIS vooropstelde voor private deelnemers om uit te treden, lag op 31 december 2018.

Ten derde zorgde het DIS dat niet langer elke publiekrechtelijke entiteit kon deelnemen, maar somde ze *nominatim* op. In 2016 werden de politie- en hulpverleningszones toegevoegd aan de lijst omdat er zo synergiewinsten zouden kunnen worden bekomen, aldus de Vlaamse decreetgever.

Een belangrijke vernieuwing die de Brusselse ordonnantiegever in 2018 t.a.v. de wet van 1986 maar ook t.a.v. de andere gewesten doorvoerde, is dat de oprichting van sub-filiale door intercommunales in het Brussels

Hoofdstedelijk Gewest verboden is.

- **Doel, aard en karakter:** wat de mogelijke doelstellingen van de intergemeentelijke verenigingen betreft, nam het DIS de beslissing om enkel nog intergemeentelijke samenwerkingsverbanden toe te laten met doelstellingen die tot één of meer inhoudelijk samenhangende beleidsdomeinen behoren. In 2016 werd ook dit opnieuw ongedaan gemaakt: voortaan kan een samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid worden opgericht om doelstellingen ter verwezenlijken die tot meer dan één beleidsdomein behoren. De reden die de Vlaamse decreetgever vooropstelt is de sterke toename van het aantal samenwerkingsverbanden doordat er voor elk maatschappelijk probleem een nieuwe vereniging wordt opgericht, met als gevolg dat de beslissingsstructuren soms ver af staan van de rechtstreeks verkozen gemeenteraden. De decreetgever benadrukt wel dat dit niet mag leiden tot *overall* intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.

- **Toezicht:** in 2013 besliste de Vlaamse decreetgever om het bestuurlijk toezicht te vereenvoudigen door het te organiseren naar analogie met de provincies. De schorsingsbevoegdheid werd ingevoerd en de regeringscommissaris werd afgevoerd. Het toezicht van de Vlaamse overheid werd afgezwakt ten opzichte van een sterkere controle door de gemeenten, een evolutie die vergelijkbaar is met die van in de wet van 22 december 1986. Het DLB stemde het toezicht dan weer af op de gemeenten en de OCMW's. De Vlaamse decreetgever koos voor een ééntrapstoezicht door de schorsing die was ingevoerd in 2013 opnieuw af te voeren. Er kwam wel een versterkte controle op de participaties van de dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging. Ook in het Waalse Gewest werd met verschillende decreetswijzigingen een sterkere controle ingevoerd. Het laatste decennium zette hij in op een sterker bestuur en een sterkere transparantie in de uitvoering van de openbare mandaten in de lokale en bovenlokale structuren en de filialen. N.a.v. de schandelen die zich voordeden en de Publifin-onderzoekscommissie die daarop is gevolgd, voerde de Waalse decreetgever een toezicht in op de filialen van

DEEL I – De geschiedenis van intergemeentelijke samenwerking: rechtshistorische analyse

intergemeentelijke samenwerkingsverbanden – iets dat tot op vandaag ontbreekt in het Vlaamse Gewest.

7. Samenvattende conclusie en antwoord op de subonderzoeksvraag

163. Het rechtshistorisch onderzoek was erop gericht om volgende subonderzoeksvraag te beantwoorden: *'Welke evolutie kende de organieke regelgeving omtrent intergemeentelijke samenwerking sinds de Belgische onafhankelijkheid en in welke mate was er daarbij sprake van hybriditeit?'*. Het antwoord werd gezocht door middel van een uitvoerig rechtshistorisch onderzoek waarbij relevante wetgeving, parlementaire documenten, pseudowetgeving, vonnissen en arresten, rechtsleer, statuten, rapporten en nieuwsberichten werden verzameld en geanalyseerd. De bevindingen worden hieronder samengevat.

164. Uit het rechtshistorisch onderzoek blijkt dat intergemeentelijke samenwerking in België reeds een lange juridische evolutie kent. Verschillende wetgevende initiatieven volgden elkaar sinds het eind van de 19^e eeuw op. Drie specifieke wetten in 1897, 1899 en 1907 gaven het startschot van de juridische uitwerking van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in specifieke sectoren. Het eind van de 19^e en begin van de 20^{ste} eeuw kenmerkten zich door onzekerheid over het al dan niet grondwettelijk kunnen plaatsvinden van samenwerking tussen gemeenten. De herziening van artikel 108 van de Grondwet in 1921 bracht daar echter verandering in. Op die grondwettelijke verankering van het verenigingsrecht voor gemeenten in 1921, volgde de aanneming van de wet van 1 maart 1922 omtrent de vereniging van gemeenten tot nut van 't algemeen. In de periode tot de aanneming van de tweede wet van 22 december 1986, werden verschillende kleinere wijzigingen en vooral verduidelijkingen aan de eerste kaderwet aangebracht via koninklijke besluiten en pseudowetgeving. De wet van 22 december 1986 moest de ervaring die was opgedaan in de laatste zestig jaar vervolgens juridisch verankeren.

De bevoegdheid omtrent intergemeentelijke samenwerking werd met het Sint-Michielsakkoord in 1993 door artikel 6, §1, VIII, 1^o BWHI volledig overgeheveld naar de gewesten. De volledige overheveling van de bevoegdheid voor intergemeentelijke samenwerking zorgde uiteindelijk voor verschillende wetgeving op regionaal niveau. Het Waalse Gewest was het eerste gewest dat

beroep deed op zijn 'volledige' bevoegdheid voor intergemeentelijke samenwerking door met het *décret de 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales Wallonnes* een eigen regeling aan te nemen. Dit decreet zou worden vervangen door de Code de la démocratie locale et de la décentralisation van 22 april 2004. Het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking zou worden geïncorporeerd in het Decreet Lokaal Bestuur van 22 december 2017. Uiteindelijk nam ook het Brussels Hoofdstedelijk Gewest de ordonnantie van 5 juli 2018 betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten aan.

165. Niet enkel de juridische uitwerking van intergemeentelijke samenwerking gaat reeds meer dan een eeuw terug, maar ook de hybriditeit. De eerste tekenen van hybriditeit, in de zin dat er zich tegelijkertijd zowel publieke als private elementen manifesteren, dateren al van aan het eind van de 19^{ste} eeuw en situeren zich op verschillende vlakken. Al van bij het prille begin maakte de wetgever gebruik van zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke elementen waardoor er toen al een 'osmose' van beide rechtstakken plaatsvond. In dit rechtshistorisch onderzoek werden per periode in de wetgevingsgeschiedenis dezelfde indicatieve criteria bestudeerd: 1) de rechtsvorm, 2) de deelnemers, 3) het doel, en de aard en het karakter van de samenwerkingsverbanden en 4) het toezicht. Uit de rechtshistorische analyse blijkt dat de hybriditeit zich kenmerkt door het feit dat die varieert doorheen de tijd, tussen de gewesten, en naargelang de wetgeving. Met andere woorden: in sommige periodes kleurde de wet-, decreet- en ordonnantiegever de intergemeentelijke samenwerking 'privaatrechtelijker' of 'publiekrechtelijker' in dan in andere tijden. Hieronder wordt de evolutie in de tijd van de onderzochte indicatieve criteria samengevat, en dit overkoepelend aan de periodes die in dit eerste deel werden bestudeerd.

❖ **Rechtsvorm**

166. Een eerste opvallende uitkomst van het rechtshistorisch onderzoek is dat de wetgever de voorbije eeuw zorgde voor een verregaande hybriditeit van de *rechtsvorm* van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Waar de wetgever het intergemeentelijk samenwerkingsverband met de specifieke wet van 6 augustus 1897 nog een zuiver publiekrechtelijke rechtsvorm toekende, maakte

hij in de jaren die daarop volgden telkens de keuze voor een hybride rechtsvorm. De hybriditeit veruitwendigde zich in de wet van 1 maart 1922 op die manier dat gemeenten konden kiezen welke rechtsvorm ze aan hun samenwerkingsverband gaven, maar dat de statuten tegelijkertijd de handelswetten moesten respecteren. De wetgever onderbouwde dit gebruik van het privaatrecht bij de vormgeving (de hybride rechtsvorm) aan het begin van de 20^{ste} eeuw door te stellen dat dit 'louter de werking van de intercommunales vergemakkelijkt', maar dat ze hierdoor geen vennootschappen *zijn*. De wet van 22 december 1986 beperkte de keuzemogelijkheid en stelde dat intergemeentelijk samenwerkingsverbanden 'enkel de vorm kunnen aannemen van een NV, CVBA of vzw'. Tegelijkertijd werd opnieuw voorzien dat de wetten betreffende de handelsvennootschappen en de vzw's van toepassing zijn op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voor zover de wetsbepalingen of de statuten er niet van afwijken wegens de bijzondere aard van de vereniging.

Het Waalse Gewest nam de fundamentele uitgangspunten van de wet van 22 december 1986 zo goed als ongewijzigd over, inclusief de hybride uitwerking van de rechtsvorm. Eén van de doelstellingen van het DIS van 6 juli 2001 was om de samenwerkingsvormen te diversifiëren en te versoepelen. Het decreet voorzag voor het eerst een pluriforme samenwerkingsregeling door vier nieuwe *sui generis*-rechtsvormen te creëren (interlokale vereniging, projectvereniging, dienstverlenende vereniging en opdrachthoudende vereniging). Deze wijziging benadrukt het *sui generis*-karakter van de rechtsvorm, maar tegelijkertijd is er toch ook nog steeds sprake van een verregaande wisselwerking tussen het publiek- en privaatrecht – en dus van een hybride rechtsvorm. Het decreet verklaarde de vennootschapswetgeving die de CVBA regelde immers suppletief van toepassing voor alles wat het decreet niet voorzag. Zeer recent verving het decreet van 16 juli 2021 tot wijziging van diverse decreten wat betreft versterking van de lokale democratie, de suppletieve verwijzing door een verwijzing naar de bepalingen van de door het WVV gecreëerde nieuwe rechtsvorm 'CV'. Tot slot liet de Brussels Hoofdstedelijke ordonnantiegever zich in 2018 ook inspireren door de wet van 22 december 1986, maar beperkte hij de keuzemogelijkheid tot de CVBA. De bepalingen van de wetgeving met betrekking tot handelsvennootschappen die coöperatieve vennootschappen betreffen, zijn nog steeds van toepassing op de

intercommunales in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest voor zover de ordonnantie en de statuten er niet van afwijken wegens de bijzondere aard van de vereniging.

Het is duidelijk dat de wetgever de voorbije eeuw voor een wisselwerking zorgde tussen, enerzijds, eigen 'publiekrechtelijke' organieke bepalingen opgesteld door de bevoegde wetgever en, anderzijds, privaatrechtelijke bepalingen afkomstig uit het verenigings- en vennootschapsrecht. Dat de Vlaamse decreetgever met het DIS laat uitschijnen dat het om zuiver publiekrechtelijke rechtsvormen gaat, klopt dan ook niet – net zoals de wetgever ook foutief laat uitschijnen dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband onder de wet van 1 maart 1922 en de wet van 22 december 1986 en in het Waalse en Brussels Hoofdstedelijk Gewest een (zuiver) privaatrechtelijke rechtsvorm zou aannemen. De *ratio legis* van de hybriditeit is immers duidelijk: de wisselwerking tussen het publiek- en het privaatrecht t.a.v. de rechtsvorm is louter bedoeld om de werking van de intercommunale te vergemakkelijken (zie *infra* nr. 242 e.v.).

❖ **Aard en karakter**

167. Wat de *aard en het karakter* van het intergemeentelijk samenwerkingsverband betreft, hield de wetgever doorheen de jaren in sterke mate vast aan het publiekrechtelijk karakter van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Bij de specifieke wetten van 1897, 1899 en 1907 was het duidelijk: de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden werden uitdrukkelijk – in de wet zelf of in de kamerdocumenten – als openbare instellingen en organieke openbare diensten gekwalificeerd en er werd benadrukt dat ze niet te beschouwen waren als hebbende een commercieel karakter en zijnde industriële ondernemingen.

De wet van 1 maart 1922 verduidelijkte dat het samenwerkingsverband haar 'burgerlijk karakter' behoudt, ondanks de overeenstemming van haar statuten met de handelswetten. De *ratio legis* achter deze bepaling is dat de organieke regelgever het intergemeentelijk samenwerkingsverband volledig wil onttrekken aan de toepassing van commerciële bepalingen, waardoor geschillen die rijzen, ontsnappen aan de bevoegdheid van de handelsrechter. Ondanks de hybride vormgeving en doelstellingen, mag de intercommunale dus nooit als een

commerciële onderneming worden beschouwd die is onderworpen aan de toepassing van commerciële regelgeving. Aangezien er in de jaren die volgden op de wet van 1 maart 1922 discussie rees over de precieze invulling van het begrip 'burgerlijk karakter', wijzigde de wetgever dit met de wet van 22 december 1986 door in te schrijven dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband 'geen handelskarakter' heeft, ongeacht de rechtsvorm en de doelstellingen die het nastreeft.

Hoewel de publiekrechtelijke kwalificatie in 1922 bevestigd werd tijdens de parlementaire voorbereidingen, kwalificeerde de wet van 1 maart 1922 de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden niet uitdrukkelijk als publiekrechtelijke rechtspersoon. Door de hantering van het privaatrecht in de vormgeving en de bestaande verwarring met handelsvennootschappen, werd in de wet van 22 december 1986 echter opgenomen dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband een publiekrechtelijke rechtspersoon is. De wetgever wou zo tegemoetkomen aan die onduidelijkheid en de fundamentele discussies die zich sinds 1922 voordeden in zowel rechtspraak als rechtsleer, en aan de uitdrukkelijke kwalificatie van de intercommunale als publiekrechtelijke rechtspersoon door het Hof van Cassatie in 1966. De wetgever verduidelijkte dat hij met deze kwalificatie 'de algemene beginselen van het administratief recht' toepassing wil laten vinden. De minister van Binnenlandse Zaken vulde toen aan dat de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon de toepassing van de wetten van de openbare dienst en van bepaalde regelgeving die terug te leiden is tot diezelfde 'wetten', met zich meebrengt. De gewesten namen die kwalificatie als hebbende 'geen handelskarakter'/'geen commercieel karakter' en zijnde een 'publiekrechtelijke rechtspersoon' in de jaren die daarop volgden ongewijzigd over. Zeer recent stelde de Vlaamse decreetgever evenwel dat hij wou tegemoet komen aan de afschaffing van het handelsrecht door de essentiële bepaling dat de Vlaamse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geen handelskarakter hebben, plots te schrappen. De reeds decennialang verankerde bepaling werd in 2021 plots zonder veel overpeinzing uit het decreet verwijderd.

Bovendien hield de wetgever de voorbije eeuw te allen tijde strikt vast aan het uitgangspunt dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband als een

verlengstuk van de gemeenten dient te worden beschouwd. Via verschillende wetgevende ingrepen zette hij sterk in op de democratisering van de intercommunales. De democratisering van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden was bijvoorbeeld één van de basisdoelstellingen van de wet van 22 december 1986 én van het DIS van 6 juli 2001. In vergelijking met de beginjaren van intercommunalisatie, is er de tendens te ontwaren waarbij de wetgeving steeds meer inzette op een herwaardering van de gemeente(raad) door middel van bijvoorbeeld een versterkte positie ten opzichte van de andere deelnemers, stemverhoudingen, aanwezigheidsquota, enzovoort.

❖ **Deelnemers**

168. De hybriditeit van het intergemeentelijk samenwerkingsverband situeerde zich doorheen de jaren ook duidelijk t.a.v. de toegelaten publieke en private deelnemers. Aan de mogelijke 'publieke' deelname werd redelijk wat gesleuteld. Soms vermeldde de wetgever niets, terwijl de wetgever op andere momenten toeliet dat ook de Staat en de provincies waarin de deelnemende gemeenten gelegen zijn, aan de vereniging deelnamen. Nog andere wetgeving impliceerde daarentegen net een verbod op deelname door de Staat. Kleinere wijzigingen werden ook doorgevoerd, zoals het wijzigingsdecreet van 2016 dat de politie- en hulpverleningszones als mogelijke deelnemers toevoegde aan het DIS. Na het deelnemingspercentage van de provincies in de Vlaamse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden verschillende keren te wijzigen, sloot het DLB provinciale deelname in 2017 volledig uit.

Wat echter zorgt voor de hybriditeit, is de mogelijkheid voor *private* (rechts)personen om op formele wijze deel te nemen aan het intergemeentelijk samenwerkingsverband. De wetgever wijzigde zijn standpunt omtrent het al dan niet toelaten van private deelnemers de voorbije eeuw meerdere keren. Zo vermeldde de specifieke wet van 6 augustus 1897 niets over de mogelijke deelnemers, terwijl de specifieke wet van 1 juli 1899 en van 18 augustus 1907 wel telkens toelieten dat particulieren konden toetreden als deelgenoot in het intergemeentelijk samenwerkingsverband. Private deelname was eveneens mogelijk onder de wet van 1 maart 1922 en de wet van 22 december 1986, maar over het al dan niet behouden van private deelname werd tijdens de parlementaire

voorbereiding van die laatste wet wel zwaar gediscussieerd. Waar de intussen te overheersende positie van de private sector hier als tegenargument voor werd aangehaald, bleef de private deelname uiteindelijk behouden. De Waalse en Brussels Hoofdstedelijke regelgever hebben de private deelnemingsmogelijkheid ongewijzigd overgenomen.

Enkel de Vlaamse decreetgever zou een fundamenteel ander standpunt aanhouden. Met het DIS van 6 juli 2001, voerde de Vlaamse decreetgever een verbod op private deelname in het intergemeentelijk samenwerkingsverband in. Dit verbod kwam volgens de Vlaamse decreetgever tegemoet aan de vrije concurrentie die door de privésector wordt bepleit. Opvallend is dat de Vlaamse decreetgever die drastische keuze in 2016 alweer ongedaan maakte: de Vlaamse gemeenten kregen opnieuw de mogelijkheid om intergemeentelijke samenwerkingsverbanden met private deelname op te richten in de afval- en energiesector. De drieledige motivering was dat er, *ten eerste*, sprake is van een financieel motief aangezien energie en afval kapitaalintensieve sectoren zijn, *ten tweede*, dat er in die sectoren een technische complexiteit en schaalgrootte is die merklijk groter is dan in andere sectoren, wat de decreetgever wil compenseren door private kennisinbreng mogelijk te maken en, *ten derde*, het enigszins inhoudsloos argument dat de deadline die het DIS vooropstelde voor de uittreding van private deelnemers op 31 december 2018 lag.

Naast de deelname door private (rechts)personen in de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, is er ook de deelneming door de intercommunales *zelf* in private bedrijven. Dergelijke participatie was decennialang onmogelijk. Twee omzendbrieven van in 1941 en 1953 verboden de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden dan ook uitdrukkelijk om deel te nemen aan particuliere commerciële ondernemingen. De redenen die werden aangehaald zijn dat er een gebrek aan administratief toezicht op die privéondernemingen is, er belangenconflicten mogelijk zijn, en dit een gevaar vormt voor het algemeen belang. De wet van 22 december 1986 zou dit eveneens niet toelaten. De visie van de wetgever ten aanzien van de participatie door intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in private ondernemingen kende echter een opvallende tendens tot versoepeling. Na de regionalisering van de bevoegdheid op

intergemeentelijke samenwerking, zou de Waalse decreetgever dergelijke participatie toelaten, ondanks het belangrijke grondwettelijk bezwaar van de afdeling Wetgeving van de Raad van State. Met het DIS zou de Vlaamse decreetgever de participatie van de dienst- en opdrachthoudende verenigingen in andere publieke en private rechtspersonen eveneens toelaten, opnieuw onder de voorwaarde dat het maatschappelijk doel overeenstemt met de eigen doelstellingen en voor zover de wetgeving overheidsopdrachten wordt nageleefd. De Vlaamse decreetgever verantwoordde die participatiemogelijkheid als 'compensatie' voor het verbod op private deelname *in* intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Ook op dit Vlaams initiatief kwam er kritiek, onder meer van de Hoge Raad die stelde dat dergelijke participatie onvoldoende waarborgen biedt om de gemeenten meer sturing te geven. Opvallend is dat de Vlaamse decreetgever die participatiemogelijkheid heeft behouden toen de private deelname weer mogelijk werd gemaakt in de afval- en energiesector. Het consequent doortrekken van de redenering zou echter tot een nieuw verbod op participatie in die sectoren moeten leiden. Opnieuw grepen de gewesten licht anders in – zo voerde het Brussels Hoofdstedelijk Gewest als enige een verbod op sub-filialisering in.

❖ **Doel**

169. Qua doelstelling en activiteit bevinden tal van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zich op het grensvlak tussen de publieke en de private sector. Wat de afgelopen honderd jaar onveranderd is gebleven, is dat de (grond)wetgever het doel van het intergemeentelijk samenwerkingsverband reeds sinds de jaren twintig van de vorige eeuw en tot op vandaag uitdrukkelijk beperkt tot de behartiging van 'het gemeentelijk belang'. Het intergemeentelijk samenwerkingsverband is immers een functioneel gedecentraliseerde entiteit die als verlengstuk van de gemeente is te beschouwen waarbij de rechtstreekse band met de gemeenten die ze hebben opgericht, moet gevrijwaard blijven.

Uit het rechtshistorisch onderzoek blijkt dat er zich de voorbije eeuw wel een onmiskenbare evolutie voordeed in de economische actie. Aan het begin van de 20^{ste} eeuw realiseerden de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (nuts)voorzieningen, vaak als monopolist omdat er geen enkele private speler in

die onrendabele activiteiten geïnteresseerd was. Met de loop der tijd wijzigde de economische rol van de overheid. België is geëvolueerd van een nachtwakersstaat waarin de overheid zich ver af hield van het economisch leven dat een privaat van de privésector was, naar een sociale verzorgingsstaat. De overheid, en dus ook de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, gingen zich steeds meer inmengen in het economisch leven door in tal van sectoren op te treden. Dit had tot gevolg dat publieke en private ondernemingen steeds meer naar elkaar toe bewogen en dat ook de grens tussen het publiek- en het privaatrecht steeds meer vervaagde. De toenadering tussen de publieke en private sector werd bovendien in de hand gewerkt door de Europese Unie die de creatie van een interne markt als één van haar basisdoelstellingen vooropstelt. Meer concreet zorgden liberaliseringsgolven er vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw voor dat tal van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (noodgedwongen) zijn geëvolueerd naar concurrerende economische markspelers. In het licht van dit rechtshistorisch onderzoek doet die 'economische' evolutie in de doelstellingen van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die de voorbije eeuw plaatsvond, toch enigszins verbazen. Vóór de grondwettelijke verankering van het verenigingsrecht van gemeenten in 1921, was intergemeentelijke samenwerking zowaar niet toegelaten met als één van de voornaamste argumenten dat gemeenten zich zo commercieel zouden uitlaten. Sinds de beginjaren van intercommunalisatie werd uitvoerig benadrukt dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband met een commerciële hoofddoelstelling nooit kan worden goedgekeurd. Het 'gemeentelijk belang' werd restrictief ingevuld (zie meer *infra* nr. 278 e.v.).

De rechtshistorische analyse maakt duidelijk dat de hybriditeit van het doel van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zich niet in de organieke regelgeving zelf situeert, maar wel in het feit dat tal van intercommunales zowel in de publieke als (voornamelijk) in de private sector optreden, gecombineerd met het feit dat de wetgever een duidelijke visie had op het niet toegelaten zijn van overwegend commerciële doelstellingen en activiteiten. Het is dan ook minstens opvallend dat de wetgever qua doelstellingen en activiteiten nauwelijks aanpassingen doorvoerde, en dit ondanks de evolutie die zich voordeed in de praktijk. Enkel de Vlaamse decreetgever deed in 2001 een vermeldenswaardige

aanpassing: het DIS voorzag dat de Vlaamse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden niet langer meervoudige doelstellingen konden betrachten. Om de daardoor rijzende overdreven machtsconcentratie en de sluipende evolutie naar een feitelijke bestuurslaag te remediëren, kunnen enkel nog doelstellingen worden verwezenlijkt die behoren tot één of meer inhoudelijk samenhangende beleidsdomeinen. In 2016 werd deze verplichting tot het aanhouden van doelstellingen die tot inhoudelijk samenhangende beleidsdomeinen behoren, echter al snel teruggeschroefd aangezien de decreetgever het niet wenselijk vond dat er voor elk maatschappelijk probleem een nieuw samenwerkingsverband werd opgericht met als gevolg dat 'de beslissingsstructuren soms ver af staan van de rechtstreeks verkozen gemeenteraden'.

❖ Toezicht

170. Tot slot werd ook het indicatief criterium van het toezicht bestudeerd per periode in de wetgevingsgeschiedenis. De belangrijkste bevinding daarbij is dat de wetgever al sinds het begin altijd veel belang hechtte aan het toezicht op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.

De specifieke wetten aan het eind van de 19^e en begin van de 20^{ste} eeuw schreven reeds uitdrukkelijk een goedkeuringstoezicht voor op de oprichting van intercommunales. Ook op het handelen van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden werd er toezicht voorzien in de vorm van machtigingen, kennisgevingen en goedkeuringen. In de wet van 1 maart 1922 werd er een algemeen toezicht voorzien. De wetgever legde een groot vertrouwen in en een aanzienlijke verantwoordelijkheid bij de overheid als toezichthouder in de hoop dat zij geen intercommunales zou goedkeuren met 'een volledig commercieel karakter'. Als het intergemeentelijk samenwerkingsverband niet van onontbeerlijk belang voor de burger werd geacht, werd er van de toezichthoudende overheid verwacht dat deze zich om opportunitaire redenen tegen de oprichting van 'konkurrerende interkommunales' zou verzetten. In de periode tussen beide kaderwetten werd er redelijk wat gesleuteld aan het toezicht. De regering ging via koninklijke besluiten en omzendbrieven over tot verdere organisatie van het toezicht. Zo werd bijvoorbeeld de financiële toezichtstaak van de bestendige

deputatie verduidelijkt, werd er een bekendmakingsplicht van de statuten ingevoerd, werd de oprichtingstermijn beperkt, en zag de figuur van de regeringscommissaris het levenslicht.

Waar het toezicht dus decennialang een cruciale rol kreeg toebedeeld, koos de wetgever er in de wet van 22 december 1986 voor om het toezicht te verlichten in combinatie met de democratisering van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en bijhorende versterking van de gemeenteraad. De Waalse decreetgever zou op dit élan verder gaan, maar kwam hier de laatste jaren wat op terug om juridisch in te spelen op verschillende schandalen met intercommunales. Ook de Vlaamse decreetgever versterkte met het DLB het toezicht op bijvoorbeeld de participatie door intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in private bedrijven, maar maakte recent – opvallend genoeg – een rare sprong. In zijn initiatief inzake regiovorming kiest de Vlaamse decreetgever ervoor om het bestuurlijk toezicht op intergemeentelijke samenwerkingsverbanden binnen bepaalde referentieregio's eenvoudigweg af te schaffen.

171. Uit het rechtshistorisch onderzoek blijkt dus dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zich eigenlijk al sinds de eerste wetgevende initiatieven op het grensvlak van het publiekrecht en het privaatrecht en van de publieke en private sector bevinden. De creatie van *sui generis*-rechtsvormen, de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon, de organisatie van een bestuurlijk toezicht, het beschouwen als verlengstuk van de gemeenten, het toekennen van een onteigeningsbevoegdheid, de verplichting om het gemeentelijk belang te behartigen, de analoge toepassing van de fiscale vrijstelling voor gemeenten, ... Al deze elementen wijzen op een verregaande publiekrechtelijke benadering door de wetgever. Anderzijds is er wat de rechtsvorm betreft de wetgevingstechniek van verwijzing naar het vennootschapsrecht, grijpt de wetgever terug naar begrippen uit het handelsrecht om de intercommunale aan de toepassing van datzelfde recht te onttrekken, is er de mogelijkheid tot private deelname en tot participatie in private bedrijven, zijn tal van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden actief als concurrerende economische spelers op de markt, is de boekhouding van ondernemingen van toepassing op de

DEEL I – De geschiedenis van intergemeentelijke samenwerking: rechtshistorische analyse

intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, ... Deze factoren illustreren tegelijkertijd een aanzienlijke private invloed.

Samengevat streefde de wetgever sinds het ontstaan van de intercommunalisatie aan het eind van de 19^e eeuw duidelijk geen zuivere scheiding na van beide rechtstakken. Zowel de hybride juridische uitwerking als de commerciële doelen van velerlei intercommunales, plaatsen de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden de voorbije eeuw zowel in het publiekrecht als in het privaatrecht, en zowel in de publieke als in de private sector. Het rechtshistorisch onderzoek verduidelijkte dat de hybriditeit varieert doorheen de tijd, tussen de gewesten, en naargelang de wetgeving. De subonderzoeksvraag welke evolutie de organieke regelgeving omtrent intergemeentelijke samenwerking sinds de Belgische onafhankelijkheid kende en in welke mate er daarbij sprake was van hybriditeit, is met andere woorden beantwoord.

DEEL I – De geschiedenis van intergemeentelijke samenwerking: rechtshistorische analyse

DEEL II – ONDERZOEK NAAR DE HYBRIDITEIT VAN INTERGEMEENTELIJKE SAMENWERKINGSVERBANDEN

"L'importance croissante de l'activité économique du secteur public a pour effet naturel de réduire dans la pratique la différence entre le statut juridique des entreprises publiques et celui des entreprises privées."

– VAN GERVEN, Journal des tribunaux, 1979

Hoe krijgt het intergemeentelijk samenwerkingsverband in de drie gewesten een hybride invulling (in de organieke regelgeving) en welke problemen veroorzaakt de hybriditeit?

172. Opbouw – Dit proefschrift focust op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die zijn geklemd tussen publiek- en privaatrecht en tussen overheid en onderneming. Waar het eerste deel een blik wierp op het verleden, betreft het tweede deel van dit proefschrift het vigerend recht. De hybriditeit van het intergemeentelijk samenwerkingsverband zoals die tegenwoordig voorkomt, wordt in dit deel geanalyseerd en geëvalueerd. Hiertoe wordt in eerste instantie vertrokken van de organieke regelgeving door te onderzoeken welke 'publiekrechtelijke' en 'privaatrechtelijke' elementen er in de Vlaamse, Waalse en Brussels Hoofdstedelijke organieke regelgeving zijn vervat die het intergemeentelijk samenwerkingsverband op een hybride wijze boetseren. Naast de hybriditeit die rechtstreeks voortkomt uit de organieke regelgeving wordt het hybride bestaan van het intergemeentelijk samenwerkingsverband mede ingegeven door een aantal 'publieke' en 'private' elementen buiten deze gewestelijke organieke bepalingen om, aangestuurd door onder meer commercialisering, Europeanisering en federalisering.

De hybriditeit van de intergemeentelijke samenwerking wordt geanalyseerd en geëvalueerd in drie hoofdstukken die zijn gebaseerd op de 'indicatieve criteria' die zijn bestudeerd in het rechtshistorisch deel van dit proefschrift. Dit zijn (1.) de

aard en het karakter van het intergemeentelijk samenwerkingsverband, (2.) de (suppletieve) rol van het vennootschapsrecht bij de *sui generis*-rechtsvorm, en (3.) het doel en de activiteiten en de daar bijhorende verplichting om het gemeentelijk belang te behartigen. De keuze voor deze drie componenten is gebaseerd op de moeilijkheden die de hybriditeit ten aanzien van deze drie criteria doet rijzen. In elk hoofdstuk wordt er telkens nagegaan hoe de intercommunale op een hybride wijze is ontworpen (analyse) en worden de problemen uitgewerkt die de hybriditeit impliceert (evaluatie). In de evaluatie wordt onderzocht of het intergemeentelijk samenwerkingsverband zoals het op vandaag bestaat en juridisch wordt benaderd nog overeenstemt met de *ratio legis* die aan de grondslag ligt van het hybride organiek kader omtrent intergemeentelijke samenwerking. Het derde deel wordt afgesloten met een samenvattende conclusie en een antwoord op de subonderzoeksvraag (4.).

1. De aard en het karakter van het intergemeentelijk samenwerkingsverband

"L'absence de caractère commercial des intercommunales a pour effet de les soustraire en principe aux effets de la loi commerciale et donc à la compétence du tribunal de commerce."

– VANHAEVERBEEK, Les intercommunales, 1988

173. Opbouw – Het eerste hoofdstuk betreft de aard en het karakter van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. De regelgever schrijft enerzijds voor dat de intercommunale 'geen handelskarakter' heeft (1.1.) en, anderzijds, kwalificeert hij de intercommunale uitdrukkelijk als een 'publiekrechtelijke rechtspersoon' (1.2.). In dit hoofdstuk worden beide kwalificaties achtereenvolgens onderzocht en worden de belangrijkste (overkoepelende) bevindingen samengevat in een tussentijdse conclusie (1.3.).

1.1. 'Geen handelskarakter'

174. Wettelijke kwalificatie – De wetgever koos er in het verleden al verschillende keren voor om de rechtsaard van (de verbintenissen van) overheidsondernemingen te benoemen. Zo kwalificeerde de wetgever bepaalde verbintenissen van overheidsondernemingen als daden van koophandel, ook al werd er geen winsttoogmerk mee nagestreefd.⁸⁸¹ Anderzijds is de wetgever ook in de omgekeerde richting uitdrukkelijk gaan bepalen dat (verbintenissen van) overheidsondernemingen een burgerlijk karakter hebben, "ook wanneer zij handelingen verrichten of een activiteit uitoefenen die door de wet als een daad

⁸⁸¹ Dit is onder meer het geval voor de autonome overheidsbedrijven (vb. Belgacom, bpost, de NMBS), bepaalde NV's van publiek recht (vb. de Nationale Loterij), de effectenbeursvennootschappen, enz. Voor een uitgebreide opsomming van een aantal concrete voorbeelden met bijhorende wettelijke grondslag, zie G. BALLON, "Commentaar bij art. 1 W. Kh.", *OHRA* 2008, afl. 41, (1) 17, vn. 1; E. DIRIX, R. STEENNOT en H. VANHEES, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen, tiende editie*, Mortsel, Intersentia, 2014, 4 en G. SCHRANS, "Levend en herlevend recht rond het winsttoogmerk", *TPR* 1986, (669) 688-689.

van koophandel worden aangemerkt (...)".⁸⁸² Een derde mogelijkheid is dat de wetgever zich eenvoudigweg niet over het karakter van de (verbintenissen van een) overheidsonderneming uitlaat.

De wetgever – en later de decreetgever en ordonnantiegever – opteerde ten opzichte van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voor de voormelde tweede aanpak. Zowel artikel L1512-6, §1 van de CDLD⁸⁸³ als artikel 54 van de ordonnantie van 5 juli 2018⁸⁸⁴, voorzien dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden 'geen handelskarakter' of 'geen commercieel karakter' hebben. Toen ik deze kwalificatie onderzocht, voorzag artikel 397, tweede lid van het DLB⁸⁸⁵ eveneens nog dat de verbintenissen van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden 'geen handelskarakter' hebben.⁸⁸⁶ Intussen besloot de Vlaamse decreetgever met artikel 92, 1° van het decreet van 16 juli 2021 tot wijziging van diverse decreten, wat betreft versterking van de lokale democratie, om de bepaling in artikel 397, tweede lid van het DLB dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden 'geen handelskarakter' hebben, op te heffen. Een naar mijn mening niet weloverwogen beslissing (zie meer *infra* nr. 191).

⁸⁸² G. SCHRANS, "Levend en herlevend recht rond het winstoogmerk", *TPR* 1986, (669) 688-689; W. VAN GERVEN, "Égalité des entreprises privées et publiques devant la loi belge", *JT* 1979, (241) 244; voorbeelden zijn onder meer de verbintenissen van bepaalde NV's van publiek recht, de SERV, de burgerlijke bosgroeperingsvennootschappen, enz., zie G. BALLON, "Commentaar bij art. 1 W. Kh.", *OHRA* 2008, afl. 41, (1) 17, vn. 2 en 3; zie ook E. DIRIX, R. STEENNOT en H. VANHEES, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen, tiende editie*, Morsel, Intersentia, 2014, 4: "In bepaalde gevallen heeft de wetgever het burgerrechtelijk karakter van overheidsondernemingen die (nochtans) objectieve daden van koophandel stellen, bevestigd. Dit is o.m. het geval voor de samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid tussen twee of meer gemeenten, opgericht krachtens het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking."

⁸⁸³ Art. L1512-6, §1, eerste-derde lid CDLD: "Quel que soit leur objet, les associations de projet et les intercommunales exercent des missions de service public et à ce titre sont des personnes morales de droit public. Elles n'ont pas un caractère commercial. Le caractère public des associations de projet et des intercommunales est prédominant dans leurs rapports avec leurs associés, leurs agents et tout tiers ainsi que dans toute communication interne ou externe."

⁸⁸⁴ Art. 54 ordonnantie van 5 juli 2018: "Intercommunales zijn publiekrechtelijke rechtspersonen. Zij hebben geen commercieel karakter."

⁸⁸⁵ Art. 397, tweede lid DLB: "Ongeacht de doelstellingen van het samenwerkingsverband hebben zijn verbintenissen geen handelskarakter."

⁸⁸⁶ Een nuanceverschil in formulering was dat het Vlaamse decreet voorzag dat het *de verbintenissen* van het intergemeentelijk samenwerkingsverband zijn die geen 'handelskarakter' hebben, terwijl het Waalse decreet en de ordonnantie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest voorzien dat het *de intercommunale* zélf is die geen commercieel karakter of handelskarakter (*pas un caractère commercial*) heeft.

175. Evolutie naar een ondernemingsrecht – De vraag rijst wat 'geen commercieel karakter' of 'geen handelskarakter' op vandaag betekent. De laatste jaren is er immers wetgeving in werking getreden die een impact (kan) hebben op die bepaling omtrent het handelskarakter. Met de wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht⁸⁸⁷ (hierna: wet hervorming ondernemingsrecht) is het handelsrecht *an sich* 'verdwenen' en opgegaan in het ondernemingsrecht. Van belang is dat er in diezelfde wet afstand werd gedaan van begrippen als 'handelaar' (*commerçant*) en 'daden van koophandel' (*actes de commerce*) en dat de overstap werd gemaakt naar een ondernemingsbegrip. Ook werd het onderscheid tussen de 'burgerlijke vennootschap' en de 'handelsvennootschap' opgeheven en werden de nodige aanpassingen uitgewerkt in het wetboek van vennootschappen en verenigingen van 23 maart 2019 (hierna: WVV).⁸⁸⁸

Hoewel de voormelde begrippen voortaan niet meer terug te vinden zijn in de nieuwe regelgeving, hanteren de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 nog steeds het begrip 'geen handelskarakter' ten aanzien van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden – en dit begrip duikt bovendien ook nog steeds op in verschillende andere wetten en decreten.⁸⁸⁹ Door dit terugrijpen naar het privaatecht is er mogelijk sprake van een *clash* tussen het oude (decretale en organieke) recht over de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en het nieuwe ondernemings- en vennootschapsrecht. Bij de totstandbrenging van de voormelde federale wetgeving lijkt er *quasi* geen rekening te zijn gehouden met de publieke sector. De vraag rijst dan ook wat het gevolg is van de inwerkingtreding van de nieuwe (federale) regelgeving voor de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Welke invulling dient 'geen handelskarakter' nu te krijgen? Kan er nog worden gesproken over het al dan niet hebben van een

⁸⁸⁷ BS 27 april 2018.

⁸⁸⁸ BS 4 april 2019.

⁸⁸⁹ Zie bijvoorbeeld art. 30, §1, tweede lid van het decreet van 15 juli 1997 houdende de Vlaamse Wooncode, BS 19 augustus 1997: "*De VMSW heeft rechtspersoonlijkheid en zal, zonder haar burgerlijk karakter te verliezen, in de vorm van een naamloze vennootschap worden opgericht.*" en artikel 40, §2 van hetzelfde decreet: "*De sociale huisvestingsmaatschappijen nemen, zonder hun burgerlijk karakter te verliezen, de vorm aan van coöperatieve of naamloze vennootschappen met een sociaal oogmerk. Het Wetboek van vennootschappen is van toepassing op die maatschappijen voorzover daarvan niet wordt afgeweken in de Vlaamse Wooncode of in de statuten.*".

'handelskarakter'? In welke mate zorgt 'geen handelskarakter' nog voor de onttrekking van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden aan commerciële bepalingen? De Vlaamse decreetgever nam reeds initiatief door het huidig organiek kader te conformeren aan het nieuwe ondernemingsrecht, maar moeten de decreet- en ordonnantiegever, hun bestuurlijke organisatievrijheid indachtig, überhaupt reageren op voormelde nieuwe wetten door het organiek kader aan te passen aan de recente hervormingen?

Hieronder wordt de invulling van de notie 'geen handelskarakter' (1.1.1.) en de nuancering van dit begrip door het ondernemingsbegrip (1.1.2.) uiteengezet. Daarna volgt de impact van voormelde hervormingen op de bepaling dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geen handelskarakter hebben (1.1.3.). Ten slotte wordt er onderzocht wat het feit dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden 'geen handelskarakter' hebben op vandaag betekent (1.1.4.)

1.1.1. Betekenis van 'geen handelskarakter'

176. Van 'burgerlijk karakter' naar 'geen handelskarakter' – Uit het rechtshistorisch onderzoek kwam reeds naar voren dat de bestaande bepaling dat (de verbintenissen van) intergemeentelijk samenwerkingsverbanden 'geen handelskarakter' hebben, tot aan de jaren tachtig van de vorige eeuw anders werd ingevuld. Waar de huidige regelgeving het heeft over 'geen handelskarakter' (*pas un caractère commercial*), werd er in het verleden over een 'burgerlijk karakter' (*caractère civil*) gesproken. Reeds aan het begin van de twintigste eeuw bepaalden een aantal specifieke wetten dat de intercommunale een burgerlijk karakter heeft.⁸⁹⁰ Volgens de memorie van toelichting bij de specifieke wet van 18 augustus 1907 betreffende de vereenigingen van gemeenten en particulieren

⁸⁹⁰ Art. 4 wet van 1 juli 1899 betreffende de vereenigingen van gemeenten en provinciën tot het beheer van buurtspoorwegen, *BS* 7 juli 1899: "La société jouira, sans perdre son caractère civil, des avantages accordés par la loi aux sociétés commerciales"; art. 2 van de specifieke wet van 18 augustus 1907 betreffende de vereenigingen van gemeenten en particulieren tot het inrichten van waterleidingen, *BS* 5 september 1907: "La société est constituée dans la forme des sociétés anonymes ou des sociétés coopératives et jouit, sans perdre son caractère civil, des avantages accordés par la loi aux sociétés commerciales."

tot het inrichten van waterleidingen betekent het hebben van een 'burgerlijk karakter' dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband geen handelsvennootschap is, maar een maatschappelijke organisatie die als rechtszoekende onderworpen is aan de burgerlijke rechtbanken en dat het de vorm van handelsvennootschap louter aanneemt om zijn werking te vergemakkelijken.⁸⁹¹

De eerste algemene kaderwet van 1 maart 1922 omtrent de vereniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, voorzag in haar artikel 5, 1^o, tweede lid eveneens dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband haar burgerlijk karakter niet verliest, ondanks de overeenstemming van haar statuten met de handelswetten.⁸⁹² De voorbereidende werken verduidelijkten niet wat het 'burgerlijk karakter' inhoudt, maar de rechtsleer kwam hieraan tegemoet: "*Ces mots signifient simplement qu'elle ne pourra jamais être assimilée à une société commerciale.*".⁸⁹³ Ook ORIANNE interpreteert 'het burgerlijk karakter' van de intercommunale als 'het niet-commercieel karakter': "*(...) sans que celle-ci perde son caractère civil (c'est-à-dire non commercial).*".⁸⁹⁴ Volgens BUTTGENBACH kan de intercommunale door haar burgerlijk karakter niet worden bestempeld als een burgerlijke vennootschap, maar kan zij eenvoudigweg nooit worden gelijkgesteld met een '*société commerciale*' – of dus met een handelsvennootschap. Volgens BUTTGENBACH ontsnappen geschillen die rijzen hierdoor aan de bevoegdheid van de handelsrechter.⁸⁹⁵ BEELEN, DE CUYPER en DRIESSEN onderschrijven die

⁸⁹¹ "*Ces mots signifient que les sociétés de distribution d'eau ne seront pas des sociétés commerciales. Elles formeront des sociétés civiles, justiciables des tribunaux civils, n'ayant la forme des sociétés commerciales que pour la facilité de leur fonctionnement.*" in MvT bij le projet de loi relatif aux associations de communes et de particuliers pour l'établissement de services de distribution d'eau, *Parl.St.* Kamer 1906-07, nr. 124, 8; *Pasin.* 1907, 204.

⁸⁹² Art. 5, 1^o, tweede lid: "*Les statuts sont conformes aux prescriptions des lois commerciales pour autant qu'il ne soit pas nécessaire d'y déroger en raison de la nature spéciale des associations et sans que l'association perde son caractère civil.*".

⁸⁹³ X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 199 en 203; zie ook J. DE BECKER en A. DE BECKER, *Les Communes belges devant le problème économique*, Brussel, Comité Central Industriel de Belgique, 1936, 75.

⁸⁹⁴ P. ORIANNE, "L'intercommunale: un service public" in E. CEREXHE, A. COOLS, X. DELGRANGE, M. DUMONT, B. JURION, P. ORIANNE en J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales. Actes du colloque du 18 novembre 1988*, Brugge, die Keure, 1989, (31) 32.

⁸⁹⁵ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 165.

begripsinvulling door te stellen dat dit 'burgerlijk karakter' niet betekent dat de intercommunale een burgerlijke vennootschap is, maar wel dat zij een vereniging van administratief recht is die contractuele handelingen stelt waardoor geschillen niet voor de handelsrechtbank maar voor de Raad van State worden gebracht.⁸⁹⁶ BUTTGENBACH gaat bovendien nog een stap verder in de kwalificatie door te stellen dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, ongeacht de vorm die zij aannemen, openbare diensten en openbare organen blijven, beheerd door en vallend onder het toezicht van de overheid: "*Quelle que soit cette forme – et même lorsque l'intercommunale est constituée en société commerciale, anonyme ou coopérative, – elle demeure un service et un organisme public, géré par les pouvoirs publics et dont ceux-ci doivent conserver la maîtrise.*" (eigen onderlijning).⁸⁹⁷ Hij stelt dat de intercommunale geen private onderneming is ("*[o]n ne conçoit d'ailleurs pas une entreprise privée*"⁸⁹⁸) en dat de overheid controle heeft over haar creatie en haar ontbinding en toezicht uitoefent op de manier zoals voorzien in de wet van 1 maart 1922. DE CLERCK formuleert het als volgt: "*De interkommunale, als rechtspersoon, staat buiten het privaat recht; ze is een vereniging van administratief recht (...). Waar de kaderwet bepaalt dat 'de interkommunale (ondanks de handelsvennootschapsvorm) haar burgerlijke karakter niet verliest', heeft dit letterlijk beschouwd weinig betekenis, tenzij de tussengemeentelijke vereniging, ten onrechte, in de privaatrechtelijke sfeer zou worden ondergebracht. Het behoud van het burgerlijk karakter heeft slechts zin wanneer naar de kontraktuele handelingen, gesteld door de interkommunale, wordt verwezen. Er wordt dus beter vooropgesteld dat de handelsvennootschapsvorm van een intercommunale geen handelsrechtelijke gevolgen met zich zal meebrengen (...)" (eigen onderlijning).⁸⁹⁹*

Het niet-aangenomen wetsontwerp Vermeylen voorzag in de jaren vijftig van de vorige eeuw dat "*[i]ntercommunale verenigingen (...) rechtspersonen naar*

⁸⁹⁶ B. BEELEN, G. DE CUYPER en H. DRIESSEN, "De intercommunale vandaag en morgen", *Jura Falc.* 1977-1978, (187) 190.

⁸⁹⁷ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 166.

⁸⁹⁸ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 166.

⁸⁹⁹ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 67-68.

*publiekrecht [zijn]. Welke juridische vorm zij ook mogen aannemen, steeds zijn zij onderworpen aan deze wet en hebben hun verbintenissen een burgerlijk karakter."*⁹⁰⁰ Relevant voor ons is dat de memorie van toelichting bij het wetsontwerp toen verduidelijkte dat 'burgerlijk karakter' en 'geen handelskarakter' dezelfde lading dekken, door voorop te stellen dat "(...) *hun verbintenissen geen handelskarakter hebben, welke vorm zij als vereniging ook mogen aannemen.*"⁹⁰¹

Met de kaderwet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales bouwde de wetgever voort op de aanzet van het wetsontwerp Vermeylen en koos hij ervoor om af te stappen van het begrip 'burgerlijk karakter' omdat dit begrip ruimte liet voor discussie over zijn invulling. Voortaan voorzag artikel 3 dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, ongeacht hun vorm en hun doel, *geen handelskarakter* hebben. Tijdens de voorbereiding van de wet van 22 december 1986 bestond er echter ook onduidelijkheid over de betekenis van 'geen handelskarakter'. De minister van Binnenlandse Zaken verduidelijkte dat "*aangezien de intercommunales diensten zijn van algemeen belang (openbare dienst), (...) zij niet als 'handelaar' [kunnen] worden aangezien. Ze kunnen echter wel handelsdaden stellen, vermits zij elektriciteit, gas, water e.d. verkopen.*" (eigen onderlijning). Volgens de minister laat de rechtspraak toe dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden daden stellen die van nature uit handelsdaden zijn, aangezien het voorwerp van hun activiteiten het vervullen van hun grondwettelijk taak blijft "*door procedures die eigenlijk middelen zijn om doeleinden van algemeen nut te kunnen realiseren.*"⁹⁰² Opvallend is dat die bewering van de minister een *quasi* letterlijke overname is van één van de overwegingen van het Hof van Cassatie in het principiële arrest van 6 april 1922 (zie *supra* nr. 44).

De rechtspraak en rechtsleer scheppen ook hier verdere verduidelijking. Het Hof van Cassatie oordeelde in 2001 dat een "*intercommunale met het statuut van een*

⁹⁰⁰ Art. 2 wetsontwerp Vermeylen.

⁹⁰¹ MvT bij het wetsontwerp betreffende de intercommunale verenigingen, *Parl.St.* Kamer 1957-58, nr. 936/1, 5.

⁹⁰² Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 125/11, 50.

*burgerlijke coöperatieve vennootschap, geen handelaar is, nu haar statuut geregeld wordt door artikel 3 van de Wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales waarin uitdrukkelijk is bepaald dat zij 'geen handelskarakter' hebben".*⁹⁰³ Volgens VANHAEVERBEEK houdt dit nieuwe begrip in dat "*elles n'ont pas la qualité de commerçante et qu'elles ne pourront jamais être assimilées à des sociétés commerciales.*".⁹⁰⁴ Hij stelt dat "*[l']absence de caractère commercial des intercommunales a pour effet de les soustraire en principe aux effets de la loi commerciale et donc à la compétence du tribunal de commerce.*".⁹⁰⁵ Dezelfde auteur stelt vreemd genoeg ook dat dit begrip de bevoegdheid van de handelsrechtbank niet belet.⁹⁰⁶ Hierbij verwijst hij echter naar het arrest van het Hof van Cassatie van 17 februari 1938 (zie *supra* nr. 89), dat intussen achterhaald is door het arrest van het Hof van Cassatie van 21 april 1966. TILQUIN verduidelijkt dit begrip en nuanceert het terzelfdertijd door te stellen dat de gevolgen van dergelijke kwalificatie niet steeds worden gerespecteerd.⁹⁰⁷ Volgens PEETERS is

⁹⁰³ Cass. 25 oktober 2001, *RCJB* 2004, 165-166; zie ook Cass. 27 maart 2003, <https://www.cass.be/>: "Overwegende dat artikel 5, § 1, van het decreet van het Waalse gewest van 5 december 1996 betreffende de Waalse intercommunales bepaalt dat de intercommunales ongeacht hun doel openbare taken vervullen en als zodanig publiekrechtelijke rechtspersonen zijn; dat die bepaling verder preciseert dat de intercommunales geen handelskarakter hebben; Dat daaruit volgt dat die intercommunales niet de hoedanigheid van koopman hebben, ook al stellen zij daden die de wet als daden van koophandel aanmerkt" (eigen onderlijning).

⁹⁰⁴ J. VANHAEVERBEEK, "La nouvelle législation nationale et régionale" in E. CEREXHE, A. COOLS, X. DELGRANGE, M. DUMONT, B. JURION, P. ORIANNE en J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales. Actes du colloque du 18 novembre 1988*, Brugge, die Keure, 1989, (50) 58.

⁹⁰⁵ J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales*, Brussel, Nemesis, 1988, 74.

⁹⁰⁶ "*Cependant, cette proclamation expresse de la loi ne constitue pas un obstacle à l'accomplissement par l'intercommunale, avec toutes les conséquences qui en découlent, en ce compris la compétence du tribunal de commerce, des actes qualifiés commerciaux par l'article 2 du code de commerce.*" (eigen onderlijning) in J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales*, Brussel, Nemesis, 1988, 74.

⁹⁰⁷ T. TILQUIN, "Le rôle des intercommunales dans le secteur économique", *Rev.dr.ULB* 1995, (41) 48-49: "*Une partie de la doctrine déduit une série de conséquences de l'absence de nature commerciale de l'intercommunale: elle n'est pas susceptible d'être déclarée en faillite, elle ne doit pas s'inscrire au registre de commerce, elle n'est pas justiciable des tribunaux de commerce, elle ne se voit pas appliquer les règles des contrats commerciaux ou de la solidarité passive propre au droit commercial, et elle ne peut se voir opposer la courte prescription instituée à l'égard des commerçants ou appliquer les règles du gage commercial, des baux commerciaux, etc. Ces conséquences de l'analyse classique ne semblent pas toujours suivies: certains tribunaux de commerce se sont déclarés compétents pour connaître d'actions dirigées contre une intercommunale; la brève prescription visée par l'article 2272 du Code Civil a été appliquée à un fournisseur de courant électrique à un particulier, etc.*" (eigen onderlijning).

"[e]en intercommunale (coöperatieve) vennootschap in de zin van de Wet van 1 maart 1922 (...) geen handelaar, niet omdat het winstoogmerk ontbreekt, maar wel omdat art. 5, 1^o, tweede lid van die wet bepaalt dat die vennootschap haar burgerlijk karakter niet verliest" (eigen onderlijning).⁹⁰⁸

Voor de volledigheid valt het te vermelden dat er in 1986 een amendement werd ingediend ten aanzien van deze bepaling. Dit amendement voorzag het volgende: "[v]oor zover de coöperatie van de gemeenten, waarvan het statutair doel of de werkelijke activiteit daden van koophandel behelst, privaatrechtelijke personen concurrentie kan aandoen, heeft ze een handelskarakter zelfs indien zij zonder winstoogmerk handelt."⁹⁰⁹ De indiener van het amendement verantwoordde dit amendement door te stellen dat men "de werkelijkheid niet [mag] negeren. Tal van verenigingen van gemeenten oefenen een handelsactiviteit uit. Dit amendement wil hierin tot klaarheid komen en de vrije mededinging toelaten.". Het amendement werd verworpen, maar de redenering die erachter schuilt is anno 2022 actueler dan ooit (zie *infra* DEEL III).

Sinds de integrale defederalisering van de bevoegdheid voor intergemeentelijke samenwerking in 1993, hebben de drie gewesten deze bepaling – naar het lijkt blindelings – overgenomen, dit bovendien los van enig bevoegdheidsvraagstuk.⁹¹⁰ De betekenis lijkt niet te zijn gewijzigd. Ook onder het DIS hadden de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid volgens DEBIÈVRE "(...) geen hoedanigheid van handelaar; er is een principiële niettoepasselijkheid van het handelsrecht."⁹¹¹ Niet enkel in de vermelde

⁹⁰⁸ B. PEETERS, *De continuïteit van het overheidsondernemen: een begrippenanalyse en een kritiek op de uitvoeringsimmuniteit*, Antwerpen, Maklu, 1989, 278-279, vn. 399.

⁹⁰⁹ Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Aangelegenheden, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/2, 49.

⁹¹⁰ Op de opname van de bepaling dat (de verbintenissen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geen handelskarakter hebben in de gewestelijke regelgeving maakte de Raad van State in haar advies bij de drie gewestelijke regelgevingen geen opmerkingen omtrent de bevoegdheidsverdeling tussen de federale en de deelstatelijke regelgever; zie ook *infra* over de bevoegdheidskwestie.

⁹¹¹ J. DEBIÈVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, (91) 127; zie ook art. 11, tweede lid DIS.

bestuursrechtelijke doctrine, maar ook in de handelsrechtelijke bijdragen werd die kwalificatie eveneens verduidelijkt en werd die begripsinvulling bijgetreden.⁹¹²

Samengevat werd in de loop der jaren verduidelijkt dat 'geen handelskarakter' betekent dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband een openbare dienst is die niet als handelaar kan worden beschouwd. Ze kan nooit worden gelijkgesteld met een handelsvennootschap – ondanks het feit dat ze wel daden van koophandel kan stellen, haar verbintenissen ontsnappen aan de bevoegdheid van de handelsrechter en het vennootschapsrecht wordt slechts als louter middel gehanteerd om haar werking bij de realisatie van haar doelstellingen van algemeen belang te vergemakkelijken. Dit begrip is duidelijk ingegeven door de wens van de wetgever om het intergemeentelijk samenwerkingsverband nooit of te nimmer als commerciële vennootschap, en dus als handelaar, te beschouwen en om haar te onttrekken aan de toepassing van commerciële bepalingen. Hieronder zal blijken dat dit oogmerk intussen op de proef wordt gesteld.

177. Gevolgen van handelaar zijn – Het gegeven dat het handelsrecht intussen niet langer bestaat even buiten beschouwing gelaten, betekende het feit dat een entiteit een handelskarakter heeft dat die entiteit als handelaar diende te worden beschouwd, waardoor het handelsrecht toepassing vond. De bijzondere verplichtingen waarover het gaat en waaraan een natuurlijke persoon en

⁹¹² J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1976, 347; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, II, Brussel, Bruylant, 1957, 185: "[m]ême si l'entreprise qu'elles exploitent est par sa nature ou son objet commerciale, l'association sera civile. Les obligations contractées par elle ne seront donc pas commerciales; les litiges auxquels elles donneraient lieu ne seront pas de la compétence des tribunaux de commerce; les règles de la preuve, à l'égard de ces associations, seront celles du droit civil. Mais l'article 5 n'entraîne pas l'incapacité, pour une association intercommunale, d'accomplir, dans le cadre de son objet social, des actes de commerce par nature (...), dont les conséquences seront régies par le droit commercial."; G. SCHRANS, "Levend en herlevend recht rond het winstoogmerk", *TPR* 1986, (669) 680: "Zij werd immers opgericht krachtens de wet van 1 maart 1922, welke wet bepaalt dat intercommunale verenigingen een burgerrechtelijk karakter bezitten zodat zij, per definitie, geen handelaar kunnen zijn."; H. DE WULF, "Titel I. Algemeen handelsrecht", *TPR* 2015, afl. 1, (114) 122-123: "[Intercommunales][z]ijn geen handelaar: (...) zij hebben per definitie een burgerlijk karakter en het feit dat zij objectieve daden van koophandel stellen en van de vorm van een handelsvennootschap gebruik maken om hun doelstellingen te bereiken, verandert daar niets aan. Het akkoord van een intercommunale om een geschil voor de rechtbank van koophandel te laten beslechten, betekent niet dat zij erkent handelaar te zijn."

rechtspersoon met een handelaarsstatuut waren onderworpen, zijn onder meer de inschrijving in het handelsregister, het voeren van een boekhouding en de verplichtingen inzake girale betalingen (waaronder houder zijn van een rekening bij een financiële instelling). Zij moesten een aansluiting hebben bij een sociale verzekeringskas en hadden bepaalde fiscale verplichtingen. Daarnaast waren handelaars onderworpen aan de bijzondere bewijsregeling en bepaalde vermoedens (onder meer vermoedens van hoofdelijkheid). Het gebrek aan een handelaarsstatuut hield *a contrario* in dat het handelsrecht, met de daarbij horende verplichtingen, niet van toepassing was op die entiteiten.⁹¹³ Uitvoeringsmaatregelen als het faillissement en het gerechtelijk akkoord waren bovendien evenmin mogelijk voor de entiteiten met een burgerlijk karakter, net als de gerechtelijke bevoegdheidsregeling (nl. bevoegdheid handelsrechter).⁹¹⁴

Concreet ontsnapten intergemeentelijke samenwerkingsverbanden door hun gebrek aan handelskarakter in principe aan de toepassing van al die commerciële bepalingen. MAES stelt dit uitdrukkelijk voorop: "*Uit het afwezig zijn van het handelskarakter moet worden besloten dat de rechtsregeling die van toepassing is op de handelsvennootschappen en die het direct gevolg is van het feit dat deze de hoedanigheid van handelaar bezitten, niet geldt voor de intercommunales ook al hebben deze de rechtsvorm van een handelsvennootschap aangenomen. Ook onder het stelsel van de wet van 1 maart 1922 bestond daarover een ruim akkoord al werd dat toen rechtstreeks in verband gebracht met het in de wet bepaalde behoud van het burgerlijk karakter van de intercommunales. Aldus zijn de intercommunales niet verplicht zich te laten inschrijven in het handelsregister.*"

⁹¹³ Het gevolg van het feit dat de vennootschappen 'een handelaard' hebben, is volgens artikel 3, eerste paragraaf van het opgeheven W.Venn. dat zij werden beheerst door de bijzondere wetten op de koophandel: "[e]nkel de vennootschappen met handelskarakter waren onderworpen aan de regels geldend voor de kooplieden/handelaars, zoals o.m. faillissement, vrije bewijsvoering, hoofdelijkheid." in P. ERNST, "Het nieuwe vennootschapslandschap" in D. BRULOOT, P. ERNST, A. FRANCOIS, K. MARESCEAU, C. PIETTE, R. TAS en M. WYCKAERT, *De nieuwe vennootschapswet*, Mechelen, Kluwer, 2018, (1) 8-9. Op grond van de vierde paragraaf van voormeld artikel, zijn burgerlijke vennootschappen met handelsvorm vennootschappen waarvan het doel burgerlijk is, en die, zonder hun burgerlijke aard te verliezen, de rechtsvorm van een handelsvennootschap aannemen met het oog op het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid. Zij hebben niet de hoedanigheid van koopman.

⁹¹⁴ G. SCHRANS, "Levend en herlevend recht rond het winstoogmerk", *TPR* 1986, (669) 685; G. BALLON, "Commentaar bij art. 1 W. Kh.", *OHRA* 2008, afl. 41, (1) 21.

Evenmin kunnen zij in staat van faillissement verklaard worden. Ook vallen zij niet onder de toepassing van de éénjarige verjaringstermijn die tegen handelaars kan worden ingeroepen ingeval van aan niet-handelaars verkochte koopwaren." (eigen onderlijning).⁹¹⁵

178. Kritiek op 'geen handelskarakter' – In het verleden kwam er kritiek op het feit dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband geen handelskarakter heeft en bijgevolg niet is onderworpen aan de toepassing van het handelsrecht. Volgens VAN RYN en HEENEN is "*[c]e régime singulier (...) difficilement justifiable; il serait certainement plus rationnel de reconnaître un caractère commercial aux engagements des associations intercommunales exerçant une activité d'ordre économique.*".⁹¹⁶ Ook volgens TILQUIN zou een functionele benadering wellicht meer aangewezen zijn bij het onderzoek naar de economische of commerciële aard.⁹¹⁷ SCHRANS spreekt in dit kader over een ongelijke behandeling aangezien "*[a]ndere economische agenten, die nochtans een vergelijkbare, zelfs concurrerende, activiteit verrichten, (...) aan dit statuut niet [zijn] onderworpen.*".⁹¹⁸ Volgens hem vallen de gevolgen van het feit dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geen handelskarakter hebben, te "*betreuren omdat de wettelijke regeling niet coherent is. Niettemin moet de wet worden nageleefd of dan gewijzigd in de zin van de coherentie.*".⁹¹⁹ "Wanneer de wetgever uitdrukkelijk en ondubbelzinnig voorschrijft dat een bepaald type van

⁹¹⁵ Volgens MAES ontsnapt de intercommunale bovendien in principe aan de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel, zie R. MAES, "Rechtsvorm" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (343) 365-370.

⁹¹⁶ J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, II, Brussel, Bruylant, 1957, 185.

⁹¹⁷ "*Une conception de l'activité économique fondée sur le comportement des associations intercommunales sur un marché donné au regard d'une règle déterminée serait sans doute davantage susceptible de rendre compte des disparités de régime qui semblent affecter la recherche d'une nature commerciale ou économique de leur activité. L'idée d'une 'emprise' de certaines règles sur l'un ou l'autre aspect de l'activité des associations, ou d'un 'conflit' de règles, aux sens que revêt cette notion en droit international privé, est sans doute la plus adéquate pour refléter cette idée, le 'conflit' disparaissant généralement une fois que sont définies les situations que tend à appréhender chaque règle.*" in T. TILQUIN, "Le rôle des intercommunales dans le secteur économique", *Rev.dr.ULB* 1995, (41) 50-51.

⁹¹⁸ G. SCHRANS, "Levend en herlevend recht rond het winstoogmerk", *TPR* 1986, (669) 685.

⁹¹⁹ *Ibid.*, 689.

rechtspersoon een burgerrechtelijk karakter heeft, kan de rechter aan deze kwalificatie niet voorbijgaan en deze rechtspersoon als een handelaar behandelen omdat zij objectieve daden van koophandel tot voorwerp heeft. Weliswaar is de wetgever terzake niet zeer logisch. Maar dan moet de wet worden gewijzigd." (eigen onderlijning), aldus SCHRANS.⁹²⁰ GOTZEN ziet dit enigszins anders en baseert zich op een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 12 november 1974 om te stellen dat het gebrek aan handelskarakter geen afbreuk kan doen aan het feit dat de voorzitter van de rechtbank van koophandel bevoegd is in het kader van handelspraktijken. Volgens hem kan "[h]et fetisjisme van de handelaarsdefinitie uit het Wetboek van Koophandel (...) plaats maken voor een teleologisch doordachte bepaling die eerst alle privaatrechtelijke maar vervolgens ook alle publiekrechtelijke deelnemers aan het ruilverkeer kan omvatten."⁹²¹ Infra zal blijken dat de recente wijzigingen in zekere mate tegemoetkomen aan deze kritiek.

1.1.2. Nuancering van 'geen handelskarakter': het ondernemingsbegrip

179. Geen handelaar, wel onderneming – In de loop der tijd heeft de handelsrechter (vroeger de rechtbank van koophandel, thans de ondernemingsrechtbank), zich echter al verschillende keren bevoegd verklaard ten aanzien van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Dit niettegenstaande zij geen handelskarakter hebben en dat deze bepaling werd ingevoerd om hen onder meer aan de bevoegdheid van de handelsrechter te onttrekken. ALLEMEERSCH en REINGRABER stellen dat "[e]en en ander (...) allicht de deur open[zet] naar de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel voor commerciële geschillen met betrokkenheid van rechtspersonen die weliswaar onmiskenbaar economische activiteiten ontplooiën doch vanuit een publiekrechtelijke context (met een of meerdere overheden als toonaangevende aandeelhouder), zoals intercommunales. De bepalingen naar luid[t] waarvan de verbintenissen geen handelskarakter hebben, lijken op het eerste gezicht niet meer te volstaan om te beletten dat onze handelsrechtbanken kennisnemen van

⁹²⁰ *Ibid.*, 681.

⁹²¹ M. GOTZEN, "Het onttrekken van de vordering tot staken van ongeoorloofde handelspraktijken aan de alleenheerschappij van de handelaarsnotie uit het wetboek van koophandel", *RW* 1975, afl. 27, (1665) 1683-1684.

hun geschillen met (andere) ondernemingen."⁹²² Met de wet van 26 maart 2014 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties met het oog op de toekenning van bevoegdheid aan de natuurlijke rechter in diverse materies (Wet Natuurlijke Rechter)⁹²³ is de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel immers uitgebreid van 'geschillen tussen kooplieden'⁹²⁴, naar 'geschillen tussen ondernemingen', waarbij de koppeling werd gemaakt met het op dat ogenblik hervormde ondernemingsbegrip in artikel I.1, 1° van het WER. Elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen, werd sindsdien onder het ondernemingsbegrip begrepen en viel bijgevolg onder de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel. Dit ondernemingsbegrip was duidelijk ruimer dan het handelaarsbegrip.

Zoals uit deze ontwikkeling inzake de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel is gebleken, zorgt het feit dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden 'geen handelskarakter' hebben misschien wel voor de onttrekking aan het handelsrecht, maar gaat dit blijkbaar niet altijd zo ver dat de intercommunale geen onderneming kan zijn. Dit wordt althans zo vooropgesteld door VANANROYE en VANDORMAEL die ervan uitgaan dat het feit dat "*verbintenissen van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (IGS'en) met rechtspersoonlijkheid ongeacht hun doelstellingen op grond van een wetsbepaling géén handelskarakter hebben, (...) evenmin relevant [is] voor hun ondernemingskarakter.*"⁹²⁵

⁹²² B. ALLERMEERSCH en T. REINGRABER, "De bevoegdheids(her)verdeling" in B. ALLEMEERSCH, P. VAN ORSHOVEN, P. Taelman en B. VANLERBERGHE, *Nieuwe Justitie*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, (47) 66.

⁹²³ Art. 2 van de wet van 26 maart 2014 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties met het oog op de toekenning van bevoegdheid aan de natuurlijke rechter in diverse materies, *BS* 22 mei 2014.

⁹²⁴ Oud artikel 573, 1° Ger.W.: "*van de geschillen tussen kooplieden, die handelingen betreffen die de wet als daden van koophandel aanmerkt en die niet onder de algemene bevoegdheid van de vrederechter (of onder de bevoegdheid van de politierechtbanken) vallen*".

⁹²⁵ J. VANANROYE en K.-J. VANDORMAEL, "Boek I WER en Wet Natuurlijke Rechter. Van handelsrecht naar ondernemingsrecht" in B. KEIRSBILCK en E. TERRY, *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Mortsel, Intersentia, 2014, (5) 37; op pagina 21 van deze bijdrage stellen de auteurs ook: "*Uiteraard is het voor het begrip*

Niet enkel ten aanzien van de bevoegdheid van de ondernemingsrechtbank, maar ook ten aanzien van de toepassing van andere delen van het (ruime) ondernemingsrecht werd in het verleden al meerdere keren aangenomen dat de intercommunale, ondanks het feit dat zij geen handelaar is, wel een onderneming kan zijn. Het ondernemingsbegrip maakte de laatste jaren bovendien steeds meer opgang. Belangrijk hierbij is dat er geen eenduidig ondernemingsbegrip bestaat.⁹²⁶ Zo wordt er een ander ondernemingsbegrip als aanknopingspunt gehanteerd bij het bepalen van het toepassingsgebied van bijvoorbeeld het mededingingsrecht en het marktpraktijken- en consumentenbeschermingsrecht, dan bijvoorbeeld bij het toepassingsgebied van andere boeken van het WER en van het overheidsopdrachtenrecht. De Europese inspiratie ten aanzien van die ondernemingsbegrippen en de voorrang van het Unierecht is hier een verklaring voor: "*Gelet op het Europese kader waarbinnen een gedeelte van het economisch recht te situeren valt, zal deze [nieuwe] definitie [van onderneming] echter niet universeel gelden. De oude definitie van 'onderneming' ('elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen') wordt namelijk opnieuw ingevoerd als bijzondere definitie voor bepaalde boekdelen van het WER (onder meer voor mededinging- en marktpraktijken).*".⁹²⁷

Dit onderdeel van DEEL II, hoofdstuk 1 heeft de analyse van het begrip 'geen handelskarakter' tot doel. De focus ligt hierbij op het nieuwe ondernemingsbegrip in artikel I.1, 1° van het WER dat ter vervanging van bestaande handelsrechtelijke aanknopingspunten zoals 'handelaar' en 'koopman' werd ingevoerd. Dit onderdeel heeft bijgevolg niet als doel de toepassing van het (ruime) ondernemingsrecht op intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op een exhaustieve wijze op te lijsten. Hieronder wordt er dan ook louter ter illustratie van de verscheidenheid

onderneming irrelevant of de 'handelszaak' een commercieel of burgerlijk karakter heeft (vb. boekhoudkantoor of landbouwbedrijf dat wordt overgenomen).".

⁹²⁶ "La notion d'entreprise est une notion polymorphe, comme l'a démontré encore tout récemment le Code de droit économique." in I. VEROUGSTRAETE en J.-P. LEBEAU, "Transferts de compétences: le tribunal de commerce devient le juge naturel de l'entreprise", *TBH* 2014, afl. 6, (543) 548; zie ook E. DIRIX, R. STEENNOT en H. VANHEES (eds.), *Ondernemingsrecht in hoofdlijnen (elfde editie)*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2019, 2.

⁹²⁷ O. VANDEN BERGHE, J. VANSEVENANT en S. TYTGAT, "Inwerkingtreding van 'het nieuwe ondernemingsrecht' op 1 november 2018", *TBH* 2019, afl. 1, (132) 132.

van het ondernemingsbegrip ingegaan op de ondernemingsbegrippen waaraan de wet hervorming ondernemingsrecht *niet* heeft gesleuteld. Het nieuwe ondernemingsbegrip dat verder wel uitgebreid aan bod komt, heeft met andere woorden slechts een impact op bepaalde delen van het ondernemingsrecht. Het (Europees) ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht en in het overheidsopdrachtenrecht en de positie van de intercommunale daarbij komt verder nog aan bod in het derde hoofdstuk van DEEL II dat betrekking heeft op het doel van de intercommunale.

A. Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht

180. Europese invulling – Eén van de doelstellingen van de Europese Unie is de totstandbrenging van een interne markt.⁹²⁸ Een component van de regelgeving met betrekking tot die interne markt zijn de regels die moeten verzekeren dat de mededinging of concurrentie niet wordt vervalst. Die regels zijn onder meer opgenomen in artikel 101 tot en met artikel 105 van het VWEU (verbod op concurrentievervalsing door ondernemingen) en in artikel 106 tot en met 109 van het VWEU (verbod op concurrentievervalsing door nationale overheden).⁹²⁹ De 'onderneming' (*undertaking*) is het aanknopingspunt van de toepassing van enkele van die bepalingen. Aangezien dit begrip niet is gedefinieerd in het verdrag zelf, geeft het Hof van Justitie van de Europese Unie dit begrip een autonome invulling in zijn rechtspraak.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie in de context van het mededingingsrecht is elke eenheid die een economische activiteit uitoefent een onderneming, en dit ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.⁹³⁰ Er is met andere woorden sprake van een functionele invulling die

⁹²⁸ Art. 3, §3, eerste lid Verdrag van 2betreffende de werking van de Europese Unie, 2012/C 326/01 (hierna: VWEU).

⁹²⁹ E. DIRIX, R. STEENNOT en H. VANHEES (eds.), *Ondernemingsrecht in hoofdlijnen (elfde editie)*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2019, 316.

⁹³⁰ HvJ 23 april 1991, nr. C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, Höfner en Elser, overw. 21; HvJ 12 september 2000, nr. C-180/98-C-84/98, ECLI:EU:C:2000:428, Pavel Pavlov e.a. t. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, overw. 74; HvJ 10 januari 2006, nr. C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, Ministero dell'Economia e delle Finanze t. Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a., overw. 107; HvJ 17 februari 1993, nr. C-159/91 en C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63, Poucet en Pistre, overw. 17; HvJ 16 november 1995, nr.

enkel rekening houdt met de *activiteit* die de entiteit uitvoert.⁹³¹ Indien overheden en publiekrechtelijke entiteiten een economische activiteit uitoefenen, kunnen zij bijgevolg evengoed een onderneming zijn in de zin van het Europees ondernemingsbegrip: "*As the legal status of the entity concerned is immaterial for the applicability of the competition rules, not merely public undertakings and public bodies, but 'the State' itself may constitute an undertaking in this sense.*".⁹³²

Het is bijgevolg van belang om te weten wat de betekenis is van 'een economische activiteit'. De rechtspraak verduidelijkt dit begrip. Een economische activiteit is iedere activiteit waarbij er goederen en diensten worden aangeboden op een bepaalde markt.⁹³³ Volgens het Hof van Justitie is het gebrek aan winstoogmerk in ieder geval irrelevant bij de beoordeling of een activiteit al dan niet economisch is.⁹³⁴ "[T]he issue is whether an entity is involved in competition, or, alternatively, enjoys a monopoly concerning an activity which could potentially be subject to competition", aldus SAUTER en SCHEPEL.⁹³⁵ Een potentiële markt kan met andere woorden volstaan om een economisch karakter toe te kennen aan de activiteit:

C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392, Fédération française des sociétés d'assurance e.a., overw. 14; HvJ 21 september 1999, nr. C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, Albany, overw. 77; HvJ 21 september 1999, nr. C-115/97 tot C-117/97, ECLI:EU:C:1999:434, Brentjens, overw. 77; HvJ 16 maart 2004, nr. C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, ECLI:EU:C:2004:150, AOK Bundesverband e.a., overw. 46.

⁹³¹ W. SAUTER en H. SCHEPEL, *State and Market in European Union Law: The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 77.

⁹³² W. SAUTER en H. SCHEPEL, *State and Market in European Union Law: The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 78; zie ook Med.Comm. aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – een kwaliteitskader voor diensten van algemeen belang in Europa, 20 december 2011, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:52011DC0900>, 2.

⁹³³ HvJ 16 juni 1987, nr. C-118/85, ECLI:EU:C:1987:283, Commissie t. Italië, overw. 7; HvJ 18 juni 1998, nr. C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303, Commissie t. Italië, overw. 36; HvJ 12 september 2000, nr. C-180/98–C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, Pavel Pavlov e.a. t. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, overw. 75.

⁹³⁴ HvJ 16 november 1995, C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392, Fédération Française des Sociétés d'Assurance, overw. 21; zie ook Med.Comm. aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – een kwaliteitskader voor diensten van algemeen belang in Europa, 20 december 2011, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:52011DC0900>, 2.

⁹³⁵ W. SAUTER en H. SCHEPEL, *State and Market in European Union Law: The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 81.

"Men kan van een economische activiteit spreken indien de betrokken goederen of diensten op een bepaalde markt, volgens marktprincipes, 'zouden kunnen worden aangeboden'." (eigen onderlijning).⁹³⁶ Indien een overheid beslist om de markt af te schermen door te bepalen dat derden een activiteit niet mogen verrichten (cf. monopolie), kan er toch sprake zijn van een economische activiteit indien andere marktdeelnemers bereid en in staat zouden zijn om de dienst op de betrokken markt te verrichten.⁹³⁷ Het Hof van Justitie betreft de mate van overheidsinterventie en -toezicht en de *quid-pro-quo*-vereiste eveneens in zijn beoordeling van het economisch karakter.⁹³⁸

De moeilijkheid om te bepalen of een activiteit economisch is, kan worden omzeild door na te gaan wat daarentegen géén economische activiteit is. Het Hof van Justitie oordeelde in zijn rechtspraak dat bepaalde activiteiten worden uitgesloten van de mededingingsregels aangezien ze taken van openbaar belang betreffen: "*In order to establish immunity from the competition rules for an undertaking, the decisive criterion remains that a public task, or a policy in the general public interest, should be concerned.*" (eigen onderlijning).⁹³⁹ De uitoefening van overheidsprerogatieven en de uitoefening van overheidsgezag maken met andere woorden geen economische activiteiten uit. Niet-marktactiviteiten die gekenmerkt zijn door de afwezigheid van een commercieel karakter, maken een tweede categorie uit van niet-economische activiteiten.⁹⁴⁰ Het is bijgevolg belangrijk om

⁹³⁶ S. TROCH, "Antitrustrecht en handhaving: aandachtspunten voor Belgische ondernemingen" in P. VAN CLEYNENBREUGEL (ed.), *Mededingingsrecht: do's en don'ts voor Belgische ondernemingen*, Mortsel, Intersentia, 2018, (1) 4; zie ook Ger.EU 12 december 2006, nr. T-155/04, ECLI:EU:T:2006:387, SELEX Sistemi Integrati SpA, overw. 6: "*Het feit dat de diensten van bijstand aan de nationale administraties thans niet door particuliere ondernemingen worden aangeboden, belet niet dat deze diensten als een economische activiteit worden aangemerkt, aangezien deze diensten blijkbaar door particuliere entiteiten kunnen worden verricht.*"

⁹³⁷ Med.Comm. aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – een kwaliteitskader voor diensten van algemeen belang in Europa, 20 december 2011, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:52011DC0900>, 2-3.

⁹³⁸ T. BONNE en M. DECOCK, "De belastingvrijstelling van intercommunales 2.0: de 'economische activiteit' als maatstaf?", *T.Gem.* 2019, afl. 2, (60) 70.

⁹³⁹ W. SAUTER en H. SCHEPEL, *State and Market in European Union Law: The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 83.

⁹⁴⁰ S. TROCH, "Antitrustrecht en handhaving: aandachtspunten voor Belgische ondernemingen" in P. VAN CLEYNENBREUGEL (ed.), *Mededingingsrecht: do's en don'ts voor Belgische ondernemingen*, Mortsel, Intersentia, 2018, (1) 4.

te weten wanneer een overheid nu wel of niet activiteiten van openbaar gezag stelt. Het Hof van Justitie heeft zich hier al uitvoerig over uitgesproken in zijn rechtspraak.⁹⁴¹ Bij het kwalificeren van die activiteiten gaat het Hof erg casuïstisch te werk, maar algemeen gesteld vormen activiteiten die intrinsiek tot de overheidsprerogatieven behoren en die de staat op zich neemt, geen economische activiteiten. Volgens de Europese Commissie zijn het leger of de politie, de luchtverkeersveiligheid en luchtverkeersleiding, de maritieme veiligheid en verkeersafwikkeling, de milieu-inspectiediensten en de organisatie, financiering en handhaving van gevangenisstraffen, hier voorbeelden van. Er is bovendien uitgebreide rechtspraak ontwikkeld over de vraag of overheidsactiviteiten in het kader van de sociale zekerheid, de gezondheidszorg en het onderwijs al dan niet economische activiteiten zijn.⁹⁴²

De toepasselijkheid van het mededingingsrecht op overheidsbedrijven is trouwens ook op een algemene wijze beperkt op grond van artikel 106, tweede lid van het VWEU. Dit artikel schrijft voor dat de ondernemingen die zijn belast met het beheer van *diensten van algemeen economisch belang* (hierna: DAEB's) of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, onder de mededingingsregels vallen, maar dit slechts voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde *bijzondere taak niet verhindert*. Voor Belgische entiteiten is die uitzondering voorzien in artikel IV.12 van het WER: "*De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter hebben van een fiscaal monopolie, zijn onderworpen aan de bepalingen van dit boek voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun door of krachtens de wet toevertrouwde specifieke taak niet verhindert" (eigen onderlijning). De ontwikkeling van het handelsverkeer mag bovendien niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang*

⁹⁴¹ Voor een overzicht, zie W. SAUTER en H. SCHEPEL, *State and Market in European Union Law: The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 83-85.

⁹⁴² Voor een overzicht, zie Med.Comm. aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – een kwaliteitskader voor diensten van algemeen belang in Europa, 20 december 2011, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:52011DC0900>, 3-5.

van de Unie.⁹⁴³ Onder bepaalde voorwaarden zijn ondernemingen die belast zijn met het beheer van DAEB's dus onttrokken aan het mededingingsrecht. De Europese Commissie verduidelijkt dat DAEB's economische activiteiten zijn die het algemeen belang dienen en die de markt, zonder het overheidsoptreden, anders niet (of niet onder dezelfde voorwaarden inzake kwaliteit, veiligheid, betaalbaarheid, gelijke behandeling of algemene toegang) had verricht.⁹⁴⁴

Daar komt nog bij dat er activiteit per activiteit moet worden onderzocht of de activiteit al dan niet economisch is. Een overheid kan twee soorten activiteiten uitvoeren: activiteiten van openbaar gezag, enerzijds, en economische activiteiten van industriële of commerciële aard, anderzijds. Indien een overheid 'gemengde' activiteiten verricht, en dus zowel activiteiten van openbaar gezag verricht als economische activiteiten, kan ze voor haar economische activiteiten een onderneming zijn en bijgevolg aan de mededingingsregels zijn onderworpen terwijl ze voor haar andere activiteiten geen onderneming is.⁹⁴⁵

181. Belgische invulling en intergemeentelijke samenwerking – De Belgische wetgeving op de mededinging is gebaseerd op het Europese mededingingsrecht. De invulling die het ondernemingsbegrip krijgt in het Europese mededingingsrecht is dan ook in het Belgisch recht doorgesijpeld, zoals in boek IV van het WER dat de bescherming van de mededinging betreft. Artikel I.6, 17^o van het WER definieert een onderneming in de zin van boek IV van het

⁹⁴³ Zie ook E. DIRIX, R. STEENNOT en H. VANHEES (eds.), *Ondernemingsrecht in hoofdlijnen (elfde editie)*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2019, 379; over 'beïnvloeding van het handelsverkeer', zie Med.Comm. aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – een kwaliteitskader voor diensten van algemeen belang in Europa, 20 december 2011, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:52011DC0900>, 6.

⁹⁴⁴ Med.Comm. aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – een kwaliteitskader voor diensten van algemeen belang in Europa, 20 december 2011, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:52011DC0900>, 2-3.

⁹⁴⁵ Ger.EU 12 december 2006, nr. T-155/04, ECLI:EU:T:2006:387, SELEX Sistemi Integrati SpA, overw. 54; zie ook *Aéroports de Paris v Commission*, overw. 110 e.v.; Med.Comm. aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – een kwaliteitskader voor diensten van algemeen belang in Europa, 20 december 2011, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:52011DC0900>, 2; W. SAUTER en H. SCHEPEL, *State and Market in European Union Law: The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 79.

WER als iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen. Ook hier is er sprake van een functionele benadering die 'het economisch doel' als uitgangspunt heeft en die losstaat van onder meer de rechtsvorm van de entiteit. Specifiek wat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden betreft, oordeelde de rechter ook ten aanzien van dit ondernemingsbegrip reeds dat een intercommunale als onderneming in de zin van het mededingingsrecht moet worden beschouwd. "*Dat in de statuten van de intercommunale is bepaald dat haar verbintenissen geen handelskarakter hebben, doet hieraan geen afbreuk. Het criterium is louter functioneel: het uitoefenen van economische activiteiten.*", aldus BAETEN e.a. en de door hen aangehaalde rechtspraak.⁹⁴⁶ Volgens BROUWERS en BAEKELAND zijn hierbij "[o]ok de technische juridische kwalificatie naar nationaal recht, de toepasselijke wettelijke en/of financiële regelgeving en de mogelijke doelstellingen van algemeen of sociaal belang (...) niet van belang."⁹⁴⁷

B. Het ondernemingsbegrip in het marktpraktijkenrecht en de consumentenbescherming

182. Europese en Belgische invulling – Een tweede voorbeeld van dit polymorfe ondernemingsbegrip is terug te vinden bij de bepalingen inzake marktpraktijken en consumentenbescherming. Vroeger werd het begrip 'verkoper' als aanknopingspunt bij deze bepalingen gehanteerd, maar ook dit begrip maakte intussen plaats voor een ondernemingsbegrip. Artikel I.8, 39° van het WER voorziet dat iedere natuurlijke of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen, een onderneming is in de zin van boek VI van het WER. De definitie is identiek aan de definitie van 'onderneming' die wordt gehanteerd in het Belgisch mededingingsrecht zoals die is vervat in artikel I.6, 17° van het WER.

⁹⁴⁶ N. BAETEN, T. FRANCHO, I. ROOMS en X. TATON, "Private handhaving van het mededingingsrecht in België. Overzicht van rechtspraak (2011-2015)", *TBH* 2017, afl. 8, (779) 782-783.

⁹⁴⁷ S. BROUWERS en C. BAEKELAND, "Invloed van het EU-recht op het Belgische bestuursrecht" in K. WAUTERS, B. DELVAUX en B. VANHEUSDEN (eds.), *Invloed van het EU-recht op het Belgische bestuursrecht*, Brugge, die Keure, 2014, (5) 38.

Hoewel het begrip 'onderneming' zowel in het mededingingsrecht (boek IV van het WER) als in de bepalingen inzake marktpraktijken en consumentenbescherming (boek VI van het WER) op een identieke wijze wordt gedefinieerd, veruitwendigt de Europese rechtspraak zich in een uiteenlopende invulling van de voor het overige identieke ondernemingsbegrippen.⁹⁴⁸ Net zoals bij het mededingingsrecht, zijn de artikelen inzake marktpraktijken en consumentenbescherming die zijn vervat in boek VI van het WER immers een omzetting van Europese richtlijnen, waardoor het Hof van Justitie kan overgaan tot de autonome invulling van het ondernemingsbegrip.⁹⁴⁹

In het Europese marktpraktijken- en consumentenbeschermingsrecht gebruiken verschillende richtlijnen het begrip 'handelaar' als aanknopingsfactor voor hun toepassing.⁹⁵⁰ Het Hof van Justitie oordeelde in zijn arrest *BKK Mobil Oil* evenwel dat voor de toepassing van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken⁹⁵¹ de

⁹⁴⁸ "Het resultaat is dan ook erg complex. Daarbij komt nog dat, gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie, het op eenzelfde wijze gedefinieerde ondernemingsbegrip voor de toepassing van de Boeken IV en VI WER op een andere wijze moet worden geïnterpreteerd. Het ondernemingsbegrip in het consumentenrecht is ruimer dan dat in het mededingingsrecht." (eigen onderlijning) in E. DIRIX, R. STEENNOT en H. VANHEES (eds.), *Ondernemingsrecht in hoofdlijnen (elfde editie)*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2019, 7.

⁹⁴⁹ De omgezette Europese richtlijnen zijn opgesomd in art. VI.1 van het WER.

⁹⁵⁰ Zie vb. art. 2, tweede lid van de Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad: "*handelaar*": *iedere natuurlijke persoon of iedere rechtspersoon, ongeacht of deze privaot of publiek is, die met betrekking tot onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt, mede via een andere persoon die namens hem of voor zijn rekening optreedt, in het kader van zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit*"; zie ook in identieke bewoordingen art. 2, b) van de Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (Richtlijn oneerlijke handelspraktijken); art. 2, d) van de Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame: "*handelaar*": *een natuurlijke persoon of rechtspersoon die handelt voor doeleinden welke betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook eenieder die in naam van of namens een handelaar optreedt*".

⁹⁵¹ Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad.

begrippen 'onderneming' en 'handelaar' dezelfde betekenis en juridische draagwijdte hebben. Volgens het Hof huldigt de Uniewetgever een bijzonder ruime opvatting van het begrip 'handelaar', namelijk elke natuurlijke persoon of rechtspersoon zodra deze een activiteit tegen betaling uitoefent, waarbij instellingen met een taak van algemeen belang of met een publiekrechtelijke vorm niet worden uitgesloten. Het Hof oordeelt voorts dat de betekenis en de draagwijdte van het begrip 'handelaar' worden bepaald in verhouding tot het correlatieve, maar tegengestelde begrip 'consument'.⁹⁵²

Dit ondernemingsbegrip in boek VI van het WER wordt bijgevolg *ruimer* ingevuld dan het ondernemingsbegrip in boek IV van het WER. STRAETMANS geeft mee dat men dit "*opmerkelijk (kan) vinden, maar afwijkende interpretaties van eenzelfde begrip in functie van het rechtsgebied (...) niet ongebruikelijk [zijn] in juridisch complexe materies zoals het economisch recht*".⁹⁵³ Een oplossing voor de verwarring die dit onderscheid met zich kan meebrengen, is volgens STEENNOT om "*voor de toepassing van Boek VI WER nauwer aan te sluiten bij de op Europees niveau gehanteerde (en door het Hof van Justitie geïnterpreteerde) definities waarin een beroepsactiviteit (en niet een economische activiteit) centraal staat*".⁹⁵⁴

De wet hervorming ondernemingsrecht heeft niet geraakt aan de voormelde definitie van onderneming, waardoor deze onveranderd is gebleven ten opzichte van het ondernemingsbegrip dat werd ingevoerd in artikel I.1.1° van het WER door artikel 2 van de wet van 7 november 2013 houdende invoeging van titel I

⁹⁵² HvJ 3 oktober 2013, nr. C-59/12, ECLI:EU:C:2013:634, BKK Mobil Oil, overw. 31-32; voor een grondige analyse van dit arrest, zie G. STRAETMANS, "Consumentenbescherming en marktpraktijken in het wetboek van economisch recht", *TPR* 2015, afl. 3, (1316) 1316-1325; zie ook J. VANANROYE en K.-J. VANDORMAEL, "Boek I WER en Wet Natuurlijke Rechter. Van handelsrecht naar ondernemingsrecht" in B. KEIRSBILCK en E. TERRY, *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Mortsel, Intersentia, 2014, (5) 20.

⁹⁵³ G. STRAETMANS, "Consumentenbescherming en marktpraktijken in het wetboek van economisch recht", *TPR* 2015, afl. 3, (1316) 1317.

⁹⁵⁴ R. STEENNOT, "Tot ziens handelaar, welkom onderneming: modernisering met belangrijke impact, doch geen vereenvoudiging", *TPR* 2018, (881) 885; zie omtrent de verschillende centrale aanknopingsfactoren van het consumentenrecht G. STRAETMANS, "De onderneming en het begrip 'verkoper' in de Richtlijn oneerlijke bedingen", *DCCR* 2018, afl. 3, 229-240.

'Algemene definities' in Boek I 'Definities' van het wetboek van economisch recht.⁹⁵⁵ In boek VI van het WER wordt met andere woorden nog steeds de 'oude' definitie van een onderneming gebruikt om de toepassing van zijn bepalingen te regelen.

183. Intergemeentelijke samenwerking – Het gebrek aan handelskarakter van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden lijkt ook hier niet te kunnen beletten dat sommige bepalingen betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming van boek VI van het WER reeds op hen van toepassing werden verklaard. Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden inzake kabel distributie, gas of elektriciteit werden in het verleden als verkoper – nu als onderneming – gekwalificeerd, hoewel zij publiekrechtelijke rechtspersonen zonder handelskarakter zijn.⁹⁵⁶ Ook het Grondwettelijk Hof stelde reeds dat distributienetbeheerders ondernemingen zijn in de zin van de vroeger bestaande WMPC.⁹⁵⁷ Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in de afvalsector werden

⁹⁵⁵ BS 29 november 2013.

⁹⁵⁶ Zie bijvoorbeeld Antwerpen (5de Kamer) 19 april 2012, MER 2014, afl. 2 (132) 132-133, overw. 5: "[Het intergemeentelijk samenwerkingsverband] *Inter-Energa* betwist een onderneming te zijn zoals bedoeld in de WMPC. Anders dan *Inter-Energa* meent, moet de aansluiting van de nutsleidingen van particulieren op het distributienetwerk wel worden aangezien voor een economische activiteit. Op de Belgische markt van netdistributeurs zijn verschillende ondernemingen actief, ook die niet voor een overheidsdienst kunnen worden aangezien. De verdeling van gas en elektriciteit is geen activiteit die specifiek door overheidsondernemingen moet worden uitgeoefend. De rechtsvorm van *Inter-Energa* is niet relevant. (...) *Inter-Energa* streeft op duurzame wijze een economisch doel na en moet aangezien worden voor een onderneming in de zin van de WMPC." (eigen onderlijning); zie wat de opheffen wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument betreft: "(...) het begrip verkoper uit de WHPC echter ruimer is dan alleen handelaars; eiseres [*is*] wel verkoper (...) in de zin van artikel 1, 6, WHPC" in Cass. 25 oktober 2001, RCJB 2004, 165-166; zie ook G. STRAETMANS, "Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht en in de WMPC" in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht: ondernemingen, concurrenten en consumenten*, Mechelen, Kluwer, 2011, (263) 287 en 294.

⁹⁵⁷ Wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, BS 12 april 2010 (hierna: WMPC); GwH 9 juli 2013, nr. 101/2013, overw. B.1.5: "Te dezen en rekening houdend met de optie van de lidstaten van de Europese Unie om de energiemarkt te liberaliseren, kan worden aangenomen dat de activiteit van distributienetbeheerder niet bestaat in de uitoefening van prerogatieven die typische prerogatieven van het openbaar gezag zonder een economisch karakter zouden zijn (zie HvJ, 19 januari 1994, C-364/92, SAT Fluggesellschaft mbH en Eurocontrol) en dat die derhalve onderworpen is aan de wet van 6 april 2010. Het gegeven dat de distributienetbeheerder zou beschikken over een 'natuurlijk monopolie' als gevolg van de moeilijkheden waartoe een toename van het aantal netten in feite zou leiden en dat

eveneens als verkoper in de zin van de toenmalige WHPC gekwalificeerd⁹⁵⁸, net zoals een intercommunale die kraantjeswater verkoopt door bepaalde rechtspraak als onderneming werd aangeduid.⁹⁵⁹ Niet ten aanzien van een intergemeentelijk samenwerkingsverband, maar wel omtrent het handelskarakter, oordeelde het Hof van Beroep te Gent reeds uitdrukkelijk dat "*[d]e aard van de persoon, fysiek dan wel een rechtspersoon, noch het al dan niet aanwezig zijn van een handelskarakter in hoofde van de persoon, (...) relevant zijn om te weten of er al dan niet sprake is van een 'onderneming' in de zin van artikel 2, 2° van de WMPC.*".⁹⁶⁰

Bovendien werd in de voorbereidende werken van de WMPC benadrukt dat "*[o]verheidsinstellingen (...) ondernemingen [zijn] voor wat betreft hun activiteiten die buiten hun wettelijke taak van algemeen belang vallen. Wanneer de betrokken activiteit behoort tot de essentiële taken van de publieke overheid, met name de uitoefening van bevoegdheden die typisch degene zijn van een publieke overheid, dan handelt de overheidsinstelling niet als een onderneming. Gaat het daarentegen om een economische activiteit die niet noodzakelijk moet worden verzorgd door de overheid, dan handelt de overheidsinstelling wel als een onderneming. Om uit te maken of een overheidsinstelling optreedt als*

de eindafnemer, krachtens het in het geding zijnde decreet, zijn distributienetbeheerder niet kan kiezen, kan niet tot een andere conclusie leiden."

⁹⁵⁸ Antwerpen 11 september 2003, *Jb.Hand.Med.* 2003, 772, zoals aangehaald in J. GEERTS, "Private en publieke groepsaankopen door lokale besturen – Van het stookoliearrest tot de opdrachtencentrale", *T.Gem.* 2014, afl. 1, (16) 22.

⁹⁵⁹ "Geïntimeerde betwist niet dat zij een verkoper is in de zin van artikel 1, eerste lid, 6° van de WHPC en een onderneming in de zin van artikel 2, 1° van de WMPC. Zij oefende en oefent nog steeds een commerciële en industriële activiteit uit en streeft op duurzame wijze een economisch doel na. Zij biedt producten te koop aan, namelijk kraantjeswater, en verkoopt deze, waardoor zij een omzet verwezenlijkt. Dat zij als intercommunale vereniging en publieke rechtspersoon een openbare dienst vervult en geen winstoogmerk nastreeft, doet hieraan geen afbreuk." in Brussel 5 februari 2013, in X., *Marktpraktijken, Intellectuele eigendom en Mededinging. Jaarboek 2013*, (90) 103 e.v., overw. 7; zie ook de aangehaalde rechtspraak in G. STRAETMANS, "De sociale huisvesting en het ondernemingsbegrip uit het wetboek economisch recht" in B. HUBEAU en T. VANDROMME (eds.), *Twintig jaar Vlaamse Wooncode. Hoe sterk is porselein?*, Brugge, die Keure, 2017, (201) 222; G. STRAETMANS, "Onderneming, vrij beroep en consument" in R. STEENNOT en G. STRAETMANS (eds.), *Wetboek Economisch Recht en de bescherming van de consument*, Mortsel, Intersentia, 2015, (1) 26-27; G. STRAETMANS, "Consumentenbescherming en marktpraktijken in het wetboek van economisch recht", *TPR* 2015, afl. 3, (1316) 1341-1342.

⁹⁶⁰ Gent 8 april 2013, *NjW* 2014, (176) 176.

"onderneming", zal het bijgevolg nodig zijn de door haar verrichte activiteiten van geval tot geval te onderzoeken." (eigen onderlijning).⁹⁶¹ Ook dit verduidelijkt nogmaals dat het ondernemingsbegrip een functionele invulling krijgt waarbij louter naar de activiteit moet worden gekeken, dit in tegenstelling tot het nieuwe ondernemingsbegrip in artikel I.1, 1° van het WER, dat volgens de wetgever in principe een formele invulling krijgt.

C. Het ondernemingsbegrip in het overheidsopdrachtenrecht

184. Overheidsopdrachtenrecht – Een derde voorbeeld van het polymorfe ondernemingsbegrip is te vinden in het overheidsopdrachtenrecht. Artikel 2, 10° van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten⁹⁶² (hierna: wet overheidsopdrachten) definieert een 'ondernemer' als elke natuurlijke persoon, elke privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon of elke combinatie van deze personen, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverbanden van ondernemingen, die werken, een werk in de zin van de bepaling onder 19°, leveringen of diensten op de markt aanbiedt.

Ook dit begrip is Europees geïnspireerd en is *quasi* letterlijk overgenomen uit artikel 2, §1, 10° van de Europese Richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG. Het Hof van Justitie van de Europese Unie geeft eveneens een eigen invulling aan dit begrip. Laatstgenoemd artikel definieert een ondernemer als 'elke natuurlijke of rechtspersoon of openbaar lichaam, of een combinatie van deze personen en/of lichamen, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverbanden van ondernemingen, die de uitvoering van werken en/of een werk, de levering van producten en of het verlenen van diensten op de markt aanbiedt.' Het Hof van Justitie heeft verduidelijkt dat het begrip 'ondernemer die diensten op de markt aanbiedt' niet is beperkt tot enkel die markddeelnemers die als onderneming zijn georganiseerd, en dat er evenmin bepaalde voorwaarden zijn opgelegd die de toegang tot aanbestedingsprocedures kunnen beperken op grond van de rechtsvorm en de interne organisatie van de

⁹⁶¹ *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2340/001, 37.

⁹⁶² *BS* 14 juli 2016.

marktdelnemers.⁹⁶³ Ook 'publiekrechtelijke instellingen' hebben de mogelijkheid om deel te nemen als inschrijver op een overheidsopdracht.⁹⁶⁴ Er kan met andere woorden worden deelgenomen aan een openbare aanbesteding van diensten door lichamen die hoofdzakelijk andere doelstellingen dan winst nastreven, niet als een onderneming zijn georganiseerd en evenmin op een regelmatige basis op de markt aanwezig zijn, zoals universiteiten en onderzoeksinstituten alsook combinaties bestaande uit universiteiten en overheidsinstanties.⁹⁶⁵

185. Intergemeentelijke samenwerking – Specifiek ten aanzien van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden verduidelijkte de Raad van State recent in zijn rechtspraak – middels verwijzing naar het arrest *CoNISMa* van het Hof van Justitie – dat *"een intergemeentelijke vereniging mag deelnemen aan een overheidsopdracht. Onder het begrip ondernemer zoals gedefinieerd in artikel 2, 10°, van de wet overheidsopdrachten 2016 kan een publiekrechtelijke rechtspersoon worden verstaan."*⁹⁶⁶ De Raad van State oordeelde eerder reeds dat het *"[i]n verband met de beweerde schending van de gelijkheid der inschrijvers en de eerlijke mededinging (...) algemeen aanvaard [lijkt] dat ook publiekrechtelijke rechtspersonen zoals intercommunale verenigingen kunnen deelnemen aan overheidsopdrachten, zonder dat dit als dusdanig een schending inhoudt van het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsprincipe."*⁹⁶⁷

186. Uitholling – Uit de drie bovenstaande voorbeelden blijkt dat het feit dat in de organieke wetgeving is voorzien dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden 'geen handelskarakter' hebben, niet kan beletten dat zij onder bepaalde ondernemingsbegrippen vallen en dus gevat worden door

⁹⁶³ HvJ 23 december 2009, nr. C-305/08, ECLI:EU:C:2009:807, *CoNISMa*, overw. 35.

⁹⁶⁴ HvJ 23 december 2009, nr. C-305/08, ECLI:EU:C:2009:807, *CoNISMa*, overw. 29.

⁹⁶⁵ HvJ 23 december 2009, nr. C-305/08, ECLI:EU:C:2009:807, *CoNISMa*, overw. 45.

⁹⁶⁶ RvS 9 mei 2019, nr. 244.455, BVBA Willer en NV ABOG, overw. 9.2.3; zie bij dit arrest M. DECOCK, "Intercommunales hebben 'geen handelskarakter': naar een uitholling van dit begrip", *T.Gem.* 2020, afl. 1, 34-49.

⁹⁶⁷ RvS 10 februari 2009, nr. 190.341, NV Van Gansewinkel, overw. 12; zie ook RvS 7 maart 2017, nr. 237.577, NV Sita Treatment & Recycling, overw. 5.2.4: *"In deze context is IMOG gerechtigd om te kandideren en een offerte in te dienen voor een opdracht waarbij gezocht werd naar een bedrijf dat kan instaan voor het verwerken van bodemassen, wat volledig valt onder één van haar reguliere activiteiten, namelijk het verwerken van afval. Het getuigt overigens van een goed economisch beheer om haar capaciteit ten volle te benutten."*

commerciële bepalingen, met de nodige gevolgen van dien.⁹⁶⁸ Onder meer de voorrang van het Unierecht die door het Hof van Justitie van de Europese Unie is vooropgesteld in zijn arrest *Costa/E.N.E.L.* van 15 juli 1964⁹⁶⁹ is hier een verklaring en rechtvaardiging voor.⁹⁷⁰ Bovendien vond er in het verleden al een wetwijziging plaats ten aanzien van de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel die kennelijk een impact (in de praktijk) had op de relevantie van de bepaling dat (de verbintenissen van) intercommunales geen handelskarakter hebben.

De resterende invloed van de bepaling dat (de verbintenissen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geen handelskarakter hebben op de toepassing van het handelsrecht – en ruimer gezien op de toepassing van commerciële bepalingen – moet dus in de praktijk worden genuanceerd. Zowel de eigen federale wetgever als Europese initiatieven en daaraan verbonden rechtspraak van het Hof van Justitie, lijken het oogmerk om de intercommunale te onttrekken aan commerciële bepalingen uit te hollen. De vraag die nu rest, is of die uitholling wordt voortgezet met de recente wijzigingen aan het vennootschapsrecht en de creatie van een ondernemingsrecht.

1.1.3. De impact van recente hervormingen op intergemeentelijke samenwerking

187. Evolutie naar een ondernemingsbegrip – Vóór de inwerkingtreding van de wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht, werden het handelsrecht en het economisch recht als twee afzonderlijke rechtstakken beschouwd die een plaats innamen naast onder meer het vennootschapsrecht en het – ook recent hervormde – insolventierecht. Die

⁹⁶⁸ Het valt te vermelden dat intergemeentelijke verenigingen terzelfdertijd zijn onderworpen aan bepaalde delen van het publiekrecht (zie 1.2.), hetgeen aan de basis ligt van het spanningsveld dat dit proefschrift beoogt te analyseren.

⁹⁶⁹ HvJ 15 juli 1964, nr. 6/64, *Costa t. E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66, zie omtrent de voorrang van het unierecht F. EGGERMONT, S. SMIS, P. PAEPE en W. SCHREURS, *Praktijkboek rechtsmethodologie*, Brugge, die Keure, 2019, 314.

⁹⁷⁰ Zie kort omtrent de primauteit van het Europees recht op de organisatie van verzelfstandigde diensten F. VANDENDRIESSCHE en S. BAETEN, "Oprichting van rechtspersonen en participaties" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De transversale bevoegdheden in het federale België*, Brugge, die Keure, 2017, (268) 281.

afzonderlijke rechtstakken vormden samen het ondernemingsrecht in de ruime zin.⁹⁷¹ Het handelsrecht is intussen opgedoekt en hield de regels in die op commerciële vennootschappen en op handelaars van toepassing waren en die tot doel hadden om handelstransacties vlotter en eenvoudiger te laten verlopen. Het vennootschapsrecht houdt de regels in die de oprichting, werking en vereffening van vennootschappen regelt, evenals de verhouding tussen vennoten. Het economisch recht bevat de regels van publiek- en privaatrecht die een economische ordening en een economische sturing beogen te realiseren.⁹⁷²

Vóór de afschaffing van het handelaarsbegrip en de daad van koophandel, kreeg het begrip 'handelaar' een centrale rol toegewezen in het handelsrecht.⁹⁷³ In artikel 2 en 3 van het intussen *quasi* integraal⁹⁷⁴ opgeheven Wetboek van Koophandel werden de objectieve daden van koophandel opgesomd. Daarnaast werd er ook gesproken over subjectieve daden van koophandel, die hun handelskarakter ontleedden aan het feit dat de steller van de handeling de hoedanigheid van handelaar bezat.⁹⁷⁵ Hoewel het nastreven van een 'winstoogmerk' niet wettelijk was voorzien, was het volgens vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie toch vereist dat er sprake was van een winstoogmerk opdat een bepaalde handeling een daad van koophandel zou zijn of opdat een natuurlijke- of rechtspersoon als handelaar zou kunnen worden gekwalificeerd.⁹⁷⁶ Volgens VANHEES, DIRIX EN STEENNOT was "*het ontbreken van een*

⁹⁷¹ E. DIRIX, R. STEENNOT en H. VANHEES (eds.), *Ondernemingsrecht in hoofdlijnen (elfde editie)*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2019, 1.

⁹⁷² Zie voor de precieze bewoording van een aantal definities E. DIRIX, R. STEENNOT en H. VANHEES (eds.), *Ondernemingsrecht in hoofdlijnen (elfde editie)*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2019, 1.

⁹⁷³ Art. 1 W. Kh. (opgeheven door de wet van 15 april 2018): "*Koopliden zijn zij die daden uitoefenen, bij de wet daden van koophandel genoemd, en daarvan, hoofdzakelijk of aanvullend, hun gewoon beroep maken.*".

⁹⁷⁴ Enkel boek II en boek I, titel VI van het voor het overige opgeheven Wetboek van Koophandel zijn behouden. Het opschrift van het wetboek luidt voortaan 'Wetboek van bepaalde voorrechten op zeeschepen en diverse bepalingen', zie over deze ontmanteling van het Wetboek van Koophandel ook J. BAECK en V. VAN EESSEL, "De Wet Hervorming Ondernemingsrecht: het einde van het handelsrecht en de triomf van ondernemingsrecht", *RW* 2018-19, afl. 36, (1403) 1403-1404.

⁹⁷⁵ E. DIRIX, R. STEENNOT en H. VANHEES (eds.), *Ondernemingsrecht in hoofdlijnen (elfde editie)*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2019, 2-3.

⁹⁷⁶ Zie G. SCHRANS, "Levend en herlevend recht rond het winstoogmerk", *TPR* 1986, (669) 669 en de verwijzingen naar rechtspraak aldaar; zie ook E. DIRIX, R. STEENNOT en H. VANHEES (eds.), *Ondernemingsrecht in hoofdlijnen (elfde editie)*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2019, 2-4.

winstoogmerk ook het traditionele argument om overheidsbedrijven buiten het handelsrecht te houden."⁹⁷⁷ Bovendien bestond er een onderscheid tussen burgerlijke- en handelsvennootschappen.⁹⁷⁸ Het handelsrecht kreeg geen toepassing ten aanzien van de burgerlijke vennootschappen: "*Enkel de vennootschappen met handelskarakter waren onderworpen aan de regels geldend voor de kooplieden/handelaars, zoals o.m. faillissement, vrije bewijsvoering, hoofdelijkheid.*"⁹⁷⁹

De laatste decennia kwam dit onderscheid tussen burgerlijke- en handelsvennootschappen, het handelaarsbegrip, en de daad van koophandel als determinerend criterium voor de toepassing van het handelsrecht onder druk te staan.⁹⁸⁰ Bepaalde rechtsleer begon te poneren dat dit verouderde begrippen waren die niet meer konden voldoen aan de gewijzigde economische realiteit.⁹⁸¹

⁹⁷⁷ E. DIRIX, R. STEENNOT en H. VANHEES (eds.), *Ondernemingsrecht in hoofdlijnen (elfde editie)*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2019, 4.

⁹⁷⁸ Dit onderscheid werd gemaakt op basis van de aard van de activiteiten van de vennootschap en het onderscheid tussen de burgerlijke aard of de handelaarsaard was afhankelijk van hun statutair doel, zoals blijkt uit art. 3, §2 W.Venn. (opgeheven door de wet hervorming ondernemingsrecht); zie ook E. DIRIX, R. STEENNOT en H. VANHEES (eds.), *Ondernemingsrecht in hoofdlijnen (elfde editie)*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2019, 4; P. ERNST, "Het nieuwe vennootschapslandschap" in D. BRULOOT, P. ERNST, A. FRANCOIS, K. MARESCEAU, C. PIETTE, R. TAS en M. WYCKAERT, *De nieuwe vennootschapswet*, Mechelen, Kluwer, 2018, (1) 8.

⁹⁷⁹ P. ERNST, "Het nieuwe vennootschapslandschap" in D. BRULOOT, P. ERNST, A. FRANCOIS, K. MARESCEAU, C. PIETTE, R. TAS en M. WYCKAERT, *De nieuwe vennootschapswet*, Mechelen, Kluwer, 2018, (1) 9; "*Voorheen was het verschil tussen een handelaar en een ondernemer zonder handelskarakter van belang voor de aanduiding bij de vennootschapsvorm, voor de toepassing van de faillissementswetgeving, ongelijke verjaringstermijnen, op bewijsrechtelijk vlak, voor de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel en voor de hoofdelijke aansprakelijkheid (van de vennoten).*" in S. DEVOS, "De hervorming van het ondernemingsrecht en de gevolgen voor de notaris als onderneming", *T.Not.* 2019, afl. 9, (715) 716; zie ook G. BALLON, "Commentaar bij art. 1 W. Kh.", *OHRA* 2008, afl. 41, (1) 3-4; G. SCHRANS, "Levend en herlevend recht rond het winstoogmerk", *TPR* 1986, (669) 678-679.

⁹⁸⁰ Voor een geschiedkundige duiding en de evolutie van het begrip 'handelaar' naar het begrip 'onderneming', zie J. VANANROYE en K.-J. VANDORMAEL, "Boek I WER en Wet Natuurlijke Rechter. Van handelsrecht naar ondernemingsrecht" in B. KEIRSBILCK en E. TERRY, *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Mortsels, Intersentia, 2014, (5) 5-12.

⁹⁸¹ Zie onder meer J. BAECK en V. VAN EESSEL, "De Wet Hervorming Ondernemingsrecht: het einde van het handelsrecht en de triomf van ondernemingsrecht", *RW* 2018-19, afl. 36, (1403) 1419; zie ook E. DIRIX, R. STEENNOT en H. VANHEES (eds.), *Ondernemingsrecht in hoofdlijnen (elfde editie)*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2019, 1 en G. SCHRANS, "Levend en herlevend recht rond het winstoogmerk", *TPR* 1986, (669) 686 en 696-700.

Verder was het winstoogmerk 'een onecht kind van de rechtspraak', aldus bepaalde rechtsleer, waardoor er kritiek op werd geuit.⁹⁸² Reeds in het verleden (in 1979!) stelden gezaghebbende auteurs voor om het ondernemingsbegrip als uitgangspunt in het handelsrecht te hanteren.⁹⁸³

188. Krachtlijnen van de hervormde wetgeving – De federale wetgever was deze bemerkingen indachtig en verliet in 2018 het pad van de handelaar en de daad van koophandel om de weg van het ondernemingsbegrip in te slaan. Anno 2019 zou een ondernemingsbegrip meer aan de geëvolueerde economische praktijk beantwoorden. Net zoals de Wet Natuurlijke Rechter ervoor zorgde dat het aanknopingspunt van de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel werd aangepast van geschillen tussen 'kooplieden' naar geschillen tussen 'ondernemingen', zorgde ook de wet hervorming ondernemingsrecht voor de vervanging van aanknopingspunten als 'handelaar' door een nieuw ondernemingsbegrip.

De wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht hief het onderscheid tussen het burgerlijk recht en het handelsrecht als *summa divisio* – een *summa divisio* die het onderscheid tussen handelsdaden en burgerlijke daden als verantwoording had⁹⁸⁴, op. Ze schafte het onderscheid tussen burgerlijke vennootschappen en handelsvennootschappen af en begrippen als 'handelaar' en 'daden van koophandel' worden voortaan niet langer gebruikt. De wetgever koos voor een nieuw ondernemingsbegrip. 'Alle vennootschappen met rechtspersoonlijkheid' zijn voortaan ondernemingen, waarbij de aard van de activiteiten of van de vennootschap irrelevant is.⁹⁸⁵ Het wetboek van

⁹⁸² G. SCHRANS, "Levend en herlevend recht rond het winstoogmerk", *TPR* 1986, (669) 686, 696-700, waar het objectieve criterium van de rentabiliteitsvereisten naar voren wordt geschoven ter vervanging van het winstoogmerk.

⁹⁸³ W. VAN GERVEN, "Égalité des entreprises privées et publiques devant la loi belge", *JT* 1979, (241) 244, zie ook G. SCHRANS, "Levend en herlevend recht rond het winstoogmerk", *TPR* 1986, (669) 693 en de verwijzingen aldaar.

⁹⁸⁴ J. STUYCK, "De begrafenis van de koopman: enkele inleidende beschouwingen over de nieuwe wet tot hervorming van het ondernemingsrecht", *TBH* 2018, afl. 4, (315) 315.

⁹⁸⁵ "Alle vennootschappen met rechtspersoonlijkheid zijn ondernemingen en worden onderworpen aan de toepassing van het ondernemingsrecht, zoals o.m. het insolventierecht, de vrije bewijsvoering, de hoofdelijkheid. Als onderneming vallen zij onder de bevoegdheid van de nieuwe ondernemingsrechtbank." in P. ERNST, "Het nieuwe vennootschapslandschap" in D. BRULOOT, P. ERNST, A. FRANCOIS, K.

vennootschappen en verenigingen van 23 maart 2019 houdt rekening met deze wijzigingen en maakt niet langer een onderscheid tussen handelsvennootschappen en burgerlijke vennootschappen.

189. Het nieuwe ondernemingsbegrip – Het nieuwe ondernemingsbegrip is heel wat ruimer dan het handelaarsbegrip. Op grond van het gewijzigde artikel I.1, 1^o van het WER is elk van volgende organisaties een onderneming:

- (a) iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent;*
- (b) iedere rechtspersoon;*
- (c) iedere andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid.*

Niettegenstaande het voorgaande zijn geen ondernemingen, behoudens voor zover anders bepaald in de hierna volgende boeken of andere wettelijke bepalingen die in dergelijke toepassing voorzien:

- (a) iedere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid die geen uitkeringsoogmerk heeft en die ook in feite geen uitkeringen verricht aan haar leden of aan personen die een beslissende invloed uitoefenen op het beleid van de organisatie;*
- (b) iedere publiekrechtelijke rechtspersoon die geen goederen of diensten aanbiedt op een markt;*
- (c) de Federale Staat, de gewesten, de gemeenschappen, de provincies, de hulpverleningszones, de prezones, de Brusselse Agglomeratie, de gemeenten, de meergemeentezones, de binnengemeentelijke territoriale organen, de Franse Gemeenschapscommissie, de Vlaamse Gemeenschapscommissie, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn.*

MARESCAU, C. PIETTE, R. TAS en M. WYCKAERT, *De nieuwe vennootschapswet*, Mechelen, Kluwer, 2018, (1) 8-9 en 25.

Opmerkelijk is *vooreerst* dat de wetgever met dit nieuwe ondernemingsbegrip een formeel ondernemingsbegrip wou hanteren⁹⁸⁶, maar dat er een functionele opdeling wordt gehanteerd bij de voor intercommunales relevante uitzondering (b). Volgens de memorie van toelichting is het uitgangspunt van het nieuwe ondernemingsbegrip voor publiekrechtelijke rechtspersonen dat ze niet als een onderneming worden gekwalificeerd.⁹⁸⁷ De verantwoording voor de afwijking indien publiekrechtelijke rechtspersonen goederen of diensten aanbieden op een markt is dat die entiteiten deelnemen aan het economisch leven en in concurrentie treden met privaatrechtelijke actoren, waardoor het volgens de wetgever verantwoord is dat ze principieel aan dezelfde regels als privaatrechtelijke ondernemingen worden onderworpen.⁹⁸⁸ STRAETMANS merkt hierbij op dat "de

⁹⁸⁶ MvT bij het wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/001, 6; "Opvallend is ook dat de wetgever dit nieuwe ondernemingsbegrip, anders dan onder het oude recht, zoveel mogelijk op louter formele criteria wilde baseren (waarbij wordt gekeken naar de vorm van de organisatie), in plaats van op materiële criteria (waarbij wordt gekeken naar de activiteit of het doel van de organisatie)" in J. BAECK en V. VAN EESSEL, "De Wet Hervorming Ondernemingsrecht: het einde van het handelsrecht en de triomf van ondernemingsrecht", *RW* 2018-19, afl. 36, (1403) 1405 en 1419: "Terwijl de vroegere basisdefinitie van het ondernemingsbegrip op een materieel criterium was gebaseerd (nl. het op duurzame wijze nastreven van een economisch doel), wilde de wetgever de nieuwe basisdefinitie voortaan op meer formele criteria baseren (die verwijzen naar de vorm van de onderneming)."; R. STEENNOT, "Tot ziens handelaar, welkom onderneming: modernisering met belangrijke impact, doch geen vereenvoudiging", *TPR* 2018, (881) 882: "Daarnaast wenst de wetgever ook te zorgen voor een grotere coherentie en meer rechtszekerheid, dit laatste door het algemene ondernemingsbegrip in artikel I.1, 1° WER niet langer te definiëren aan de hand van een materieel criterium (het nastreven van een economisch doel of het verrichten van een economische activiteit), doch aan de hand van formele criteria.". Dit lijkt bovendien in te gaan tegen de evolutie naar het gebruik van functionele criteria die VEROUGSTRAETE en LEBEAU situeren: "De ces données diverses deux conséquences provisoires peuvent être tirées: la première est que la notion d'entreprise est une notion plurielle, à ne pas détacher de son contexte; la seconde c'est que la tendance de ne pas faire dépendre le champ d'application de la norme économique ou judiciaire, de critères formels tels la qualité de commerçant ou la qualité de société commerciale, se vérifie dans toutes les matières." (eigen onderlijning) in I. VEROUGSTRAETE en J.-P. LEBEAU, "Transferts de compétences: le tribunal de commerce devient le juge naturel de l'entreprise", *TBH* 2014, afl. 6, 543 en 550.

⁹⁸⁷ De waarborgen die het publiekrecht biedt met betrekking tot deze rechtspersonen geldt hierbij als verantwoording. De wetgever uit daarbij de bezorgdheid dat de toepassing van regels zoals het insolventierecht de werking van de overheid onevenredig kunnen verstoren, zie MvT bij het wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/001, 12.

⁹⁸⁸ MvT bij het wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/001, 12.

*wetgever (hierbij) toch enigszins oog heeft om diegene die op gelijke wijze de markt betreedt, te onderwerpen aan dezelfde rechtsregels."*⁹⁸⁹

Aangezien 'geen handelskarakter' niet lijkt te kunnen tegenhouden dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden ondernemingen kunnen zijn (zie *supra* nr. 176 e.v.), lijken de hervormingen op het eerste gezicht een grote impact te hebben. Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die goederen of diensten aanbieden op een markt zijn voortaan wel degelijk ondernemingen in de zin van het nieuwe ondernemingsbegrip. Intercommunales die daarentegen geen marktspelers zijn, ontsnappen aan het ondernemingsbegrip en dus ook aan de toepassing van bepaalde delen van het WER. De vraag rijst dan uiteraard wat er onder 'goederen en diensten op een markt aanbieden' moet worden begrepen en of bepaalde intercommunales hiertoe overgaan. Opvallend is dat de wetgever dezelfde functionele bewoording hanteert als in het Europees mededingingsrecht. Zoals *supra* gesteld, definieert het Hof van Justitie een economische activiteit als iedere activiteit waarbij er goederen en diensten worden aangeboden op een bepaalde markt.⁹⁹⁰ Aangezien de memorie van toelichting niet verduidelijkt wat onder 'goederen of diensten op de markt aanbieden' is te begrijpen, kan er naar mijn mening inspiratie worden gezocht bij de Europese invulling hiervan. Specifiek in het kader van intergemeentelijke samenwerking, sprak het Mededingingscollege zich over het aanbieden van goederen of diensten op de markt reeds uit op 12 december 2018 in een zaak over Fluvius, een entiteit die verschillende intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die zich toeleggen op energiedistributie overkoepelt: "*In het licht van de bestaande mogelijkheid tot keuze en tot concurrentie – hoezeer de regelgeving deze mogelijkheid ook inperkt – oordeelt het College dat er markten zijn voor de toetreding tot het beheer van elektriciteits- en gasnetten in Vlaanderen.*"⁹⁹¹ Hieruit volgt dat de

⁹⁸⁹ G. STRAETMANS, "Het ondernemingsbegrip. Aanknopingsfactor van economisch recht (deel 1)", *NjW* 2020, afl. 419, (234) 244.

⁹⁹⁰ HvJ 16 juni 1987, nr. C-118/85, ECLI:EU:C:1987:283, Commissie t. Italië, overw. 7; HvJ 18 juni 1998, nr. C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303, Commissie t. Italië, overw. 36; HvJ 12 september 2000, nr. C-180/98–C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, Pavel Pavlov e.a. t. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, overw. 75.

⁹⁹¹ Beslissing Mededingingscollege 12 december 2018, overw. 26; zie ook overw. 21: "*Betreffende de vraag naar de relevantie van de concurrentie om de markt voor de beoordeling van deze concentratie is het College met name van oordeel dat er op markten waar een regime van wettelijk monopolie van toepassing is ook sprake kan*

distributienetbeheerders (hierna: DNB's) die onder de Fluvius-koepel zijn vervat, wel degelijk goederen en diensten aanbieden op een markt. Dit heeft tot gevolg dat ze inderdaad onder de ondernemingsdefinitie van artikel I.1, 1^o van het WER lijken te vallen. Meer over de doelstellingen van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden *infra* DEEL II, hoofdstuk 3.

Ten tweede is het opvallend dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden niet zijn opgenomen in de uitzondering vervat in littera (c) waarin bepaalde statelijke instellingen *nominatim* zijn uitgesloten van het ondernemingsbegrip. De wetgever uit daarbij de bezorgdheid dat de toepassing van regels zoals het insolventierecht de werking van de overheid onevenredig kunnen verstoren.⁹⁹² Terwijl bijvoorbeeld gemeenten en meergemeentezones hier wel onder zijn begrepen, vallen intergemeentelijke samenwerkingsverbanden hierbuiten – dit terwijl de decreetgever uitgaat van het principe dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband een verlengstuk is van de gemeenten en dit sinds honderd jaar één van de constante wezenskenmerken is van de intercommunale (zie bv. *supra* nr. 130). De federale wetgever haalde de mosterd bij het strafrecht door artikel 5 van het Strafwetboek letterlijk over te nemen. Een echte verantwoording waarom er precies voor deze instellingen is gekozen, ontbreekt evenwel. De memorie van toelichting stelt enkel dat de uitzondering is ingegeven door de idee dat deze rechtspersonen door de regels van het publiekrecht worden beheerst waardoor het verantwoord is ze conform artikel 5 van het Strafwetboek te behandelen.⁹⁹³ De memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX "Insolventie van ondernemingen", in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX,

zijn van een concurrentie om de markt wanneer de dienstverlener of leverancier niet via een veiling of aanbestedingsprocedure wordt gekozen maar wanneer de regelgeving de afnemer wel toelaat om, weliswaar beperkte, keuzes te maken aangaande de gewenste leverancier. Er is in een wettelijk monopolie niet alleen sprake van concurrentie wanneer concurrenten bij het hernieuwen van het monopolie worden uitgenodigd tot een veiling of aanbestedingsprocedure, maar ook als zij op een andere manier uitzicht hebben op het aanbieden van hun diensten of producten aan een afnemer die een keuzemogelijkheid heeft."; https://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/bma-2018-cc-38_pub.pdf.

⁹⁹² MvT bij het wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/001, 12.

⁹⁹³ MvT bij het wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/001, 12.

en van de rechtshandhavingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het WER, stelt dat uitzondering (c) *"is ingegeven door de idee dat deze rechtspersonen een rechtstreeks, democratisch verkozen bestuursorgaan hebben. Ook bepaalde OCMW's hebben een rechtstreeks verkozen orgaan. Ten einde de rechtszekerheid te garanderen is het wenselijk om alle OCMW's, zonder onderscheid, uit te sluiten uit het toepassingsgebied van het ondernemingsbegrip."*⁹⁹⁴

De wetgever lijkt hierbij te vergeten dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden als publiekrechtelijke rechtspersonen evengoed door het publiekrecht worden beheerst. De intercommunale heeft daarnaast evenzeer een, weliswaar onrechtstreeks, democratisch verkozen bestuursorgaan.⁹⁹⁵ Bovendien kan de vraag worden gesteld of het feit dat instellingen door het publiekrecht worden beheerst, verantwoordt dat ze volledig zijn uitgesloten van het ondernemingsrecht. Een markant voorbeeld dat Michael D'AUBREY aanhaalde tijdens een uiteenzetting over het nieuwe ondernemingsrecht is dat een vzw die het redden van zeehonden als oogmerk heeft voortaan een onderneming is, terwijl een OCMW dat huizen verhuurt, uitdrukkelijk wordt uitgesloten van dit ondernemingsbegrip.⁹⁹⁶ Ook STRAETMANS wijst op de kritiek op deze uitzondering.⁹⁹⁷

⁹⁹⁴ MvT bij het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX "Insolventie van ondernemingen", in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhavingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2016-27, nr. 2407/001, 29.

⁹⁹⁵ Art. 432, eerste lid DLB; art. L1523-11, eerste lid CDLD; art. 66, eerste lid ordonnantie van 5 juli 2018.

⁹⁹⁶ Uiteenzetting van Michael D'Aubrey, 'Bevoegdheid van de ondernemingsrechtbank en gewoonterechtelijke regels in het ondernemingsrecht' op de 'Studienamiddag 1 jaar Nieuw Ondernemingsrecht', gehouden op 20 december 2019 aan de Universiteit Hasselt.

⁹⁹⁷ *"In bepaalde rechtsleer wordt deze uitsluiting bekritiseerd wanneer statelijke organisaties een economische activiteit verrichten, bijvoorbeeld wanneer gemeentes zwembaden of culturele centra uitbaten of nog wanneer OCMW's rust- en verzorgingsinstellingen exploiteren. Het uitgangspunt om entiteiten die op gelijke wijze de markt betreden, te onderwerpen aan dezelfde rechtsregels, lijdt zo weer uitzondering."* in G. STRAETMANS, "Het ondernemingsbegrip. Aanknopingsfactor van economisch recht (deel 1)", *NjW* 2020, afl. 419, (234) 244.

Tot slot merkte ook de Raad van State uitdrukkelijk in haar advies op dat littera (c) "*leemtes vertoont*" door "*de intercommunales niet [te noemen]*".⁹⁹⁸ Voor de volledigheid valt het nog te vermelden dat de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen in artikel 5 van het Strafwetboek is afgeschaft door de wet van 11 juli 2018 tot wijziging van het Strafwetboek en de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering wat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen betreft.⁹⁹⁹

190. (Beperkte) gevolgen voor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden – Ondanks de ingrijpende hervormingen hanteert het ruime ondernemingsrecht nog steeds geen uniform ondernemingsbegrip (zie ook *supra*.¹⁰⁰⁰ Het nieuwe ondernemingsbegrip wil de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die goederen en diensten aanbieden op een markt enkel onderwerpen aan de bepalingen in het WER omtrent de inschrijving in de kruispuntbank voor ondernemingen (hierna: KBO) (boek III, titel 2), de boekhoudregels (boek III, titel 3, hoofdstuk 2) en de insolventieregels (boek XX). Dit omdat het nieuwe ondernemingsbegrip slechts een beperkte relevantie heeft en enkel wordt gehanteerd voor het toepassingsgebied van voornoemde bepalingen in het WER.¹⁰⁰¹ Het nieuwe ondernemingsbegrip wordt wel eveneens gehanteerd om de bevoegdheid van de ondernemingsrechtbank te bepalen¹⁰⁰² en het begrip speelt ook een rol bij de bepalingen omtrent het ondernemingsbewijs die vroeger waren opgenomen in artikel 1348*bis* van het Burgerlijk Wetboek en

⁹⁹⁸ Adv.RvS. van 13 februari 2017 over een voorontwerp van wet houdende invoeging van het Boek XX 'Insolventie van ondernemingen', in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhavingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, nr. 60.760/2, overw. 2.3, vn. 7.

⁹⁹⁹ BS 20 juli 2018.

¹⁰⁰⁰ I. VEROUGSTRAETE en J.-P. LEBEAU, "Transferts de compétences: le tribunal de commerce devient le juge naturel de l'entreprise", *TBH* 2014, afl. 6, (543) 548; zie ook E. DIRIX, R. STEENNOT en H. VANHEES (eds.), *Ondernemingsrecht in hoofdlijnen (elfde editie)*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2019, 2 en 7.

¹⁰⁰¹ "Voor de meeste boeken van het WER is het nieuwe ondernemingsbegrip niet relevant, hetzij omdat voor de toepassing ervan niet wordt aangeknoopt bij het ondernemingsbegrip, hetzij omdat een afwijkend ondernemingsbegrip wordt gehanteerd." in J. BAECK en V. VAN EESSEL, "De Wet Hervorming Ondernemingsrecht: het einde van het handelsrecht en de triomf van ondernemingsrecht", *RW* 2018-19, afl. 36, (1403) 1419.

¹⁰⁰² De Wet Natuurlijke Rechter zorgde reeds voor een wijziging in de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel.

sinds kort in artikel 8.11 van het nieuw Burgerlijk Wetboek.¹⁰⁰³ Toch mag er niet te snel worden besloten dat die bepalingen nu plots toepassing vinden op intercommunales.

Vooreerst is iedere onderneming naar Belgisch recht in de zin van artikel I.1. eerste lid, b) van het WER voortaan boekhoudplichtig op grond van artikel III.82, §1, eerste lid, 2° van het WER. Vóór de aanpassing door de wet hervorming ondernemingsrecht werden de *koopman* en de *handelsvennootschap* nog als aanknopingspunten gebruikt voor de regels inzake de boekhouding.¹⁰⁰⁴ Ondanks dat het nieuwe ondernemingsbegrip het oude aanknopingspunt heeft vervangen, heeft dit echter geen impact op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Op boekhoudkundig vlak schreef de organieke regelgeving immers reeds sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw voor dat de boekhouding van intergemeentelijke verenigingen wordt gevoerd overeenkomstig de wetgeving op de boekhouding van de ondernemingen.¹⁰⁰⁵

Ten tweede, de impact van de hervorming ten aanzien van een mogelijk faillissement van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden is eveneens onbestaande, aangezien de toepassing van boek XX van het WER – waarin de regels inzake de insolventie van ondernemingen zijn opgenomen – afhankelijk wordt gesteld van het begrip *schuldenaar*. Artikel I.22, 8° van het WER definieert 'schuldenaar' als een onderneming *met uitzondering van iedere publiekrechtelijke rechtspersoon*.¹⁰⁰⁶ Bovendien was het ondernemingsbegrip zoals dit op vandaag bestaat in artikel I.1, 1° van het WER eigenlijk al in identieke bewoordingen ingevoerd ten aanzien van de insolventie van ondernemingen door artikel 3 van

¹⁰⁰³ Zie omtrent het ondernemingsbewijs J. BAECK en V. VAN EESSEL, "De Wet Hervorming Ondernemingsrecht: het einde van het handelsrecht en de triomf van ondernemingsrecht", *RW* 2018-19, afl. 36, (1403) 1410-1414.

¹⁰⁰⁴ Dit aangezien een 'onderneming' in de zin van het hoofdstuk over de boekhouding van ondernemingen toen nog moest worden beschouwd als onder meer de natuurlijke personen die koopman zijn en de handelsvennootschappen, de openbare instellingen die een statutaire opdracht vervullen van commerciële, financiële of industriële aard, zie het intussen vervangen art. III.82 *juncto* art. I.5, 1° van het WER.

¹⁰⁰⁵ Art. 411, eerste lid en art. 453, eerste lid van het DLB; art. L1523-2, tweede lid van de CDLD; art. 75, eerste lid van de ordonnantie van 5 juli 2018.

¹⁰⁰⁶ J. BAECK en V. VAN EESSEL, "De Wet Hervorming Ondernemingsrecht: het einde van het handelsrecht en de triomf van ondernemingsrecht", *RW* 2018-19, afl. 36, (1403) 1408.

de wet van 11 augustus 2017 houdende invoeging van het Boek XX 'Insolventie van ondernemingen', in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek XX in het Boek I van het Wetboek van economisch recht.¹⁰⁰⁷ Onder de opgeheven faillissementswet van 8 augustus 1997¹⁰⁰⁸ was het daarentegen nog de *koopman* die als aanknopingspunt werd gebruikt om een entiteit failliet te kunnen verklaren.

Niettegenstaande de aanname van een nieuw ondernemingsbegrip zijn de wetgevende hervormingen op het vlak van het faillissementsrecht irrelevant voor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Toch ontbreekt er ook hier enige verantwoording: waarom is er hier geen functioneel onderscheid gehanteerd naargelang de entiteit goederen en diensten aanbiedt op een markt? De vraag had op zijn minst moeten worden gesteld of het nog verantwoord is in het licht van een *level playing field* dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband dat goederen en diensten aanbiedt op een markt, niet failliet kan worden verklaard – terwijl dit uiteraard wel kan ten aanzien van mogelijke concurrenten. Die vraag wordt ook in de rechtsleer gesteld, onder meer door SLAUTSKY en MAYENCE: "*Etait-il compatible avec le principe d'égalité et avec le droit de la concurrence d'exclure de façon absolue l'application des procédures d'insolvabilité aux entreprises publiques de plus en plus nombreuses, intervenant sur des marchés concurrentiels et empruntant toujours plus ostensiblement les formes et les méthodes du droit privé et du droit commercial?*".¹⁰⁰⁹ DE MAREZ en STRAGIER bekritisieren dit mijns inziens dan ook terecht door te stellen dat "[d]e uitsluiting van alle publiekrechtelijke rechtspersonen uit het toepassingsgebied *ratione personae* van Boek XX (...) echter helemaal niet zo vanzelfsprekend (is), zeker wanneer men weet dat de wetgever bij de totstandkoming van de Wet Ondernemingsrecht de inkrimping van de in het oorspronkelijke artikel XX.1 WER voorziene uitsluiting van alle publiekrechtelijke rechtspersonen tot de "publiekrechtelijke rechtspersonen die geen goederen of diensten aanbiedt op een markt" in het

¹⁰⁰⁷ BS 11 september 2017.

¹⁰⁰⁸ BS 28 oktober 1997.

¹⁰⁰⁹ E. SLAUTSKY en A. MAYENCE, "L'inapplicabilité du droit commun de l'insolvabilité aux personnes morales de droit public à l'épreuve du droit des aides d'État", *TBH* 2018, afl. 8, (827) 831.

nieuwe artikel I.1, eerste lid, 1^o, tweede lid, (b) WER als volgt motiveerde: 'Voor publiekrechtelijke rechtspersonen is het uitgangspunt dat ze niet als een onderneming worden gekwalificeerd. Dit is verantwoord door de waarborgen die het publiekrecht biedt met betrekking tot deze rechtspersonen. Bovendien zou de toepassing van regels zoals het insolventierecht de werking van de overheid onevenredig kunnen verstoren. Van dit uitgangspunt wordt afgeweken voor publiekrechtelijke rechtspersonen die goederen of diensten aanbieden op een markt. Omdat ze deelnemen aan het economische leven en in concurrentie treden met privaatrechtelijke actoren, is het verantwoord dat ze principieel aan dezelfde regels als privaatrechtelijke ondernemingen worden onderworpen.'" (eigen onderlijning).¹⁰¹⁰

Ten derde wordt het nieuwe ondernemingsbegrip eveneens gehanteerd om de bevoegdheid van de ondernemingsrechtbank te bepalen aangezien artikel 573, eerste lid van het Gerechtelijk Wetboek de ondernemingsrechtbank bevoegd verklaart voor geschillen tussen ondernemingen in de zin van artikel I.1, 1^o van het WER.¹⁰¹¹ Zoals *supra* al uiteengezet, zorgde de uitbreiding van de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel reeds in het verleden in de praktijk enigszins voor de uitholling van de bepaling dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband geen handelskarakter heeft. Aangezien de rechtbank van koophandel zich in het verleden al verschillende keren bevoegd durfde verklaren ten aanzien van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden toen de koppeling werd gemaakt met het oude ondernemingsbegrip van artikel I.1, 1^o van het WER, is de impact van het nieuwe ondernemingsbegrip ook hier beperkt. In de praktijk werd er vroeger reeds door het 'geen handelskarakter' heen gekeken en werd de wil van de organieke wetgever (later de decreet- en ordonnantiegever) genegeerd. Met de wet hervorming ondernemingsrecht werd de 'rechtbank van

¹⁰¹⁰ Zie D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 44 voor kritiek op de uitsluiting van alle publiekrechtelijke rechtspersonen van de toepassing van boek XX van het WER.

¹⁰¹¹ Hierbij kan voor de volledigheid nog worden gewezen op artikel 2:44 van het WVV dat voorziet dat de ondernemingsrechtbank de nietigheid uitspreekt van een besluit op verzoek van de rechtspersoon of een persoon die belang heeft bij de naleving van de rechtsregel die niet is nagekomen. Zie omtrent de rol die dit artikel mogelijk speelt via de suppletieve verwijzing naar het WVV en de rechtspraak van de Raad van State daaromtrent, *infra* nr. 249.

koophandel' omgedoopt naar de 'ondernemingsrechtbank'. De bevoegdheid van de ondernemingsrechtbank voor iedere publiekrechtelijke rechtspersoon die goederen of diensten aanbiedt op een markt is voortaan wel uitdrukkelijk vastgelegd.

Ten vierde breidt de wet hervorming ondernemingsrecht het toepassingsgebied van de inschrijvingsplicht van ondernemingen in de Kruispuntbank van Ondernemingen (KBO) uit. Vóór de wet hervorming ondernemingsrecht, waren alle handels-, ambachtsondernemingen en niet-handelsondernemingen naar privaatsrecht verplicht om zich respectievelijk met de handels-, ambachtshoedanigheid of hoedanigheid van niet-handelsonderneming naar privaatsrecht te laten inschrijven in de KBO bij een ondernemingsloket van hun keuze en dit vóór de aanvang van hun activiteiten, dit op grond artikel III.49, §1, eerste lid van het WER. Met de wet hervorming ondernemingsrecht werd het handelsbegrip als aanknopingspunt verlaten en dit ten voordele van het nieuwe ondernemingsbegrip. Op grond van artikel III.49, §1, 1° van het WER is voortaan elke onderneming naar Belgisch recht in de zin van art. I.1 (b) en (c) van het WER in principe verplicht om zich vóór de aanvang van de activiteiten in te schrijven in de hoedanigheid van inschrijvingsplichtige onderneming. Ook elke onderneming die in België beschikt over een zetel, een bijkantoor of een vestigingseenheid, dient zich in te schrijven.¹⁰¹²

Op het eerste gezicht lijkt de inschrijvingsplicht in de KBO van toepassing te zijn op intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die goederen of diensten aanbieden op een markt. Artikel III.49, §2 van het WER stelt publiekrechtelijke rechtspersonen die niet de vorm van een vennootschap of een andere rechtspersoon naar privaatsrecht hebben aangenomen echter vrij van de inschrijvingsplicht. De hervormingen hebben bijgevolg geen impact op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die *sui generis* zijn vormgegeven. Indien men te snel zou redeneren, zou men kunnen stellen dat de hervormingen wel een impact hebben op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die goederen of diensten aanbieden op een markt in het Waalse en Brussels

¹⁰¹² Art. III.49, §1, 1° WER.

Hoofdstedelijk Gewest, aangezien die een vennootschapsvorm lijken aan te nemen. Toch is dit niet het geval. De intercommunales in het Waalse en Brussels Hoofdstedelijk Gewest nemen immers evengoed als de Vlaamse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden een *sui generis*-rechtsvorm aan, ondanks dat er wordt gebruik gemaakt van het 'private' vennootschapsrecht (zie *infra* hoofdstuk 2 over de rol van het vennootschapsrecht bij de *sui generis*-rechtsvorm).

Ten slotte kent het hervormde ondernemingsrecht een grotere impact voor intergemeentelijke samenwerking op vlak van het ondernemingsbewijs. Vóór de inwerkingtreding van de wet hervorming ondernemingsrecht konden handelsverbintenissen op grond van artikel 25 van het Wetboek van Koophandel, naast de bewijsmiddelen die het burgerlijk recht toeliet, ook worden bewezen door getuigen in alle gevallen waarin de rechtbank oordeelt dit te moeten toestaan, behoudens de uitzonderingen bepaald voor bijzondere gevallen. Koop en verkoop konden worden bewezen door middel van een aanvaarde factuur, onverminderd de andere bewijsmiddelen die door de wetten op de koophandel waren toegelaten. Het aanknopingspunt van deze bewijsregeling was het begrip *handelsverbintenissen*, wat bovendien ruimer was dan enkel verbintenissen van de handelaar. Artikel 2 en 3 van de wet hervorming ondernemingsrecht nemen de bepalingen op vlak van het bewijs uit het Wetboek van Koophandel over en koppelen die bepalingen ook hier aan het nieuwe ondernemingsbegrip door een artikel 1348*bis* toe te voegen aan het Burgerlijk Wetboek.¹⁰¹³ Op grond van de eerste paragraaf van laatstgenoemd artikel kan het bewijs tussen ondernemingen of tegen ondernemingen, zoals omschreven in artikel I.1, 1^o van het WER, worden geleverd door alle middelen van recht. Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die goederen en diensten aanbieden op een markt lijken voortaan onderworpen te zijn aan artikel 8.11 van het nieuw Burgerlijk Wetboek¹⁰¹⁴ (tot voor kort artikel 1348*bis* van het BW), waardoor de regels inzake het ondernemingsbewijs op hen van toepassing kunnen zijn. Waar de organieke bepaling die inhoudt dat intercommunales geen handelskarakter hebben de

¹⁰¹³ MvT bij het wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/001, 45-46.

¹⁰¹⁴ *BS* 14 mei 2019.

toepassing van het ondernemingsbewijs tot voor kort nog kon 'tegenhouden' aangezien die bepalingen in het Wetboek van Koophandel waren vervat, lijkt dit nu moeilijker te zijn doordat de koppeling met het ondernemingsbegrip wordt gemaakt. Hier is er met andere woorden sprake van een uitholling van de organieke bepaling en bijhorende *ratio legis*, dit door de hantering van dit nieuwe ondernemingsbegrip.

1.1.4. Hedendaagse interpretatie van 'geen handelskarakter' en complicaties

191. Betekenis 'geen handelskarakter' na hervormingen – Hierboven is uiteengezet wat de mogelijke impact is van de recente wetgevende hervormingen op intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Aangezien 'geen handelskarakter' blijkbaar niet kan tegenhouden dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband een onderneming is, lijkt het nieuwe ondernemingsbegrip op het eerste gezicht een grote impact te hebben door intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die goederen en diensten aanbieden op een markt te onderwerpen aan commerciële bepalingen. Toch dient dit te worden genuanceerd, zoals hierboven blijkt. De échte impact, rekening houden met een aantal voorziene uitzonderingen, is beperkt tot het ondernemingsbewijs en – in minder mate – de (uitdrukkelijke) bevoegdheid van de ondernemingsrechter.

Toch valt het niet te ontkennen dat 'geen handelskarakter' nog steeds in de organieke regelgeving staat ingeschreven en dat de bevoegde wetgever hiermee doelt op de onttrekking van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden aan de toepassing van commerciële bepalingen. Vermits het handelsrecht is 'verdwenen' en als het ware is opgegaan in het ondernemingsrecht rijst de vraag welke invulling het begrip 'geen handelskarakter' dat nog steeds wordt gehanteerd in de CDLD en in de ordonnantie van 5 juli 2018 – en tot voor kort ook in het DLB – moet krijgen. Aangezien de wetgever heeft nagelaten om duidelijkheid te scheppen, zijn er naar mijn mening twee hypotheses denkbaar.

A. Hypothese 1: impliciet opheffen van 'geen handelskarakter'

192. Doorgedreven vereenvoudiging – In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot invoering van het wetboek van vennootschappen en verenigingen, wordt de afschaffing van het onderscheid tussen burgerlijke- en handelsdaden en tussen burgerlijke- en handelsvennootschappen verantwoordt als een manier waarop een eerste krachtlijn van het wetboek van 23 maart 2019 van vennootschappen en verenigingen – namelijk 'een doorgedreven vereenvoudiging' – vorm heeft gekregen. De memorie van toelichting verwijst naar de invoering van het nieuwe ondernemingsbegrip in het WER en de daarmee gepaard gaande opheffing van begrippen als 'handelsdaad' en 'handelaar' door de wet hervorming ondernemingsrecht. De afschaffing van het tot nog toe gehanteerde onderscheid tussen burgerlijke en handelsvennootschappen is een reactie op voormelde evolutie, aldus de wetgever.¹⁰¹⁵

193. Eenvormige regelgeving – Uit artikel 4:14, eerste lid van het nieuwe WVV kan worden afgeleid dat de wetgever bovendien een eenvormige regelgeving wou tot stand brengen. Op grond van voormeld artikel is de regel inzake hoofdelijke aansprakelijkheid uitgebreid naar alle maatschappen, aangezien de schrapping van het begrip 'handelsvennootschap' de stellers van het wetsontwerp er immers toe gebracht heeft om een eenvormige regel in te voeren, aldus de memorie van toelichting.¹⁰¹⁶ Als die eenvormigheid tussen burgerlijke daden en handelsdaden de doelstelling was van de wetgever, dan kan hieruit worden afgeleid dat de wetgever ook wel tot doel zou gehad hebben om het onderscheid tussen de noties 'burgerlijk karakter' en 'handelskarakter' af te schaffen met het oog op die eenvormigheid. In een eerste hypothese zou het begrip 'handelskarakter', als onderscheidend criterium ten opzichte van het 'burgerlijk karakter', hierdoor (impliciet) verdwijnen en dus niet langer bestaan.

¹⁰¹⁵ MvT bij het wetsontwerp van 4 juni 2018 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 8.

¹⁰¹⁶ MvT bij het wetsontwerp van 4 juni 2018 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 122.

194. Gevolgen – Het staat vast dat de uitdrukkelijke kwalificatie als hebbende 'geen handelskarakter' *in se* bedoeld is als 'buffer' om bepaalde entiteiten te onttrekken aan commerciële bepalingen van het handelsrecht – het handelsrecht dat intussen is geïncorporeerd in het ondernemingsrecht. Met het nieuwe ondernemingsbegrip zijn intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die goederen of diensten aanbieden op een markt voortaan op grond van artikel I.1, 1°, tweede lid b) van het WER als onderneming in de zin van het WER te beschouwen, wat slechts een beperkt aantal gevolgen met zich meebrengt (zie *supra* nr. 187 e.v.). Door het feit dat 'geen handelskarakter' echter niet langer lijkt te kunnen tegenhouden dat een intercommunale als onderneming wordt gekwalificeerd, rijst de vraag: 'viel er wel nog iets te *counteren*?'.

Enkel de toepassing van de regels inzake het bewijs werd nog 'tegengehouden' door het feit dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geen handelskarakter hebben. In de eerste hypothese die de afschaffing van 'geen handelskarakter' vooropstelt, zou die verdwijning eigenlijk geen verandering teweegbrengen, aangezien de bepaling 'geen handelskarakter' is uitgehold door de overschakeling naar het ondernemingsbegrip. De bepaling dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geen handelskarakter hebben, is voortaan een loze bepaling. Met andere woorden: in de hypothese dat die buffer toch behouden zou blijven, heeft dit geen impact op de toepassing van die bepalingen waarvan zij in het verleden waren uitgesloten door hun gebrek aan handelskarakter. Dit zou het geval zijn omdat er voortaan een ondernemingsbegrip aan hun toepassing wordt vastgeknoopt, gekoppeld aan het feit dat 'geen handelskarakter' niet kan tegenhouden dat een intercommunale een onderneming is.

195. Ratio legis – Het is duidelijk dat de bedoeling van de organieke wetgever (en vervolgens de decreet- en ordonnantiegever) om de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden te onttrekken aan commerciële bepalingen, de laatste jaren onderuit is gehaald door ingrepen van de federale wetgever, aangesterkt door Europese invloeden. In de eerste hypothese wordt er door de gewestelijke regelgever zelf – enigszins machteloos – in de feiten niet langer voorzien in een

'counter'-mogelijkheid die de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die op de economische markt optreden, vrijstelt van commerciële verplichtingen.

Aangezien de bepaling in de eerste hypothese een leeg begrip is geworden, zou de decreet- en ordonnantiegever de bepaling in deze interpretatie eenvoudigweg kunnen schrappen. Dit is wat de Vlaamse decreetgever intussen heeft doorgevoerd met artikel 92, 1^o van het decreet tot wijziging van diverse decreten wat betreft versterking van de lokale democratie. De Vlaamse decreetgever baseert zich daarbij op de idee dat het statuut van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden als publiekrechtelijke organen met een *sui generis*-statuut, vooral vanuit fiscaalrechtelijk perspectief, intussen voldoende duidelijk is.¹⁰¹⁷

Toch zou het feit dat de bepaling de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden al méér dan een eeuw wil onttrekken aan commerciële bepalingen, de gewestelijke regelgever moeten aanzetten tot een grondige reflectie over de/een uitzonderingsbepaling, met één en ander over de intercommunale als verlengstuk van de gemeente in het achterhoofd. Al decennialang is het de wil van de organieke regelgever om de intercommunale te onttrekken aan bepaalde commerciële voorschriften en benadrukt hij dat de intercommunale 'nooit of te nimmer kan worden beschouwd als een commerciële vennootschap'. Of zij dit vandaag niet langer wenst, is uiteraard deels een politieke discussie die op deze plaats in dit proefschrift niet zal worden aangesneden. *Infra* in DEEL III, 2.1.1.A.

¹⁰¹⁷ "Het tweede lid van artikel 397 wordt opgeheven omdat het huidige ondernemingsrecht geen gebruik meer maakt van de begrippen 'handelsdaden' en 'handelaar' voor het onderscheid tussen handels- en burgerlijke vennootschappen. Het wetboek van koophandel maakte dat onderscheid dat bepalend was voor de bevoegdheid van de rechtbank, het toepasselijke bewijsrecht en het toepassingsgebied van de faillissementswet. Het nieuwe ondernemingsrecht voerde een centraal ondernemingsbegrip in, dat dit onderscheid niet langer maakt. Deze verwijzing werd destijds (1922) in de wet opgenomen om aan te duiden dat intercommunales, winstbejag niet als doel konden hebben en is sindsdien hernomen in latere wetten en decreten. Er bestaat ondertussen duidelijkheid over het statuut van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden als publiekrechtelijke organen met een sui generis statuut, vooral vanuit fiscaalrechtelijk perspectief." (eigen onderlijning) in art. 81 van het voorontwerp van decreet tot wijziging van diverse decreten wat betreft versterking van de lokale democratie, *Parl.St.* VI. Parl. 2019-2020, nr. 0880/2ter.

wordt wel ingegaan op de mogelijkheden van de gewestelijke regelgever wat zijn bevoegdheid betreft.

B. Hypothese 2: dynamische interpretatie

196. *Ratio legis* & art. 254, eerste lid wet hervorming ondernemingsrecht

– Een tweede hypothese bouwt voort op de *ratio legis* van de bepaling dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden 'geen handelskarakter' hebben en wordt onder meer gestaafd door artikel 254 van de wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht. Op grond van het eerste lid van dit artikel dienen in alle wetten, tenzij anders bepaald, de begrippen 'handelaar' of 'koopman' in de zin van artikel 1 van het Wetboek van Koophandel te worden verstaan als 'onderneming' in de zin van artikel I.1, 1^o van het WER en dit vanaf de datum van inwerkingtreding van deze wet.¹⁰¹⁸ Volgens de memorie van toelichting leidt de invoering van het verruimde ondernemingsbegrip in het WER tot de vervanging van de begrippen 'handelaar' en 'koopman' door het begrip 'onderneming'. Indien gelijk welke wet toch nog gebruik maakt van 'handelaar' of 'koopman', dienen beide begrippen voortaan te worden begrepen als 'onderneming' indien de begrippen 'koopman' of 'handelaar' in die bepaalde wetgeving dienen te worden begrepen in de zin van artikel 1 van het Wetboek van Koophandel. De memorie van toelichting vermeldt nog dat de nieuwe ondernemingsdefinitie "*de roeping [heeft] om gebruikt te worden in plaats van het begrip "handelaar", "koopman", "handelsvennootschap" en verwante begrippen.*" (eigen onderlijning).¹⁰¹⁹

Het intussen opgeheven artikel 1 van het Wetboek van Koophandel, stelde dat kooplieden zij zijn die daden uitoefenen, bij de wet daden van koophandel

¹⁰¹⁸ In afwijking van het eerste lid van artikel 254 van dezelfde wet, voorziet het tweede lid van hetzelfde artikel dat deze wet de toepassing van wettelijke, reglementaire of deontologische bepalingen die met verwijzing naar 'handelaar', 'koopman' of afgeleide begrippen beperkingen opleggen aan de toegelaten activiteiten van gereguleerde beroepen, onverlet laat.

¹⁰¹⁹ MvT bij het wetsontwerp van 20 april 2017 houdende invoering van het Boek XX "Insolventie van ondernemingen", in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoering van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.* Kamer, 2016-17, nr. 2407/001, 26.

genoemd, en daarvan, hoofdzakelijk of aanvullend, hun gewoon beroep maken. Gelet op het feit dat het begrip 'geen handelskarakter' moet worden geïnterpreteerd in de zin dat die entiteiten geen 'handelaar' zijn, kan ervoor worden gepleit dat er moet worden aangenomen dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voortaan geen 'onderneming' zijn. Ook in de organieke regelgeving kan mogelijk een dynamische interpretatie worden gehanteerd van het begrip 'geen handelskarakter' naar 'geen ondernemingskarakter', gelet op de *ratio legis* van de nieuwe wet en de *ratio legis* van de regelgeving omtrent intergemeentelijke samenwerking. Zie ook omtrent de regelgeving door verwijzing en de dynamische interpretatie op het vlak van de rechtsvorm, *infra* 2.

197. Nuancering nodig? – Artikel 254, eerste lid van de wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht heeft het enkel over *wetten* die 'handelaar' en 'daden van koophandel' hanteren. Het kan niet worden ontkend dat wat de intergemeentelijke samenwerking betreft, hun 'gebrek aan handelskarakter' is opgenomen in gewestelijke regelgeving, met andere woorden in een decreet en een ordonnantie. Of daaruit moet worden afgeleid dat die wijzigingsbepaling niet geldt voor de handelsrechtelijke begrippen in decreten en ordonnanties, maar enkel voor wetten, is maar de vraag. De federale wetgever heeft nagelaten om hier duidelijkheid over te scheppen, terwijl de Raad van State in zijn advies nochtans had opgemerkt dat "*de verwijzing naar 'alle wetten' geen betrekking (kan) hebben op de wetten betreffende aangelegenheden die thans ressorteren onder de bevoegdheden van de gemeenschappen of de gewesten*" en dat het "*aanbeveling (verdient) dit uitdrukkelijk in herinnering te brengen in de bespreking van de bepaling*".¹⁰²⁰ Deze redenering kan echter ook in de omgekeerde zin worden opgeworpen ten aanzien van de eerste hypothese door te stellen dat de federale wetgever niet bevoegd is om wijzigingen aan te brengen die een impact hebben op de organieke bepaling die in 'geen handelskarakter' voorziet. *Infra* in DEEL III, 2.1.1. wordt er verder ingegaan op de bevoegdheidskwestie.

¹⁰²⁰ Adv.RvS nr. 61.995/1/2/3 van 9 oktober 2017 over een voorontwerp van wet 'houdende hervorming van het ondernemingsrecht', 28.

Anderzijds zou er volgens mij evengoed kunnen worden geargumenteed dat er sprake is van de wetgevingstechniek van regelgeving door verwijzing waarbij de gewestelijke regelgever een 'federaal' begrip/toepassingsgebied hanteert, en dit bijgevolg – gelet op artikel 254, eerste lid – dynamisch dient te worden geïnterpreteerd.

198. Gevolgen – Het gevolg van de tweede hypothese is dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden niet als ondernemingen in de zin van artikel I.1, 1°, eerste lid van het WER worden beschouwd. De concrete impact is opnieuw beperkt. Gelet op reeds voorziene uitzonderingen voor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (zie *supra* nr. 190) zou de interpretatie in de tweede hypothese enkel zorgen voor de niet-toepasselijkheid van de regels inzake het ondernemingsbewijs, aangezien het nieuwe ondernemingsbegrip in artikel I, 1, 1°, eerste lid van het WER enkel daarop een concrete impact heeft. Verregaander is de impact op de bevoegdheid van de ondernemingsrechtbank. Indien de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geen ondernemingskarakter hebben, en dus geen ondernemingen zijn, kan de ondernemingsrechtbank zich naar mijn mening niet langer bevoegd verklaren. Méér nog, de ondernemingsrechtbank is dan eigenlijk al niet meer bevoegd sinds de inwerkingtreding van de wet hervorming ondernemingsrecht op 1 november 2018. Dit zou in ieder geval tegemoet komen aan en stroken met de oorspronkelijke bedoeling van de organieke wetgever in 1922, namelijk om de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden te onttrekken aan de bevoegdheid van de handelsrechtbank. Meer hierover *infra* DEEL III.

1.2. Uitdrukkelijke kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon

199. Opbouw – De uiteenzetting van de kwalificatie van (de verbintenissen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden als hebbende 'geen handelskarakter' (zie *supra* 1.1.) was een eerste stap in het doorgronden van de aard en het karakter van de intercommunale. Anderzijds is er in de regelgeving van de drie gewesten omtrent intergemeentelijke samenwerking nog een kwalificatie opgenomen die de aard en het karakter van de intercommunale verder vormgeeft. Zowel in het DLB¹⁰²¹, als in de CDLD¹⁰²² en in de ordonnantie van 5 juli 2018¹⁰²³ is het intergemeentelijk samenwerkingsverband uitdrukkelijk gekwalificeerd als 'publiekrechtelijke rechtspersoon'.¹⁰²⁴

In dit onderdeel wordt die uitdrukkelijke kwalificatie geanalyseerd en geëvalueerd. Eerst wordt er onderzocht wat de kwalificatie betekent (1.2.1.). Vervolgens wordt er nagegaan wat de concrete impact en de gevolgen zijn van de uitdrukkelijke kwalificatie voor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en welke problemen er bij het gebruik van het begrip 'publiekrechtelijke rechtspersoon' opduiken (1.2.2.).

¹⁰²¹ Art. 397, eerste lid DLB: "*Het samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid is een publiekrechtelijke rechtspersoon met een rechtsvorm waarvan de kenmerken vastgesteld zijn krachtens de bepalingen van deze titel.*".

¹⁰²² Art. L1512-6. §1 CDLD: "*Quel que soit leur objet, les associations de projet et les intercommunales exercent des missions de service public et à ce titre sont des personnes morales de droit public.*".

¹⁰²³ Art. 54 ordonnantie van 5 juli 2018: "*Intercommunales zijn publiekrechtelijke rechtspersonen.*".

¹⁰²⁴ Naast de kwalificatie van bepaalde entiteiten als publiekrechtelijke rechtspersonen, kwalificeert de regelgever instanties ook uitdrukkelijk als privaatrechtelijke rechtspersonen. Zo wordt het Fonds Wetenschappelijk Onderzoek als 'privaatrechtelijke' stichting van openbaar nut omschreven, zie artikel 15, §1, eerste lid van het decreet van 30 april 2009 betreffende de organisatie en financiering van het wetenschaps- en innovatiebeleid; zie hieromtrent ook F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 21.

1.2.1. Betekenis van de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon

200. Historische evolutie en cassatierechtspraak – Op vandaag kwalificeert de bevoegde wetgever het intergemeentelijk samenwerkingsverband in de drie gewesten uitdrukkelijk als publiekrechtelijke rechtspersoon. Die uitdrukkelijke kwalificatie was niet altijd zo vanzelfsprekend.

Zoals uit het rechtshistorisch onderzoek is gebleken, bestond er al sinds de eerste specifieke wetten die werden aangenomen aan het eind van de 19^e en begin van de 20^{ste} eeuw onduidelijkheid over het aard en karakter van de intercommunale. De eerste algemene kaderwet van 1 maart 1922 liet na om zaken op te helderen. In de decennia die daarop volgden, waren zowel rechtspraak als rechtsleer verdeeld over de vraag of een intercommunale als een 'publiekrechtelijke' of een 'privaatrechtelijke' rechtspersoon moest worden beschouwd. Er bestonden slechts impliciete aanwijzingen omtrent het publiek- of privaatrechtelijk karakter van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Het wetsontwerp Vermeylen *d.d.* 1951 kwalificeerde de intercommunale wel uitdrukkelijk als een 'publieke rechtspersoon', maar dit wetsontwerp werd niet aangenomen. De discussie over het privaat- of publiekrechtelijk karakter van de intercommunale kaderde bovendien in een ruimere discussie over de plaats van overheidsrechtspersonen – zoals bijvoorbeeld de NMBS en de Nationale Maatschappij der Waterleidingen – in het publiek- of het privaatrecht.¹⁰²⁵

Na jarenlange onzekerheid sprak het Hof van Cassatie zich op 21 april 1966 uit over een intergemeentelijk samenwerkingsverband dat actief was in de elektriciteits- en gasvoorziening. Het Hof ging over tot de uitdrukkelijke kwalificatie van de intercommunale als 'publiekrechtelijke rechtspersoon'. Volgens het Hof is de elektriciteits- en gasvoorziening een openbare dienst in functionele zin van het woord en is de intercommunale, organiek gezien, een publieke persoon

¹⁰²⁵ Zie hieromtrent onder meer: F. DE VISSCHERE, "De N.M. der Belgische Spoorwegen in de nieuwste rechtspraak van het Hof van Cassatie en van de Raad van State", noot onder Cass. 27 november 1957, *TBP* 1958, afl. 1, (159) 159-162 en A. BUTTGENBACH, "Note d'observations", noot onder Cass. 2 december 1954, *RJDA* 1955, afl. 1, (57) 57-60.

– hoewel zij volgens het Hof een privaatrechtelijke verenigingsvorm aanneemt.¹⁰²⁶ Het Hof van Cassatie oordeelde dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die zijn opgericht op grond van de wet van 1 maart 1922 erop zijn gericht om "*in het openbaar belang, zaken van gemeentelijk belang gemeenschappelijk te regelen en te beheren, dit wil zeggen om, in de plaats van de gemeenten, een openbare dienst te beheren (...) en die, bij ontstentenis van de vereniging, door de gemeenten uitgeoefend zou geweest zijn (...)*" (eigen onderlijning).¹⁰²⁷ Volgens het Hof van Cassatie zijn ze voorts openbare instellingen die als publiekrechtelijke rechtspersonen belast zijn met een administratieve taak: "*noch haar vorm van samenwerkende vennootschap noch de modaliteiten overeenkomstig artikel 5 van gezegde wet in haar statuten bepaald, (...) [miskennen] de biezondere aard van de vereniging van gemeenten (...) om een openbare instelling te zijn krachtens de wet zelf tot stand gebracht als een door de wet zelf opgerichte openbare dienst (art. 4 van de wet van 1 maart 1922) als rechtspersoon van publiek recht met een administratieve opdracht belast (...)*" (eigen onderlijning).¹⁰²⁸ Met deze uitspraak maakte het Hof van Cassatie een einde aan de discussie omtrent het rechtsstatuut van de intercommunale.¹⁰²⁹ Het Hof stelt bovendien ook meer concreet dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband belast is met een administratieve opdracht "*waarop de wet van bestendigheid en van regelmatigheid van de openbare dienst toepasselijk is en terwijl, dienvolgens, haar goederen, voor deze dienst bestemd, niet aan een particulier toebehoren (...)*".¹⁰³⁰

201. Weinig verduidelijking door de wetgever – Na het vellen van het arrest van 21 april 1966 zou het nog twintig jaar duren vooraleer de wetgever de

¹⁰²⁶ Cass. 21 april 1966, RW 1967, afl. 6, (293) 294.

¹⁰²⁷ Cass. 21 april 1966, RW 1967, afl. 6, (293) 295.

¹⁰²⁸ Cass. 21 april 1966, RW 1967, afl. 6, (293) 295.

¹⁰²⁹ *In casu* ging het om een intercommunale die was opgericht krachtens de kaderwet van 1 maart 1922. Toch kan er van worden uitgegaan dat ook de intercommunales die zijn opgericht krachtens specifieke wetten eveneens publiekrechtelijke instellingen zijn, zie ook D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 210: "*Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 22 april 1966, op ondubbelzinnige wijze, de interkommunale maatschappijen, die opgericht zijn overeenkomstig de kaderwet van 1 maart 1922 (en minstens impliciet ook, die opgericht zijn krachtens bijzondere interkommunale wetten) geplaatst in de sfeer van het publiek- en administratief recht*" (eigen onderlijning).

¹⁰³⁰ Cass. 21 april 1966, RW 1967, afl. 6, (293) 295.

kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon ook wettelijk zou verankeren in de kaderwet van 22 december 1986.¹⁰³¹ Die uitdrukkelijke kwalificatie werd vervolgens overgenomen in alle latere organieke wetgeving.¹⁰³²

De wetgever gaf zelf niet veel verduidelijking bij wat onder de kwalificatie als 'publiekrechtelijke rechtspersoon' moet worden begrepen. De memorie van toelichting bij de kaderwet van 1986 betreffende de intercommunales vermeldt enkel dat "*door te stellen dat de intercommunales publiekrechtelijke rechtspersonen zijn, (...) de algemene beginselen van het administratief recht er toepassing op [vinden].*" (eigen onderlijning).¹⁰³³ De memorie van toelichting geeft evenwel niet mee wat die 'algemene beginselen van het administratief recht' precies inhouden.

De minister van Binnenlandse Zaken trachtte wat verduidelijking te brengen. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de kaderwet van 22 december 1986 stelt de minister dat het karakter van publiekrechtelijke rechtspersoon het intergemeentelijk samenwerkingsverband verschillende voordelen biedt. Hij somt daarbij vijf voordelen op: het vermoeden van overeenstemming met het recht (*le privilège de préalable*), de uitvoerbaarheid van de beslissingen van rechtswege (*le privilège de l'exécution d'office*), de onmogelijkheid van beslaglegging op de goederen door de schuldeiser, het principe van de benuttigingsgelijkheid en het

¹⁰³¹ Art. 3 van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales: "*De intercommunales zijn publiekrechtelijke rechtspersonen.*".

¹⁰³² Art. 5, §1, eerste lid decreet van 5 december 1996 betreffende de Waalse intercommunales: "*Quel que soit leur objet, les intercommunales exercent des missions de service public et à ce titre sont des personnes morales de droit public.*" (opgeheven); art. 11, eerste lid DIS: "*Het samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid is een publiekrechtelijke rechtspersoon met een rechtsvorm waarvan de kenmerken vastgesteld zijn krachtens de bepalingen van dit decreet.*" (opgeheven); art. 397, eerste lid DLB: "*Het samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid is een publiekrechtelijke rechtspersoon met een rechtsvorm waarvan de kenmerken vastgesteld zijn krachtens de bepalingen van deze titel.*"; art. L1512-6. §1 CDLD: "*Quel que soit leur objet, les associations de projet et les intercommunales exercent des missions de service public et à ce titre sont des personnes morales de droit public.*"; art. 54 ordonnantie van 5 juli 2018: "*Intercommunales zijn publiekrechtelijke rechtspersonen.*".

¹⁰³³ MvT bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/1, 3.

principe van de continuïteit van de openbare dienst.¹⁰³⁴ Het principe van de benuttigingsgelijkheid en het principe van de continuïteit van de openbare dienst zijn te kwalificeren als twee van de drie bestaande 'wetten van de openbare dienst'. '*Le privilège de préalable*' en '*le privilège de l'exécution d'office*' vinden hun oorsprong eveneens in één van de wetten van de openbare dienst, nl. het continuïteitsbeginsel.¹⁰³⁵ Daarnaast somt de memorie van toelichting de onmogelijkheid van beslaglegging op de goederen door de schuldeiser op, waarbij het continuïteitsbeginsel aan de oorsprong van de beperking op de beslagbaarheid van goederen van publiekrechtelijke rechtspersonen ligt.¹⁰³⁶ De vijf voordelen die worden opgesomd zijn dus eigenlijk allen terug te brengen tot de wetten van de openbare dienst.¹⁰³⁷ De minister stelde ook nog dat de uitdrukkelijke kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon moet voorkomen dat intercommunales worden verward met handelsvennootschappen.¹⁰³⁸

¹⁰³⁴ Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 125/11, 50-51; voorts verduidelijkt de minister op pagina 50-51 van hetzelfde verslag dat het "[b]elangrijker is te voorkomen dat intercommunales worden verward met handelsvennootschappen; aan deze betrachting beantwoordt het wetsontwerp door, in tegenstelling tot de wet van 1 maart 1922, de intercommunales publiekrechtelijke rechtspersonen te noemen." (eigen onderlijning). Om de terugkoppeling met het vorig onderdeel (*supra* 1.1.) te maken, blijkt uit deze zinsnede dat haar uitdrukkelijke kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon de intercommunale er ook voor moet behoeden dat zij als (privaatrechtelijke) handelsvennootschap wordt beschouwd. De mix van publieke en private elementen in het organiek kader was ongetwijfeld een ingrediënt voor verwarring omtrent het rechtsstatuut van de intercommunale. De publiekrechtelijke kwalificatie moest die twijfel wegwerken.

¹⁰³⁵ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 70-71; zie over de toepassing van deze twee beginselen op de intercommunale R. MAES, "Juridische aard" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (321) 336-338.

¹⁰³⁶ S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Mortsel, Intersentia, 2019, 427-430; zie ook R. MAES, "Juridische aard" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (321) 334-335.

¹⁰³⁷ Zie ook S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Mortsel, Intersentia, 2019, 427-430: "Verder is het continuïteitsbeginsel de verklaring voor o.a.: het vermoeden van wettigheid en het dwingend en uitvoerbaar karakter van de bestuurshandeling (...); de beperkingen op de gedwongen tenuitvoerlegging op de goederen van de overheid; de principiële onmogelijkheid om organieke publiekrechtelijke rechtspersonen failliet te verklaren; [enzovoort].".

¹⁰³⁸ De minister verduidelijkt dat het "[b]elangrijker is te voorkomen dat intercommunales worden verward met handelsvennootschappen; aan deze betrachting beantwoordt het wetsontwerp door, in tegenstelling tot de wet van 1 maart 1922, de intercommunales publiekrechtelijke rechtspersonen te noemen." (eigen onderlijning), in Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt,

In 1996 is er in de artikelsgewijze bespreking bij *le projet de décret relatif aux intercommunales wallonnes* opnieuw verduidelijkt dat de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon de toepassing van de algemene beginselen van het administratief recht met zich meebrengt: "*En consacrant que les intercommunales sont des personnes morales de droit public, les principes généraux du droit administratif trouvent à s'appliquer, et ce, nonobstant l'emprunt éventuel d'une forme commerciale.*" (eigen onderlijning).¹⁰³⁹ De memorie van toelichting bij de ordonnantie van 5 juli 2018 betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten stelt eveneens dat de algemene beginselen van administratief recht gelden door de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon: "*Door tot regel te verheffen dat intercommunales publiekrechtelijke rechtspersonen zijn, gelden de algemene beginselen van het administratief recht.*" (eigen onderlijning).¹⁰⁴⁰ In het ontwerp van het DIS in 2001 is daarentegen niet verduidelijkt wat er onder de kwalificatie van de intercommunale als 'publiekrechtelijke rechtspersoon' moet worden begrepen, maar is de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon blindelings overgenomen.¹⁰⁴¹ De uitleg die de bevoegde wetgevers hebben gegeven, is beperkt maar stemt in ieder geval overeen met de *ratio legis* van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales.

Parl.St. Kamer 1985-86, nr. 125/11, 50-51. Om de terugkoppeling met het vorig onderdeel (*supra* 1.1.) te maken, blijkt uit deze zinsnede dat haar uitdrukkelijke kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon de intercommunale er ook voor moet behoeden dat zij als (privaatrechtelijke) handelsvennootschap wordt beschouwd. De mix van publieke en private elementen in het organiek kader was ongetwijfeld een ingrediënt voor verwarring omtrent het rechtsstatuut van de intercommunale. De publiekrechtelijke kwalificatie moest die twijfel wegwerken.

¹⁰³⁹ MvT bij projet de décret relatif aux intercommunales wallonnes, *Parl.St.* W.Parl. 1995-96, nr. 167/1, 4; in dezelfde artikelsgewijze toelichting wordt trouwens vermeld op pagina 4 dat: "*Ainsi comme prévu au paragraphe 2, elles peuvent notamment exproprier, emprunter et solliciter des subventions. De même, l'identité de l'intercommunale, en tant que service public autonome et responsable, doit être affirmée de manière non équivoque. En effet, l'intercommunale est d'abord et avant tout une personne morale de droit public, quels que soient les associés.*" (eigen onderlijning).

¹⁰⁴⁰ MvT bij ontwerp van ordonnantie betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten, *Parl.St.* Br.Parl. 2017-18, nr. 576/1, 31.

¹⁰⁴¹ Ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1.

202. Verduidelijking in de rechtsleer – Het overgrote aandeel van de rechtsleer die handelt over intergemeentelijke samenwerking beperkt zich tot de loutere vermelding van de uitdrukkelijke kwalificatie van de intercommunale als publiekrechtelijke rechtspersoon. Slechts enkele auteurs gaan in op de betekenis van de kwalificatie, zij het heel beperkt en zonder op fundamentele wijze na te gaan wat de concrete gevolgen ervan zijn.

Net zoals de vermelde voorbereidende werken stelt VANHAEVERBEEK dat de bepaling dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden publiekrechtelijke rechtspersonen zijn "*consacre donc la thèse, aujourd'hui unanime, suivant laquelle les intercommunales sont des personnes morales de droit public et cela quels que soient leur composition, leur forme et leur objet. Les principes généraux du droit administratif trouvent donc à s'appliquer.*" (eigen onderlijning).¹⁰⁴² Verschillende auteurs schrijven dat de beginselen van de openbare dienst – het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst, het continuïteitsbeginsel en het beginsel van de benuttigingsgelijkheid – moeten worden gewaarborgd ten aanzien van de intercommunale.¹⁰⁴³ Volgens VANHAEVERBEEK gelden *le privilège de préalable* en *le privilège de l'exécution d'office* evenwel niet ten aanzien van het intergemeentelijk samenwerkingsverband, dit niettegenstaande het feit dat de minister van Binnenlandse Zaken beide principes wel toepasselijk achtte anno 1986 – zoals hierboven werd meegegeven.¹⁰⁴⁴ DEBIÈVRE en VERHULST vermelden in dit kader dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband wel degelijk 'de publiekrechtelijke prerogatieven' geniet: "*[i]n de rechtsleer en de rechtspraak bestaat de consensus dat de intercommunale vereniging, als dienstgewijs gedecentraliseerd lichaam, een persoon van publiek recht is, een openbare dienst inhoudt en een administratieve overheid in de zin van artikel 14 R.v.St.-Wet uitmaakt. De intercommunale geniet de publiekrechtelijke prerogatieven.*"¹⁰⁴⁵

¹⁰⁴² J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales*, Brussel, Nemesis, 1988, 70.

¹⁰⁴³ Zie J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales*, Brussel, Nemesis, 1988, 72; J. DEBIÈVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, (91) 127; M. VERHULST, *De intergemeentelijke samenwerking in Vlaanderen*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 89.

¹⁰⁴⁴ J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales*, Brussel, Nemesis, 1988, 72.

¹⁰⁴⁵ J. DEBIÈVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, (91) 127;

Volgens SURDIACOURT faciliteert de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon de combinatie van kenmerken van particuliere ondernemingen met die van openbare ondernemingen.¹⁰⁴⁶ MAES gaat als één van de enigen verder in op de aard van het intergemeentelijk samenwerkingsverband. Volgens hem houdt "[h]et publiekrechtelijk karakter van een instelling (...) in essentie in dat omwille van de na te streven opdracht van algemeen belang deze instelling door een rechtsregeling wordt beheerst die afwijkt van die welke van toepassing is op particulieren of op privé-organisaties of die – zoals dan wel eens gesteld wordt – afwijken van het gemeen recht."¹⁰⁴⁷ OPDEBEEK en DE SOMER stellen dat "[d]e wetten van de openbare dienst, (...) ook te beschouwen zijn als algemene beginselen van het bestuursrecht."¹⁰⁴⁸ Dit versterkt het vermoeden dat de wetgever in 1986 wel degelijk de toepassing van de wetten van de openbare dienst op de intercommunale beoogde.

Samengevat is aan te nemen dat de kwalificatie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband als publiekrechtelijke rechtspersoon bedoeld is om de toepassing van 'algemene beginselen van het administratief recht' te impliceren. De memorie van toelichting, de passages in de voorbereidende werken en de rechtsleer vullen die 'algemene beginselen van administratief recht' echter licht anders in. De rechtsleer die op de intercommunale betrekking heeft, biedt opvallend weinig verduidelijking over wat de gevolgen zijn van de kwalificatie van de intercommunale als publiekrechtelijke rechtspersoon. Hierdoor is het enigszins precair om de concrete impact van de uitdrukkelijke publiekrechtelijke kwalificatie op de intergemeentelijke entiteiten louter op die basis te bepalen. Daarom wordt er hieronder 'even verder gekeken' dan de rechtsleer die zich enkel op

M. VERHULST, *De intergemeentelijke samenwerking in Vlaanderen*, Brugge, Vanden Broele, 2016, 89.

¹⁰⁴⁶ SURDIACOURT stelt dat de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon "*lui procurant des avantages légaux spécifiques, lui permet de conjuguer certaines caractéristiques propres aux sociétés privées à celles des entreprises publiques.*" in N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 21.

¹⁰⁴⁷ R. MAES, "Juridische aard" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (321) 329.

¹⁰⁴⁸ S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Mortsel, Intersentia, 2019, 343.

intergemeentelijke samenwerking focust. Het onderscheid tussen de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke rechtspersoon (als dit onderscheid al strikt is te maken) is immers een complex gegeven dat een genuanceerde analyse vraagt.¹⁰⁴⁹ Hieronder wordt er nagegaan welke gevolgen er 'in het algemeen' worden gekoppeld aan een publiekrechtelijke kwalificatie van een entiteit. Vervolgens wordt onderzocht of die gevolgen overeenstemmen met de bedoeling van de wetgever bij de uitdrukkelijke kwalificatie van de intercommunale en dus m.a.w. met de *ratio legis*.

203. Betekenis 'in het algemeen' – Verschillende handboeken en bijdragen hanteren het onderscheid tussen publiek- en privaatrechtelijke rechtspersonen en doen een poging tot definiëring van beide concepten. Volgens MAST *et al.* zijn publiekrechtelijke rechtspersonen opgericht "*met het oog op de behartiging van algemene belangen*" en beschikken zij daartoe "*over bijzondere prerogatieven*".¹⁰⁵⁰ Volgens DE SOMER en OPDEBEEK verwijst de term 'publiekrechtelijke rechtspersoon' "*in zijn zuivere betekenis (...) enkel naar door de overheid opgerichte rechtspersonen die niet conform de dwingende regels van het privaatrecht zijn vormgegeven en dus een 'sui generis'-statuut hebben*".¹⁰⁵¹ Privaatrechtelijke rechtspersonen worden daarentegen "*in de regel opgericht op privé-initiatief en hebben in beginsel dan ook geen prerogatieven van openbaar gezag*".¹⁰⁵²

Vaak wordt er in eenzelfde adem gewezen op het feit dat het moeilijk is om het onderscheid tussen publiek- en privaatrechtelijke rechtspersonen te maken, maar

¹⁰⁴⁹ Voor een grondige analyse van het onderscheid tussen publiek- en private rechtspersonen, zie F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, doctoraatssthesis Rechten UGent, 2003.

¹⁰⁵⁰ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 97.

¹⁰⁵¹ S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Mortsel, Intersentia, 2019, 282.

¹⁰⁵² S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Mortsel, Intersentia, 2019, 278; zie ook A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 93.

dat dit onderscheid wel relevant blijft.¹⁰⁵³ Hier kan opnieuw worden verwezen naar VANDENDRIESSCHE: *"De tweedeling in publiek- en privaatrechtelijke rechtspersonen blijft relevant. Hoezeer ook de grens kan vervagen tussen 'publieke' en 'private' personen, tussen overheidspersonen en privaatrechtelijke personen, toch kan moeilijk worden voorgehouden dat zich inzake rechtsbescherming, toezicht, bevoegdheden en opdrachten geen verschillende benadering opdringt."*¹⁰⁵⁴ VERBEYST schrijft hierover: *"Het klassieke onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen (stemt) niet overeen met de praktijk, die voornamelijk gekenmerkt wordt door hybride rechtsvormen. Toch blijft de kwalificatie van deze hybride rechtsvormen als publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk relevant, gezien de rol die deze kwalificatie speelt in het toepassingsgebied van diverse wetgevingen."* (eigen onderlijning).¹⁰⁵⁵

De kwalificatie van een entiteit als publiek- of privaatrechtelijke rechtspersoon blijft relevant aangezien het onderscheid tussen beiden – en ruimer gesteld tussen 'overheidspersonen' en 'privépersonen' – in de wetgeving, de rechtspraak en de rechtsleer wordt gebruikt om welbepaalde regelgeving van toepassing te verklaren en bijgevolg om een verschillende behandeling tussen beide soorten

¹⁰⁵³ Zo wijzen DE SOMER en OPDEBEEK op de vervaging van het onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen en dit zowel op het vlak van 1) de rechtsvorm als 2) op inhoudelijk vlak (activiteiten/instrumentarium), zie S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Mortsel, Intersentia, 2019, 280-283; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 89-99.

¹⁰⁵⁴ *"Toch kan niet worden voorgehouden dat het onderscheid tussen publieke en private rechtspersonen een valse of onbestaande tegenstelling is waaraan alle waarde moet worden ontzegd. Het is niet omdat tussen algemeen en particulier belang, tussen één- en meerzijdige technieken en tussen publieke en private rechtsvormen geen strikte scheiding kan en mag worden gemaakt, dat het nut van het onderscheid in het gedrang komt. (...) Het uitvoeren van een taak die door de gemeenschap van essentieel belang wordt geacht, moet met de nodige waarborgen worden omgeven om de uitvoering ervan te allen tijde en desnoods met dwang te verzekeren. Om een willekeurige aanwending van die dwang of een afwending van de bijzondere waarborgen te voorkomen of te sanctioneren, dringen zich dan weer bijzondere jurisdictionele en bestuurlijke toezichtregelen op."* (eigen onderlijning) in F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 135.

¹⁰⁵⁵ S. VERBEYST, "De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen", *TBP* 2017, afl. 4, (233) 239.

rechtspersonen in te stellen.¹⁰⁵⁶ "De faillissementswetgeving, de aansprakelijkheid voor aangestelden, het domeinregime, de (on)beslagbaarheid, afwijkende fiscale regimes, speciale procedures voor het verkrijgen van bouw- en verkavelingsvergunningen of arbitrage: zovele voorbeelden van regelgeving waarbij de tweedeling tussen publiek en privaat van belang is.", aldus VANDENDRIESSCHE.¹⁰⁵⁷ Het onderscheid wordt ook gehanteerd bij het toepassingsgebied van bijzondere bestuurlijke en jurisdictionele toezichtregimes, de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen, Europese richtlijnen inzake overheidsopdrachten, klachtrecht op Vlaams niveau of het decreet houdende de vermindering van het gebruik van bestrijdingsmiddelen door openbare diensten in het Vlaamse Gewest.¹⁰⁵⁸ LEUS vult het lijstje aan door te wijzen op de relevantie voor het toepassingsbereik van het principe van de statutaire tewerkstelling, de regelgeving omtrent het taalgebruik in bestuurszaken en de bevoegdheid van de Raad van State.¹⁰⁵⁹ De tweedeling tussen 'overheid' en 'privé' is "[o]ok voor andere regelgeving (...) van groot belang: Europese voorschriften inzake vrije verkeer of mededinging, fiscaliteit (BTW, onroerende voorheffing, registratierechten, ...), strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen, de aansprakelijkheid van en voor personeelsleden, arbitrage, grondrechten ...".¹⁰⁶⁰

Ook al zorgt het bestaan van hybride rechtspersonen voor een vervaging tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen, toch blijft het onderscheid van belang. De toepassing van velerlei wetgeving op een entiteit wordt afhankelijk

¹⁰⁵⁶ D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen*, Gent, Larcier, 2016, 103-109 die een reeks van bepalingen die eigen zijn aan publiekrechtelijke rechtspersonen opsomt; zie ook S. VERBEYST, "De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen", *TBP* 2017, afl. 4, (233) 239.

¹⁰⁵⁷ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 127.

¹⁰⁵⁸ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 20.

¹⁰⁵⁹ K. LEUS, "Het verschijnsel 'verzelfstandiging' van openbare diensten" in J. KRINGS (ed.), *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, Story-Scientia, 1997, (585) 611.

¹⁰⁶⁰ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 141-142.

gesteld van de één of andere kwalificatie, ten gevolge waarvan de entiteiten onderworpen zijn aan een afzonderlijk juridisch regime.

204. Vraagstelling – Waar de wetgever in 1986 de toepassing van 'de algemene beginselen van het administratief recht' voor ogen had met de kwalificatie van de intercommunale als publiekrechtelijke rechtspersoon (lees: de vijf hierboven vermelde voorbeelden die terug te brengen zijn tot de wetten van de openbare dienst), lijken de gevolgen op het eerste gezicht toch verregaander te zijn indien die kwalificatie de toepassing van delen van het administratief recht en bepaalde wetgeving in het algemeen tot gevolg zou hebben.

Maar mag er wel van worden uitgegaan dat de uitdrukkelijke kwalificatie een impact heeft op de toepassing van bepaalde wetgeving op intergemeentelijke samenwerkingsverbanden? De uitdrukkelijke publiekrechtelijke kwalificatie van de intercommunale werd *quasi* blindelings overgenomen in de gewestelijke regelgeving, maar wat zijn de concrete (onbedoelde?) gevolgen van die publiekrechtelijke kwalificatie? Brengt de uitdrukkelijke kwalificatie de vijf voordelen met zich mee die de minister van Binnenlandse Zaken heeft opgesomd in 1986, of is die opsomming eigenlijk louter exemplair waarbij de concrete gevolgen veel verder gaan? Of, sterker nog, gebeurt de toepassing van de vijf opgesomde 'voordelen' wel effectief door de publiekrechtelijke kwalificatie? Met andere woorden, wordt de bedoeling van de wetgever überhaupt door de uitdrukkelijke kwalificatie gerealiseerd?

1.2.2. De impact van de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon op de toepassing van wetgeving en beginselen

205. Verantwoording van afbakening onderzoeksdomein – VAN GERVEN maakt de terechte bemerking dat er "*geen eenvormig statuut (bestaat) voor de publiekrechtelijke rechtspersoon en ook niet voor de publiekrechtelijke vennootschap. Voor elke publiekrechtelijke rechtspersoon moet worden nagegaan welke bepalingen van het administratief recht gelden.*".¹⁰⁶¹ Hoewel dit een erg interessante oefening zou zijn, zou het ons te ver brengen om op een exhaustieve

¹⁰⁶¹ D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen*, Gent, Larcier, 2016, 101, 102

wijze na te gaan welke bepalingen van het (administratief) recht toepassing vinden op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Daarom wordt hieronder een selectie gemaakt die gekoppeld is aan de uitdrukkelijke kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon.

De selectie is gebaseerd op de bepalingen die zijn opgesomd in de voorbereidende werken – dit zijn de wetten van de openbare dienst (A.), de uitvoeringsimmunititeit in het kader van het goederenstatuut (B.) – aangevuld met het faillissementsrecht aangezien dit is gelinkt aan artikel 1412*bis* van het Ger.W. (C.). Anderzijds wordt de rol van de uitdrukkelijke kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon bij de notie 'administratieve overheid' onderzocht (D). Als centraal begrip bij de toepassing van verschillende administratiefrechtelijke bepalingen en bij de bevoegdheid van de Raad van State kan de toets in het kader van intergemeentelijke samenwerking niet ontbreken. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden vervolgens besproken (E). Enkele bepalingen waarin 'de publiekrechtelijke rechtspersoon' uitdrukkelijk wordt gehanteerd als aanknopingspunt bij het toepassingsgebied *ratione personae* – waaronder het overheidsopdrachtenrecht – worden eveneens behandeld (F).

Per subonderdeel komt de essentie van het beginsel/de bepaling aan bod, gevolgd door de impact van de uitdrukkelijke kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon op het toepassingsgebied en een toets aan de intergemeentelijke samenwerking. Een integrale uiteenzetting van elke problematiek zou ons te verleiden en valt buiten de *scope* van dit onderzoek. De uitdrukkelijke kwalificatie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband als publiekrechtelijke rechtspersoon wordt tot slot kritisch doorgelicht (G).

A. Wetten van de openbare dienst

206. Algemeen – De minister van Binnenlandse Zaken laat uitschijnen dat de kwalificatie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband als publiekrechtelijke rechtspersoon voordelen zoals de benuttingsgelijkheid en het continuïteitsbeginsel – en dus de toepassing van wetten van de openbare dienst

– impliceert.¹⁰⁶² De wetten van de openbare dienst omvatten traditioneel immers het beginsel van de benuttingsgelijkheid, het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel.¹⁰⁶³ Belangrijk is dat de gelding van de wetten van de openbare dienst op vandaag evenwel volgt uit de kwalificatie als 'openbare dienst' – en *niet* uit de kwalificatie als 'publiekrechtelijke rechtspersoon'.¹⁰⁶⁴

Een wettelijke definitie van 'de openbare dienst' ontbreekt echter, waardoor er in de rechtsleer al veel inkt is gevloeid over de invulling van dit begrip. Het is niet de bedoeling om hier op fundamentele wijze in te gaan op de betekenis van 'de

¹⁰⁶² Het is alvast opvallend dat de minister tijdens de parlementaire voorbereiding van de kaderwet enkel wijst op de toepassing van het principe van de benuttingsgelijkheid en de continuïteit van de openbare dienst maar het veranderlijkheidsbeginsel niet uitdrukkelijk vermeldt, in Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 125/11, 50.

¹⁰⁶³ Zie omtrent (de betekenis van) deze beginselen A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 68 e.v.; L. VANSNICK en D. RENDERS, "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 2. Les 'lois' du service public*, Brugge, die Keure, 2009, 1-51; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 100-109; M. DE GROOT, *Overheidstoezicht op private rechtspersonen belast met taken van openbare dienst*, Brugge, die Keure, 2018, 178-183; S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Mortsel, Intersentia, 2019, 423-434; S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 93.

¹⁰⁶⁴ "De wetten van de openbare dienst werken ook door in het private beheer van openbare diensten. Doorgaans neemt de Belgische rechtsleer aan dat de wetten van de openbare dienst volgen uit de kwalificatie als openbare dienst, ongeacht of het een organieke of een functionele openbare dienst is. De wetten van de openbare dienst zouden dus in gelijke mate gelden voor (de activiteiten van) private uitvoerders van openbare diensten." (eigen onderlijning) in M. DE GROOT, *Overheidstoezicht op private rechtspersonen belast met taken van openbare dienst*, Brugge, die Keure, 2018, 180; J. DE STAERCKE, "De finaliteit en totstandkoming van het openbaar domein" in R. PALMANS, J. TOURY en T. LEYS (eds.), *Openbaar domein*, Mortsel, Intersentia, 2019, 34; "De openbare diensten zijn onderworpen aan drie zogenaamde wetten of principes: de wet van de benuttingsgelijkheid, de wet van de veranderlijkheid en de wet van de continuïteit." (eigen onderlijning) in S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 93; "Het veranderlijkheidsbeginsel impliceert dat het statuut, de werking en de organisatie van een openbare dienst steeds door de overheid kunnen worden gewijzigd." (eigen onderlijning) in S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Mortsel, Intersentia, 2019, 431; K. ROSSIGNOL, *De (on)belastbaarheid van de overheid*, Brugge, die Keure, 2016, 38; "Ces règles découlent de l'origine, de la nature et de l'essence même du service public. Elles constituent le régime juridique spécial 'minimum' qui est applicable à tout service public organique, quel que soit son mode de gestion." (eigen onderlijning) in P. DE BANDT en M. VANDERHELST, *L'intervention publique dans la sphère économique*, Brussel, Larcier, 2013, 70.

openbare dienst' en om het aan te durven om op zoek te gaan naar de ene juiste definiëring.¹⁰⁶⁵ Voor dit proefschrift is het enkel van belang om te weten of de publiekrechtelijke kwalificatie door de wetgever een (doorslaggevende) impact heeft op de kwalificatie als openbare dienst – want het antwoord op die vraag zal aantonen of de *ratio legis* van de organieke wetgever al dan niet is gerealiseerd.

207. Historische invulling van 'de openbare dienst' – De theorie van de openbare dienst heeft zijn oorsprong in Frankrijk.¹⁰⁶⁶ Het was BUTTGENBACH die 'de openbare dienst' op zijn beurt heeft geïntroduceerd in de Belgische rechtsorde.¹⁰⁶⁷ BUTTGENBACH maakte een onderscheid tussen, enerzijds, *le service public organique* en, anderzijds, *le service public matériel/fonctionnel/virtuel* of ook wel *la gestion privée du service public* genoemd.¹⁰⁶⁸ Volgens BUTTGENBACH dient de 'openbare dienst' als een 'organieke openbare dienst' te worden begrepen: "*Le service public est – au sens organique du terme qui seul retient notre attention ici – organique – comme étant un organisme public, créé par les gouvernants, placé sous leur haute direction, dont ils supportent les aléas financiers et qui, soumis à un régime juridique spécial, a pour but, à l'exclusion de la recherche systématique du profit pécuniaire, de répondre à l'obligation que les gouvernants estiment avoir*

¹⁰⁶⁵ LACHAUME stelt "*qu'une telle définition est du domaine des chimères*", zoals aangehaald in P.-O. DE BROUX, "Historique et transformation de la notion de service public à la lumière du droit européen" in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public 1. Le service public: passé, présent et avenir*, Brugge, die Keure, 2009, (1) 22.

¹⁰⁶⁶ Met HAURIUO kreeg de eerste definitie van openbare dienst vorm – een definitie die was gebaseerd op *la puissance publique* (openbaar gezag) – waarna DUGUIT een ware ideologie en school van de openbare dienst introduceerde als ankerpunt van de Staat. Zie over de opkomst en evolutie van dit begrip en de overgang van een organieke naar een functionele begripsinvulling in Frankrijk: P.-O. DE BROUX, "Historique et transformation de la notion de service public à la lumière du droit européen" in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public 1. Le service public: passé, présent et avenir*, Brugge, die Keure, 2009, (1) 27-38; zie ook L.P. SUETENS en S. SWARTENBROUX-VANDERHAEGEN, "Evolutie van het begrip 'openbare dienst'" in X., *Les nouveaux modes d'intervention des pouvoirs publics dans l'entreprise*, Brussel, Bruylant, 1988, (281) 284-290.

¹⁰⁶⁷ In de periode daarvoor was het onder meer het gebrek aan een administratief rechtscollege (lees: een Raad van State) dat de afwezigheid van een gelijkaardige theorie in België verklaart. Zie over de redenen waarom dergelijke theorie ontbrak: A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 52-53.

¹⁰⁶⁸ Naast 'le service public organique' en 'le service public virtuel' onderscheidt BUTTGENBACH eigenlijk ook nog 'l'entreprise privé', zie A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 75 e.v.

de donner satisfaction à des besoins collectifs du public d'une façon régulière, continue et en respectant la loi d'égalité des usagers.".¹⁰⁶⁹ Een 'functionele openbare dienst' omschrijft hij als volgt: "*Mais il est un autre aspect de cette notion qui tend, de nos jours, à acquérir une importance toujours plus grande: c'est son aspect, non plus organique, mais fonctionnel, matériel. Il y a, en effet, des entreprises privées qui ne sont pas organiquement des services publics mais qui remplissent des activités de service public, qui gèrent des services publics (...).*" (eigen onderlijning).¹⁰⁷⁰

Samengevat kan het begrip 'openbare dienst' volgens BUTTGENBACH dus op een organieke en op een functionele wijze worden begrepen: "*Le mot 'service public' peut donc être compris dans deux sens différents: tantôt – et c'est le sens organique – il désigne une 'institution', une 'entreprise', une 'administration' qui est organiquement un service public; tantôt – et ce sont les sens matériel et fonctionnel – c'est uniquement la tâche remplie qui est 'service public', l'institution ou l'entreprise qui l'assume restant un organisme privé.*".¹⁰⁷¹ De criteria die hij gebruikt om de organieke openbare dienst van de functionele openbare dienst te onderscheiden, zijn dezelfde als die om *le service public organique* te onderscheiden van *l'entreprise privée*¹⁰⁷²: "*1° L'organisme qui gère le service public virtuel est toujours une création de l'initiative privée. (...) toujours, l'organisme qui exécute le service sera d'origine privée. 2° De plus, cet organisme n'est pas sous la haute direction des gouvernants, mais des particuliers.*" (eigen onderlijning).¹⁰⁷³

¹⁰⁶⁹ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 56.

¹⁰⁷⁰ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 55.

¹⁰⁷¹ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 55.

¹⁰⁷² "*C'est dans les éléments fondamentaux de la définition du service public organique, résultant de sa dépendance vis-à-vis des gouvernants, que nous allons normalement trouver le critère qui le différencie de l'entreprise privée. Et ces éléments fondamentaux sont, d'une part, la création de l'organisme par les pouvoirs publics et, d'autre part, la haute direction qu'ils doivent exercer sur lui.*" in A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 77.

¹⁰⁷³ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 81.

In de jaren die daarop volgden, gaven verschillende rechtsgeleerden hun visie op de significantie van de organieke en de functionele invulling van de openbare dienst. FLAMME gaf net zoals BUTTGENBACH de bovenhand aan de organieke openbare dienst. Hij stelde een aantal criteria voorop die moeten toelaten om de organieke openbare dienst te herkennen, meerbepaald een publiek initiatief, controle door de openbare macht op hun organisatie en werking, een missie van algemeen belang, en het hebben van publiekrechtelijke voorrechten, zoals de bevoegdheid tot onteigening en belastingheffing, of zelfs het hebben van een monopolie.¹⁰⁷⁴ Bovendien ging hij verder dan BUTTGENBACH door te stellen dat de beheerder van een openbare dienst over '*puissance publique*' of 'openbaar gezag' moet beschikken, waardoor hij er een erg restrictieve opvatting van het openbare dienstbegrip op nahield.¹⁰⁷⁵ In 1988 uitten SUETENS en SWARTENBROUX-VANDERHAEGEN dan weer kritiek op het gebruik van het begrip 'openbare dienst' in het algemeen: "*Zowel het begrip 'openbare dienst', als de zg. 'wetten van de openbare dienst' moeten worden gedemystifieerd. Uit wat voorafgaat, blijkt dat het begrip 'openbare dienst' ongeschikt is als aanduiding van wat kan worden genoemd 'de periferie van de overheid'. Het begrip 'openbare dienst' is niet meer de verzamelnaam van elk overheidsoptreden; dat is het overigens nooit geweest. Voor de differentiatie binnen de overheidsorganisatie, is de ontwikkeling vereist van een andere juridische typologie, die overeenstemt met de bestaande werkelijkheid.*".¹⁰⁷⁶

208. Hedendaagse betekenis van 'de openbare dienst' – Op vandaag wijzen verschillende auteurs nog steeds op de opdeling tussen de 'organieke' openbare dienst en de 'functionele' openbare dienst, zonder op fundamentele wijze in te gaan op het onderscheid. Onder 'functionele openbare dienst' wordt over het

¹⁰⁷⁴ M.A. FLAMME, *Droit administratif*, tome II, Brussel, Bruylant, 1989, 1125.

¹⁰⁷⁵ "Ce faisant, il impose un critère – inexistant chez Buttgenbach et Orianne – plus restrictif que celui prôné par Ganshof van der Meersch: le gestionnaire du service public doit, selon lui, disposer lui-même d'une parcelle de la puissance publique." in P.-O. DE BROUX, "Historique et transformation de la notion de service public à la lumière du droit européen" in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public 1. Le service public: passé, présent et avenir*, Brugge, die Keure, 2009, (1) 46.

¹⁰⁷⁶ L.P. SUETENS en S. SWARTENBROUX-VANDERHAEGEN, "Evolutie van het begrip 'openbare dienst'" in X., *Les nouveaux modes d'intervention des pouvoirs publics dans l'entreprise*, Brussel, Bruylant, 1988, (281) 300.

algemeen een activiteit van algemeen belang verstaan.¹⁰⁷⁷ Onder een 'organieke openbare dienst' wordt "een organisme van publiek recht (...) waaraan een taak van algemeen belang is opgedragen" verstaan.¹⁰⁷⁸ MAST e.a. wijzen voorts op de oprichting door de openbare macht als beslissend criterium door te stellen dat een organieke openbare dienst "een organisme [is] dat door de regeerders opgericht is om in een collectieve behoefte te voorzien en dat onder hun controle staat".¹⁰⁷⁹ Wat de definiëring van 'de openbare dienst' betreft nam DURVIAUX in 2018 de definitie van BUTTGENBACH over. Ook volgens DURVIAUX is de oprichting door de openbare macht één van de drie criteria om te besluiten dat een entiteit een organieke openbare dienst is, maar tegelijkertijd relativeert zij dit criterium.¹⁰⁸⁰ Naast de oprichting door de openbare macht, stelt zij nog twee andere criteria voorop om een entiteit als een organieke openbare dienst te kwalificeren: "*Trois éléments sont déterminants dans l'exercice de qualification: la création de l'organisme par les pouvoirs publics, la haute direction des gouvernants et le régime juridique spécial.*".¹⁰⁸¹ Volgens PEETERS zijn organieke openbare diensten "organisatiestructuren die door de overheid worden opgericht (of heropgericht) met het oog op de realisatie van een taak die zij van algemeen belang acht (specialiteitsbeginsel) en waarbij de oprichtende overheid – in alle omstandigheden het laatste woord heeft bij de beslissing over de bestendigheid

¹⁰⁷⁷ S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 92: "Het gaat hierbij om een activiteit van algemeen belang, dikwijls ter voorziening in een collectieve behoefte en waarvan de overheid van oordeel is dat die activiteit ter harte moet worden genomen. De overheid kan de activiteit zelf opnemen of toevertrouwen aan een andere rechtspersoon, zelfs een private rechtspersoon."

¹⁰⁷⁸ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 101; Zie ook S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 93: "Met openbare dienst in de organieke betekenis wordt bedoeld: een overheidsdienst of een publiekrechtelijke instelling van de federale of deelstatelijke overheid, ofwel van een lokaal of provinciaal bestuur belast met een functionele openbare dienst".

¹⁰⁷⁹ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 102.

¹⁰⁸⁰ "Il ne s'agit plus d'un véritable critère du service public puisque nombre d'entreprises publiques qui ne poursuivent aucune mission de service public sont le fruit de la création unilatérale, ou en association, des pouvoirs publics. En outre, ce critère est difficile à manier, l'initiative de la création de certains services publics très anciens étant parfois difficile à établir. Il est, dans bien des cas, insuffisant, nombre d'institutions privées ayant ultérieurement été transformées en services publics organiques." in A. DURVIAUX, *Principes de droit administratif. Tome 1 - L'action publique*, Brussel, Larcier, 2018, 176.

¹⁰⁸¹ A. DURVIAUX, *Principes de droit administratif. Tome 1 - L'action publique*, Brussel, Larcier, 2018, 176.

van de organisatiestructuur en de werking ervan."¹⁰⁸² Ook de Raad van State haalt het begrip 'organieke openbare dienst' trouwens een enkele keer aan in zijn rechtspraak. In een arrest van 2017 verwijst de Raad voor de invulling ervan naar de definitie van BUTTGENBACH.¹⁰⁸³

Desalniettemin lijkt er de laatste jaren een uitbreiding naar de functionele invulling van het openbare dienstbegrip plaats te vinden, net zoals dit zich in Frankrijk heeft voorgedaan: *"la notion belge de service public désigne donc de plus en plus exclusivement les activités d'intérêt public ou d'intérêt général, privilégiant ainsi le sens fonctionnel dégagé par la doctrine. Cela est dû, sans doute, d'une part à la revalorisation doctrinale du service public organique menée par Maurice-André Flamme et, d'autre part, aux nombreux usages de la notion de service public dans les grands principes du droit administratif belge, eux-mêmes identifiés par des critères organiques ou fonctionnels engendrant une confusion facile avec les deux acceptions classiques du service public."* (eigen onderlijning).¹⁰⁸⁴ Ook ROSSIGNOL stelt in haar proefschrift dat *"[s]amengevat kan gesteld worden dat het organieke aanknopingspunt voor de kwalificatie als een openbare dienst enigszins genuanceerd moet worden. Enerzijds kunnen publieke rechtspersonen louter commerciële activiteiten verrichten die geen openbare dienstactiviteiten vormen. Anderzijds kunnen ook private rechtspersonen – bv. via een concessieovereenkomst – belast worden met een (functionele) openbare dienst. Niet het organisme, maar wel de ('openbare dienst'-)activiteit is daardoor onderworpen aan bijzondere regels."* (eigen onderlijning).¹⁰⁸⁵ Aangezien op vandaag ook een functionele invulling wordt gegeven aan het begrip 'openbare

¹⁰⁸² B. PEETERS, *De continuïteit van het overheidsondernemen: een begrippenanalyse en een kritiek op de uitvoeringsimmunitet*, Antwerpen, Maklu, 1989, 169.

¹⁰⁸³ RvS 9 juni 2017, nr. 238.471, p. 19.

¹⁰⁸⁴ P.-O. DE BROUX, "Historique et transformation de la notion de service public à la lumière du droit européen" in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public 1. Le service public: passé, présent et avenir*, Brugge, die Keure, 2009, (1) 53-54.

¹⁰⁸⁵ K. ROSSIGNOL, *De (on)belastbaarheid van de overheid*, Brugge, die Keure, 2016, 39; zie ook "Zo komen zij tot de constatactie dat de notie 'openbare dienst' hoe langer hoe minder een organieke invulling krijgt. Enerzijds moet immers worden vastgesteld dat niet alleen publiekrechtelijke organismen als openbare diensten kunnen aangemerkt worden, maar dat de zgn. functionele openbare dienst aan belang wint." (eigen onderlijning) in S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, "De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA's en EVA's", *TBP* 2011, afl. 1, (4) 29.

dienst', zijn de wetten van de openbare dienst in die redenering logischerwijs ook van toepassing op de functionele openbare dienst uitgeoefend door niet-organieke openbare diensten: "*Doorgaans neemt de Belgische rechtsleer aan dat de wetten van de openbare dienst volgen uit de kwalificatie als openbare dienst, ongeacht of het een organieke of een functionele openbare dienst is.*", aldus DE GROOT.¹⁰⁸⁶

209. Toepassing op intergemeentelijke samenwerking – Hierboven werd al duidelijk dat de gelding van de wetten van de openbare dienst niet is gekoppeld aan de kwalificatie als 'publiekrechtelijke rechtspersoon' maar aan de kwalificatie als 'organieke openbare dienst' of het stellen van een 'functionele openbare dienst'. Daarenboven blijkt dat de uitdrukkelijke kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon ook geen rol lijkt te spelen bij de invulling van het begrip 'openbare dienst'. De *ratio legis* achter de wettelijke verankering van het publiekrechtelijk karakter van de intercommunale in 1986, was om de wetten van de openbare dienst toepassing te laten vinden op het intergemeentelijk samenwerkingsverband. Die toepassing volgt blijkbaar *niet* uit die publiekrechtelijke kwalificatie. De toepassing van de wetten van de openbare dienst wordt gerealiseerd doordat het intergemeentelijk samenwerkingsverband kan worden beschouwd als een organieke openbare dienst.¹⁰⁸⁷ Volgens DURVIAUX en GABRIEL zijn "*les intercommunales (...) également régies par les lois du service public*", maar wijten de toepassing louter aan "*leur statut*", zonder verder op het aanknopingspunt in te gaan.¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸⁶ Zie ook DE GROOT die stelt dat "[d]e wetten van de openbare dienst (...) ook door[werken] in het private beheer van openbare diensten. (...) De wetten van de openbare dienst zouden dus in gelijke mate gelden voor (de activiteiten van) private uitvoerders van openbare diensten." (eigen onderlijning), in M. DE GROOT, Overheidstoezicht op private rechtspersonen belast met taken van openbare dienst, Brugge, die Keure, 2018, 180.

¹⁰⁸⁷ Voor een inhoudelijke bespreking van de toepassing van de wetten van de openbare dienst op de intercommunale, zie R. MAES, "Juridische aard" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (321) 331-339; "*Quelles que soient les controverses juridiques qui entourent l'identification d'un service public, il est admis que les 'lois' du service public constituent le régime juridique spécial minimum applicable à tout service public organique, quel que soit son mode de gestion.*" in *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin*, Parl.St. W.Parl. 2016-17, nr. 861/1, 33.

¹⁰⁸⁸ Ze vermelden wel dat de toepassing van de wetten van de openbare dienst in strijd is met bepaalde bepalingen uit het WVV, waaronder die inzake het faillissement, zie

De wetgever doelde met de kwalificatie als 'publiekrechtelijke rechtspersoon' in 1986 dus eigenlijk op een kwalificatie als 'organieke openbare dienst'. Dit blijkt uit het feit dat de wetgever voordelen vooropstelde die allen voortvloeien uit de wetten van de openbare dienst. Bovendien werden de publiekrechtelijke rechtspersoon en de openbare dienst in het verleden soms als synoniemen gebruikt.¹⁰⁸⁹ Om tegemoet te komen aan de *ratio legis*, moet de bepaling dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden publiekrechtelijke rechtspersonen zijn (zoals vervat in het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 2018) op vandaag eigenlijk worden geïnterpreteerd in de zin dat het intergemeentelijke samenwerkingsverband een organieke openbare dienst is. Van het feit dat de intercommunale een openbare dienst is, was BUTTGENBACH bovendien al overtuigd in 1966: "*Quelle que soit cette forme – et même lorsque l'intercommunale est constituée en société commerciale, anonyme ou coopérative, – elle demeure un service et un organisme public, géré par les pouvoirs publics et dont ceux-ci doivent conserver la maîtrise.*" (eigen onderlijning).¹⁰⁹⁰

B. Uitvoeringsimmunititeit

210. Uitsluiting van beslagbaarheid – De minister van Binnenlandse Zaken verduidelijkte tijdens de parlementaire voorbereiding van de kaderwet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales dat het karakter van publiekrechtelijke rechtspersoon de intercommunale verschillende voordelen biedt, waaronder de onmogelijkheid van beslaglegging op de goederen van de intercommunale door de schuldeiser.¹⁰⁹¹ Ten tijde van de aanneming van de

A.-L. DURVIAUX en I. GABRIEL, *Droit administratif – Tome 2*, Brussel, Larcier, 2012, 110.

¹⁰⁸⁹ GOFFAUX stelt recent nog in zijn *Dictionnaire de droit administratif* dat de openbare dienst "[e]ntendue au sens organique, (...) est synonyme de personne morale de droit public." in P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, Brussel, Bruylant, 2015, 618; zie dezelfde pagina voor GOFFAUX' definitie van 'functionele openbare dienst': "*Au sens fonctionnel, elle désigne toute tâche qui vise à satisfaire un besoin d'intérêt général et dont l'accomplissement régulier apparaît nécessaire aux yeux du législateur (ou dans les limites de leur autonomie aux provinces et communes), et ce, indépendamment de l'organisme qui remplit cette tâche (donc y compris une personne morale de droit privé).*"

¹⁰⁹⁰ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Théorie générale du droit administratif belge (3^e édition)*, I, Brussel, Larcier, 1966, 223.

¹⁰⁹¹ Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 125/11, 50.

kaderwet in 1986 werd het als een algemeen rechtsbeginsel beschouwd dat de goederen van de overheid niet vatbaar zijn voor beslag – een principe dat gebaseerd was op het continuïteitsbeginsel en een jurisprudentiële uitwerking kreeg.¹⁰⁹² Het Hof van Cassatie oordeelde al in 1966 dat de goederen van de intercommunale niet vatbaar zijn voor beslag.¹⁰⁹³ Door het gebrek aan wettelijke verankering van die uitvoeringsimmunititeit is het begrijpelijk dat de wetgever de onbeslagbaarheid van de goederen van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in 1986 wou benadrukken.¹⁰⁹⁴

Na jaren van parlementaire onderhandelingen zorgde artikel 1 van de wet van 30 juni 1994 tot invoering van een artikel 1412*bis* in het Gerechtelijk Wetboek voor een wettelijke grondslag van de uitvoeringsimmunititeit van de overheid.¹⁰⁹⁵ Het

¹⁰⁹² "Als rechtsgrond voor de uitvoeringsimmunititeit weegt het beginsel van de continuïteit van de openbare dienst het zwaarst." in E. DIRIX, "Art. 1412bis Ger.W." in P. DEPUYDT, B. ALLEMEERSCH, B. VAN DEN BERGH en S. RAES (eds.), *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2015, (1) 5-7; zie over de periode vóór de aanneming van artikel 1412*bis* Ger.W.: F. VAN VOLSEM en D. VAN HEUVEN, "Nogmaals over de uitvoeringsimmunititeit van publiekrechtelijke rechtspersonen", *RW* 1991, afl. 9, 301 e.v. en de aldaar aangehaalde rechtspraak; V. DE SCHEPPER, "De uitvoeringsimmunititeit van de overheid" in W. PAS, P. PEETERS en W. VERRIJDT (eds.), *Liber discipulorum André Alen*, Brugge, die Keure, 2015, (101) 102-113.

¹⁰⁹³ "Overwegende dat aldus blijkt dat (de intercommunale)(...) niet alleen tot opdracht heeft de openbare dienst van de electriciteits- en gasvoorziening die haar statuten haar opleggen te verzekeren, maar dat zij organiek, hoewel in de vorm van een vereniging, een publieke persoon uitmaakt; dat dienvolgens, daar het algemeene beginsel van de duurzaamheid van de openbare dienst zowel als de bepaling van artikel 537, lid 2, van het Burgerlijk Wetboek op haar toepasselijk zijn, het bestreden arrest de beslagleggingen onder derden ten laste van eiseres door verweerster uitgevoerd niet wettelijk geldig heeft kunnen verklaren." in Cass. 21 april 1966, *RW* 1967, afl. 6, (293) 296.

¹⁰⁹⁴ In de memorie van toelichting bij het Waalse decreet van 5 december 1996 houdende de intercommunales werd wel verduidelijkt waarom artikel 7 van dit decreet voorziet in de vestiging van het hoofdkantoor in één van de aangesloten gemeenten, in de panden van een deelnemende publiekrechtelijke rechtspersoon. Voor de taak van openbare dienstverlening is het van belang dat het hoofdkantoor van een intergemeentelijk samenwerkingsverband volledig wordt vrijgesteld van beslaglegging, zie MvT bij projet de décret relatif aux intercommunales wallonnes, *Parl.St.* W.Parl. 1995-96, nr. 167/1, 5.

¹⁰⁹⁵ *BS* 21 juli 1994; over de totstandkoming van het artikel 1412*bis* zie P. LEWALLE, "Le projet d'insertion d'un article 1412bis dans le Code judiciaire et l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public. Le principe – L'évolution jurisprudentielle – L'évolution législative" in X., *Le nouveau droit judiciaire privé. Commentaires*, Brussel, Larcier, 1994, 151-184; zie ook over de totstandkoming K. BAERT, "Immunititeit bij beslag - Art. 1412bis Ger. W." in X. *Nieuwe wetgeving inzake echtscheiding, cessie schuldvordering, medeëigendom, immunititeit bij beslag, politierechtbank, telefoonaftap, vergoeding verkeersslachtoffers: een eerste commentaar*, Gent, Mvs en

principe van de onbeslagbaarheid van overheidsgoederen is sindsdien opgenomen in de wet en het toepassingsgebied *ratione personae* kreeg een eigen invulling. Op grond van artikel 1412*bis*, §1 van het Gerechtelijk Wetboek zijn de goederen die toebehoren aan de Staat, de Gewesten, de Gemeenschappen, de provincies, de gemeenten, de instellingen van openbaar nut en, in het algemeen, aan *alle publiekrechtelijke rechtspersonen*, in principe niet vatbaar voor beslag. De goederen ten aanzien waarvan de in §1 van datzelfde artikel bedoelde publiekrechtelijke rechtspersonen verklaard hebben dat ze in beslag genomen kunnen worden, zijn wél vatbaar voor beslag. Hiertoe kunnen de bevoegde organen een 'lijst' van beslagbare goederen opstellen.¹⁰⁹⁶

211. 'Alle publiekrechtelijke rechtspersonen' – Wat het toepassingsgebied *ratione personae* betreft, somt de eerste paragraaf van artikel 1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek een aantal instellingen *nominatim* op. Wat alvast opvalt is dat de goederen van de gemeenten uitdrukkelijk worden vermeld en de goederen van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden – nochtans door de decreetgever beschouwd als verlengstuk van de gemeenten – niet. De opsomming van entiteiten is in ieder geval louter exemplatief en het toepassingsgebied *ratione personae* moet zo ruim mogelijk worden geïnterpreteerd.¹⁰⁹⁷ Hiertoe schrijft de opsomming de uitvoeringsimmunitet toe aan de goederen van *alle publiekrechtelijke rechtspersonen*.

Breesch, 1994, 123-137; over de stand van zaken omtrent de uitvoeringsimmunitet vóór de aanneming van artikel 1412*bis* Ger.W. zie A. VERHEYDEN, "L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public", *RRD* 1991, 387-407.

¹⁰⁹⁶ Art. 1412*bis*, §2, 1° Ger.W. *juncto* het koninklijk besluit van 5 april 1995 tot uitvoering van artikel 1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek, *BS* 19 mei 1995. Indien er geen dergelijke lijst of verklaring is opgesteld of indien de tegeldemaking van de erin opgenomen goederen niet volstaat tot voldoening van de schuldeiser, zijn de goederen die voor deze rechtspersonen *kennelijk niet nuttig* zijn voor de uitoefening van hun taak of voor de continuïteit van de openbare dienst eveneens vatbaar voor beslag, zie hetzelfde artikel, 2°.

¹⁰⁹⁷ Verslag namens de Commissie voor de Justitie, uitgebracht door de T'Serclaes omtrent het wetsontwerp tot invoeging van een artikel 1412*bis* in het Gerechtelijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 1992-93, nr. 750/4, 7-8; zie onder meer D. RENDERS en B. GORS, *Les biens de l'administration*, Brussel, Bruylant, 2014, 128: "*Il est acquis que l'énumération qu'opère cette disposition n'est qu'exemplative et que c'est bien l'ensemble des personnes morales de droit public qui tombe dans son champ d'application.*" (eigen onderlijning); S. BRIJS, "Nieuwe wetgeving: de absolute uitvoeringsimmunitet van de overheid doorbroken", *RW* 1994, afl. 19, (625) 631.

Om de impact van de uitdrukkelijke kwalificatie van de intercommunale als publiekrechtelijke rechtspersoon te achterhalen, is het voor ons van belang om te weten of intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kunnen genieten van de uitvoeringsimmunititeit in artikel 1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek juist omdat ze uitdrukkelijk zijn gekwalificeerd als publiekrechtelijke rechtspersonen, zoals de wetgever in 1986 deed uitschijnen. Enige voorzichtigheid om te snel tot die conclusie te komen is hierbij op zijn plaats. De invoering van artikel 1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek dateert immers van ná de opname van uitdrukkelijke kwalificatie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband als publiekrechtelijke rechtspersoon in de wet van 22 december 1986.

212. Koppeling aan 'organieke openbare dienst' – De rechtsleer gaat nauwelijks in op de vraag wat de concrete betekenis is van '*alle publiekrechtelijke rechtspersonen*'. Ze beperkt zich *grosso modo* tot het stellen dat de eerste paragraaf van artikel 1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek een exemplatieve opsomming bevat die zo ruim mogelijk moet worden geïnterpreteerd, dat *privaatrechtelijke* rechtspersonen die een taak van algemeen belang uitoefenen niet van de uitvoeringsimmunititeit kunnen genieten en dat publiekrechtelijke rechtspersonen zich ook op artikel 1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek kunnen beroepen in hun onderlinge relatie.¹⁰⁹⁸ Vaak wordt er daarnaast gewezen op het bestaan van specifieke wetgeving inzake beslag, zoals onder meer de wetgeving

¹⁰⁹⁸ Zie onder meer S. BRIJS, "Nieuwe wetgeving: de absolute uitvoeringsimmunititeit van de overheid doorbroken", *RW* 1994, afl. 19, (625) 631; zie voorts omtrent de uitvoeringsimmunititeit van de overheid zoals voorzien in artikel 1412*bis* Ger.W.: V. DE SCHEPPER, "De uitvoeringsimmunititeit van de overheid" in W. PAS, P. PEETERS en W. VERRIJDT (eds.), *Liber discipulorum André Alen*, Brugge, die Keure, 2015, 101-125; E. DIRIX, "Art. 1412*bis* Ger.W." in P. DEPUYDT, B. ALLEMEERSCH, B. VAN DEN BERGH en S. RAES (eds.), *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2015, (1) 1-23; A. STRANART en P. GOFFAUX, "L'immunité d'exécution des personnes publiques et l'article 1412*bis* du Code judiciaire" in M. GRÉGOIRE (ed.), *Réalités et fictions du droit des garanties: hommage à la rigueur créative d'Anne-Marie Stranart*, Brussel, Larcier, 2011, 131-166; S. VELU, "L'immunité d'exécution des personnes publiques: une évolution nécessaire, mais difficile" in M. GRÉGOIRE (ed.), *Réalités et fictions du droit des garanties: hommage à la rigueur créative d'Anne-Marie Stranart*, Brussel, Larcier, 2011, (167) 172: "Dans ce contexte et à une époque où les pouvoirs publics ne se limitent plus à exercer leurs missions de service public, mais agissent dans les domaines les plus variés, en ce compris l'industrie et le commerce, en recourant à des procédés de droit civil, en particulier au contrat, il est évident que l'immunité d'exécution des personnes publiques ne peut plus revêtir qu'un caractère relatif." (eigen onderlijning).

die van toepassing is op de autonome overheidsbedrijven.¹⁰⁹⁹ DE ROY betreurt de onduidelijkheid die artikel 1412bis van het Gerechtelijk Wetboek met zich meebrengt: "*L'utilisation de la notion de 'personnes morales de droit public' visée à l'article 1412bis du Code judiciaire en offre une illustration malheureusement emblématique, ainsi qu'on aura l'occasion de le montrer ultérieurement, à l'occasion des développements consacrés à la qualification juridique par le juge.*" (zie over deze kritiek *infra* 1.2.2.G).¹¹⁰⁰

PEETERS durft het daarentegen wel aan om een definitie te geven, en lijkt zich daarbij te baseren op het begrip 'organieke openbare dienst': "*Uit de lectuur van de besprekingen komt het ons voor dat het begrip 'publiekrechtelijke rechtspersoon' in de gebruikelijke betekenis moet worden verstaan m.n. rechtspersonen die door de overheid zijn (her)opgericht met het oog op de behartiging van algemene belangen en daartoe over bijzondere prerogatieven beschikken.*"¹¹⁰¹ Hij stelt daarbij dat de voornaamste publiekrechtelijke rechtspersonen samenvallen met de territoriale gemeenschappen zoals de Staat, de gewesten, de gemeenschappen, enzovoort. Daarnaast wijst hij op de publiekrechtelijke rechtspersonen die ontstaan door dienstgewijze decentralisatie. Volgens hem kan deze categorie worden afgelijnd door "*nuttig (te verwijzen)(...) naar de organieke betekenis die in het licht van de rechtspraak van de Raad van State aan het begrip administratieve overheid in de art. 11, 12 en 14 R.v.St.-Wet kan worden gegeven, nl. organisatiestructuren die niet behoren tot de wetgevende en de rechterlijke macht en die door de centrale, regionale of lokale overheden worden opgericht (of heropgericht) met het oog op de realisatie van een (openbare dienst-)taak die zij van algemeen belang achten, en waarbij de*

¹⁰⁹⁹ Zie onder meer S. BRIJS, "Nieuwe wetgeving: de absolute uitvoeringsimmunititeit van de overheid doorbroken", *RW* 1994, afl. 19, (625) 631-632: "*Hopelijk zal dit er niet toe leiden dat deze overheidsbedrijven in hun hoedanigheid van concurrentiele marktdeelnemers hun immuniteit zouden kunnen aanwenden via de techniek van de formele bestemming van goederen voor de openbare dienst die zij vervullen.*"; voor andere instanties met een eigen regime zie H. VUYE, "Overheid en eigendom herbekeken in het licht van art. 1422bis Ger.W.: over uitvoeringsimmunititeit, rechtstreekse en onrechtstreekse uitvoering" in F. VAN NESTE en J. KOKELENBERG (eds.), *Eigendom*, Brugge, die Keure 1996, (239) 258-259.

¹¹⁰⁰ D. DE ROY, "Établissements publics, organismes d'intérêt public et tutti quanti: la qualification juridique des satellites de l'administration", *RevCri* 2013, afl. 1, (34) 46.

¹¹⁰¹ B. PEETERS, "Dwanguitvoering op overheidsgoederen. Een commentaar op art. 1412bis Ger. W.", *TBP* 1995, (67) 69.

oprichtende overheid in alle omstandigheden het laatste woord heeft bij de beslissing over de bestendigheid van deze organisatiestructuren en de werking ervan. Men denke b.v. aan de openbare regieën, de intercommunales, de instellingen onderworpen aan de Wet van 16 maart 1954, de gewestelijke en federale investeringsmaatschappijen."¹¹⁰² Aangezien de (evolutieve) jurisprudentiële invulling van het begrip administratieve overheid specifiek kadert in het leerstuk van de bevoegdheid van de Raad van State, is deze koppeling met het begrip administratieve overheid hier enigszins opmerkelijk (zie ook *infra* nr. 1.2.2.D.). Een echte verantwoording waarom het begrip 'administratieve overheid' hier een uitweg zou kunnen bieden, ontbreekt.

Een vonnis van de beslagrechter van 16 september 1996 lijkt me méér verheldering te brengen. De beslagrechter stelde dat er moet zijn voldaan aan twee cumulatieve criteria opdat een entiteit zich zou kunnen beroepen op de uitvoeringsimmunititeit in artikel 1412*bis* van het Ger.W. Vooreerst moet het goed toebehoren aan "*une personne morale de droit public (c'est-à-dire constituée par les autorités en vue de satisfaire à des besoins collectifs et disposant à cet effet de prérogatives particulières) qui accomplit un service public organique.*". Daarnaast moet het goed in kwestie op een nuttige en noodzakelijke wijze worden gebruikt voor de werking van de openbare dienst (functionaliteitscriterium): "*le bien visé doit être affecté de manière utile et nécessaire au fonctionnement du service public (critère de la fonctionnalité)*".¹¹⁰³

De beslagrechter voegt daaraan toe dat de hoedanigheid van een functionele openbare dienst niet volstaat om van de uitvoeringsimmunititeit die is vervat in artikel 1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek te kunnen genieten. Hoewel een activiteit zeer nuttig is en gericht is op de verwezenlijking van het algemeen belang, kan die activiteit niet zomaar de hoedanigheid van een organieke openbare dienst verlenen aan een rechtspersoon, "*il faut également que cet organisme se soit vu conférer des prérogatives de puissance publique et que son organisation et fonctionnement soient sous les contrôles des gouvernants, mais il*

¹¹⁰² B. PEETERS, "Dwanguitvoering op overheidsgoederen. Een commentaar op art. 1412*bis* Ger. W.", *TBP* 1995, (67) 69.

¹¹⁰³ Brussel 16 september 1996 (Beslagr.), *JLMB* 1997, 924.

faut aussi, semble-t-il, que sa mission d'intérêt général lui ait été confiée par ceux-ci" (eigen onderlijning).¹¹⁰⁴

Uit dit arrest kan worden afgeleid dat de beslagrechter de publiekrechtelijke rechtspersoon preciseert als 'organieke openbare dienst' en dat bijgevolg enkel organieke openbare diensten kunnen genieten van de uitvoeringsimmunititeit die in artikel 1412*bis* van het Ger.W. is vervat. Dit lijkt te worden bevestigd in de rechtsleer.¹¹⁰⁵ Om te weten of een rechtspersoon een publiekrechtelijke rechtspersoon is in de zin van artikel 1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek is het bijgevolg na te gaan of die rechtspersoon een organieke openbare dienst is waarop het continuïteitsbeginsel – als wet van openbare dienst – van toepassing is. De beslagrechter lijkt in 1996 in zijn vonnis mee te geven wat hij verstaat onder een organieke openbare dienst, namelijk dat de rechtspersoon moet zijn opgericht door de overheid waarbij deze laatste hem een taak van algemeen belang toevertrouwt en waartoe zij hem publiekrechtelijke prerogatieven toekent. Daarnaast moet zijn organisatie en werking gecontroleerd worden door de regering.¹¹⁰⁶ *Supra* 1.2.2.A. werd duidelijk dat een rechtspersoon inderdaad een organieke openbare dienst is als dit 'organisme van publiek recht' is opgericht door de overheid/openbare macht (cf. relativering criterium) en onderworpen is aan een bijzonder juridisch regime om een taak van algemeen belang te behartigen waarbij hij onder hun controle staat.¹¹⁰⁷

¹¹⁰⁴ Brussel 16 september 1996 (Beslagr.), *JLMB* 1997, 924.

¹¹⁰⁵ Ook DE SOMER en OPDEBEEK leiden diezelfde conclusie af uit het arrest van de beslagrechter: "*De bescherming die wordt geboden door dit artikel strekt zich enkel uit tot de organieke openbare diensten. Functionele openbare diensten zoals vrije onderwijsinstellingen vallen niet onder het bereik ervan.*" (eigen onderlijning) in S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Mortsel, Intersentia, 2019, 234, vn. 402; zie ook: "*D'une part, il semble que seuls soient visés les services publics organiques, à l'exclusion donc des personnes morales assumant un service public fonctionnel*" (eigen onderlijning) in D. RENDERS en B. GORS, *Les biens de l'administration*, Brussel, Bruylant, 2014, 128; zie ook "*La protection offerte par l'article 1412bis du Code judiciaire ne s'applique qu'aux personnes morales de droit public, et donc aux services publics organiques. Les services publics fonctionnels, comme les institutions de l'enseignement libre ou de l'enseignement privé, ne tombent pas sous le champ d'application de cet article.*" (eigen onderlijning) in V. VUYLSTEKE en S. DE SOMER, "Le principe de continuité du service public: the show must go on" in S. BEN MESSAOUD en F. VISEUR (eds.), *Les principes généraux de droit administratif: actualités et applications pratiques*, Brussel, Larcier, 2017, (229) 278.

¹¹⁰⁶ Brussel 16 september 1996 (Beslagr.), *JLMB* 1997, 924.

¹¹⁰⁷ Aangezien de wetten van de openbare dienst – én dus inclusief de continuïteit van de openbare dienst – van toepassing zijn op zowel *organieke* openbare diensten als op

213. Intergemeentelijke samenwerking – Wat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden betreft, blijkt uit het verslag namens de Commissie voor de Justitie van 31 januari 1991 dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden wel degelijk genieten van de uitvoeringsimmuniteit.¹¹⁰⁸ Gelet op bovenvermelde rechtspraak van de beslagrechter zal een intergemeentelijk samenwerkingsverband kunnen genieten van de uitvoeringsimmuniteit in artikel 1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek omdat zij een organieke openbare dienst is.¹¹⁰⁹ Aangezien de uitdrukkelijke kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon geen rol speelt bij de kwalificatie als organieke openbare dienst (en die organieke openbare dienst op zijn beurt het aanknopingspunt is voor artikel 1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek), is de uitdrukkelijke kwalificatie van de intercommunale als publiekrechtelijke rechtspersoon irrelevant in het kader van de uitvoeringsimmuniteit van de overheid.¹¹¹⁰

functionele openbare diensten, lijkt de inschatting van de beslagrechter anno 1996 niet meer op te gaan. Zie ook de kritiek van RENDERS en GORS: "D'une part, il semble que seuls soient visés les services publics organiques, à l'exclusion donc des personnes morales assumant un service public fonctionnel et ce, alors même que c'est le critère de la fonctionnalité qui est retenu pour déterminer les biens couverts par l'insaisissabilité de principe. L'on peut toutefois s'interroger sur la pertinence de cette exclusion." (eigen onderlijning) in D. RENDERS en B. GORS, *Les biens de l'administration*, Brussel, Bruylant, 2014, 128.

¹¹⁰⁸ Verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Aerts, *Parl. St. Senaat* 1990-91, nr. 213/2, 11-12; zie ook S. BRIJS, "Nieuwe wetgeving: de absolute uitvoeringsimmuniteit van de overheid doorbroken", *RW* 1994, afl. 19, (625) 631 waarin wordt gesteld dat "*intercommunales, die de juridische vorm van een C.V. aannemen, eveneens onder de omschrijving van artikel 1412bis, §1, vallen.*"; zie ook DUPONT die stelt dat "[I]es intercommunales, les organismes d'intérêt public, les établissements publics, etc. n'ont pas été étudiés mais sont soumis à cette règle." in I. DUPONT, "L'article 1412bis du Code Judiciaire a-t-il saisi les autorités publiques? Examen de la mise en application de cet article par les personnes morales de droit public et autres tempéraments à l'immunité d'exécution", *APT* 2004, (58) 63; "*Les centres publics d'aide sociale, les associations et fédérations de communes ont été soustraits du texte, étant visés par l'expression 'et généralement à toutes personnes morales de droit public.'*" (eigen onderlijning) in C. NYSENS, "Le principe de l'immunité d'exécution des pouvoirs publics assoupli par le législateur", *RRD* 1994, (299) 306.

¹¹⁰⁹ De vier voorwaarden opdat een entiteit een organieke openbare dienst is, zijn immers vervuld: 1) de intercommunale is opgericht door gemeenten; 2) zij dient een algemeen belang (het gemeentelijk belang) te behartigen; 3) ze is onderworpen aan een bijzonder juridisch regime en 4) ze staat onder controle van de regering; zie over de uitvoeringsimmuniteit ten opzichte van de intercommunale ook R. MAES, "Juridische aard" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (321) 334-335.

¹¹¹⁰ In dit proefschrift is de uitvoeringsimmuniteit het enige aspect van het goederenrecht dat wordt onderzocht. Het klopt dat de wetgever "*de personen waarvoor op grond van artikel 537 B.W. een afwijkend goederenregime geldt, (heeft) gelijkgeschakeld met de*

C. Faillissement

214. 'Alle publiekrechtelijke rechtspersonen' – De bepalingen die vervat zijn in boek XX van het WER en die de 'insolventie van ondernemingen' betreffen, zijn op grond van artikel I.22, 8° van het WER niet van toepassing op *publiekrechtelijke rechtspersonen*.¹¹¹¹ De waarborgen die het publiekrecht biedt ten aanzien van deze rechtspersonen is hiervoor de verantwoording. Bovendien zou de toepassing van regels zoals het insolventierecht de werking van de overheid onevenredig kunnen verstoren.¹¹¹² Het feit dat publiekrechtelijke rechtspersonen goederen en diensten aanbieden op een markt is bovendien irrelevant voor de uitsluiting van de toepassing van boek XX van het WER.¹¹¹³

De parlementaire voorbereiding bij boek XX van het WER verwijst voor het begrip 'publiekrechtelijke rechtspersoon' naar artikel 1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek dat de uitvoeringsimmunitet van de overheid regelt.¹¹¹⁴ De Raad van

'publiekrechtelijke rechtspersoon'", maar hierop ingaan zou ons te ver leiden. De uitvoeringsimmunitet werd onderzocht omdat de onbeslagbaarheid uitdrukkelijk als voordeel werd vermeld in de voorbereidende werken van de kaderwet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales. Zie hieromtrent evenwel F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 346 e.v., vn. 1389 en de aldaar aangehaalde rechtsleer.

¹¹¹¹ Zie over de evolutie inzake de uitsluiting van publiekrechtelijke rechtspersonen uit het faillissementsrecht E. SLAUTSKY en A. MAYENCE, "L'inapplicabilité du droit commun de l'insolvabilité aux personnes morales de droit public à l'épreuve du droit des aides d'État", *TBH* 2018, afl. 8, (827) 828-835.

¹¹¹² MvT bij het wetsontwerp van 20 april 2017 houdende invoeging van het Boek XX 'Insolventie van ondernemingen', in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St. Kamer*, 2016-17, nr. 2407/001, 28.

¹¹¹³ "Ook publiekrechtelijke rechtspersonen die goederen en diensten aanbieden op een markt (de zgn. "overheidsbedrijven") blijven dus buiten het vizier van het insolventierecht. Dit was voorheen in de regel ook het geval doordat een uitdrukkelijke wettelijke bepaling hen uitsloot van de kwalificatie als handelaar." in J. VANANROYE en R. VERHEYDEN, "De insolventieprocedures in het nieuwe Boek XX WER" in M. STORME (ed.), *Themis 107 – Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, die Keure, 2018, (13) 18.

¹¹¹⁴ MvT bij het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX 'Insolventie van ondernemingen', in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St. Kamer* 2016-17, nr. 2407/001, 28: "Het begrip 'publiekrechtelijke rechtspersoon' is gelijk aan het gelijklopende begrip in art. 1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek. De goederen en verbintenissen van elke publiekrechtelijke rechtspersoon zijn onttrokken aan het toepassingsgebied van de insolventieprocedures." (eigen onderlijning).

State, afdeling wetgeving merkte tevergeefs op dat het begrip 'publiekrechtelijke rechtspersoon' en de mate waarin de goederen van overheidsondernemingen onder de insolventieprocedures vallen, moesten worden gepreciseerd in het wetsontwerp. Volgens de Raad is het begrip 'publiekrechtelijke rechtspersoon' niet eenduidig, in het bijzonder gelet op het feit dat overheidsinstanties, vaak binnen een samenwerkingsverband, de rechtsvorm van privaatrechtelijke rechtspersonen zoals handelsvennootschappen aannemen en winst nastreven.¹¹¹⁵ Aangezien noch de wet, noch de voorbereidende werken op zichzelf een voldoende duidelijke invulling geven aan 'de publiekrechtelijke rechtspersonen', proberen verschillende rechtsgeleerden die lacune te verhelpen.

SLAUTSKY en MAYENCE merken op dat de voorbereidende werken bij artikel 1412*bis* van het Ger.W. geen verduidelijking bieden, maar dat de hoedanigheid van publiekrechtelijke rechtspersoon vaststaat als de wetgever een entiteit uitdrukkelijk als publiekrechtelijke rechtspersoon heeft gekwalificeerd.¹¹¹⁶ Volgens hun opvatting zou de intercommunale bijgevolg een publiekrechtelijke rechtspersoon zijn in de zin van artikel 1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek. Indien er geen uitdrukkelijke kwalificatie voorhanden is, is het volgens hen aan de rechter om de contouren van dit begrip vast te leggen.¹¹¹⁷ Om te bepalen of een entiteit een publiekrechtelijke rechtspersoon is in de zin van het faillissementsrecht, dient volgens hen de techniek van de *faisceau d'indices* te worden toegepast.¹¹¹⁸

¹¹¹⁵ Adv.RvS van 13 februari 2017 over een voorontwerp van wet houdende invoeging van het Boek XX 'Insolventie van ondernemingen', in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, nr. 60.760/2, overw. 2.3.

¹¹¹⁶ E. SLAUTSKY en A. MAYENCE, "L'inapplicabilité du droit commun de l'insolvabilité aux personnes morales de droit public à l'épreuve du droit des aides d'État", *TBH* 2018, afl. 8, (827) 834.

¹¹¹⁷ De rechter laat zich daarbij inspireren op de criteria die worden gehanteerd om een rechtspersoon als publiek- of privaatrechtelijk te kwalificeren buiten het leerstuk van artikel 1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek, aldus de auteurs, zie E. SLAUTSKY en A. MAYENCE, "L'inapplicabilité du droit commun de l'insolvabilité aux personnes morales de droit public à l'épreuve du droit des aides d'État", *TBH* 2018, afl. 8, (827) 834-835.

¹¹¹⁸ E. SLAUTSKY en A. MAYENCE, "L'inapplicabilité du droit commun de l'insolvabilité aux personnes morales de droit public à l'épreuve du droit des aides d'État", *TBH* 2018, afl. 8, (827) 828 en 834.

Volgens DE MAREZ en STRAGIER heeft de verwijzing naar artikel 1412*bis* van het Ger.W. op zich echter "*geen grote toegevoegde waarde*", aangezien laatstgenoemd artikel tegelijkertijd een opsomming als een verwijzing naar 'alle publiekrechtelijke rechtspersonen' bevat terwijl "*men weet dat er vandaag allerminst eensgezindheid bestaat over de precieze draagwijdte van het begrip 'publiekrechtelijke rechtspersoon'*".¹¹¹⁹ DE MAREZ en STRAGIER wijzen op het feit dat er geen allesomvattende definitie van het begrip publiekrechtelijke rechtspersoon bestaat en dat er verschillende criteria moeten worden toegepast om "*geval per geval uit te maken of er al dan niet sprake is van een publiekrechtelijke rechtspersoon*". Zij vangen de opsomming van de criteria aan met 'de kwalificatie door de oprichter'.¹¹²⁰

Ook VANMEENEN en VAN DE PLAS "*vinden dat "[d]eze insteek (...) slechts gedeeltelijk een oplossing [biedt], aangezien de interpretatie van het begrip publiekrechtelijke rechtspersoon in de zin van artikel 1412*bis* Ger.W. evenmin helder is afgebakend*".¹¹²¹ De auteurs grijpen niet terug naar de techniek van de indicatieve criteria, maar ze hanteren de doelstelling van de uitsluiting van het faillissementsrecht als aanknopingspunt.¹¹²²

Ten slotte wijst ook ZENNER op de inhoudloze verwijzing: "*Cet article 1412*bis*, auquel le ministre de la Justice a encore fait écho lors de sa réponse aux intervenants dans la discussion générale du projet de loi, sans expliquer en quoi cette référence était utile, ne précise cependant aucunement la notion de 'personne morale de droit public'*". (eigen onderlijning).¹¹²³

215. Art. 1412*bis* Ger.W. – De parlementaire voorbereiding bij boek XX van het WER verwijst voor het begrip 'publiekrechtelijke rechtspersoon' naar artikel

¹¹¹⁹ D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 42.

¹¹²⁰ D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 42.

¹¹²¹ I. VAN DE PLAS en M. VANMEENEN, "Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?", *TBH* 2018, afl. 3, (207) 219.

¹¹²² Zie hierover I. VAN DE PLAS en M. VANMEENEN, "Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?", *TBH* 2018, afl. 3, (207) 219-220.

¹¹²³ A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, 312.

1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek dat de uitvoeringsimmunititeit van de overheid regelt.¹¹²⁴ *Supra* werd het duidelijk dat het in eerste instantie eveneens onduidelijk is wat onder publiekrechtelijke rechtspersonen in de zin van artikel 1412*bis* moet worden begrepen. Uiteindelijk bleek dat er moet worden teruggegrepen naar het begrip 'organieke openbare dienst' om te weten of een entiteit een publiekrechtelijke rechtspersoon is in de zin van artikel 1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek. Aangezien de uitzondering op het faillissement zijn oorsprong vindt in en is geënt op het continuïteitsbeginsel, is de verwijzing naar 'de openbare dienst' ook hier een begrijpelijke terugkoppeling.

216. Toepassing op intergemeentelijke samenwerking – De vraag of de uitdrukkelijke kwalificatie van de intercommunale als publiekrechtelijke rechtspersoon een rol speelt in de toepassing van boek XX van het WER op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kan bijgevolg ook ontkennend worden beantwoord. Aangezien de uitdrukkelijke kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon geen rol speelt bij de kwalificatie als organieke openbare dienst (en die organieke openbare dienst op zijn beurt het aanknopingspunt is van artikel 1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek én van artikel I.22, 8° van het WER), is er geen relevantie weggelegd voor de uitdrukkelijke kwalificatie van de intercommunale als publiekrechtelijke rechtspersoon in het faillissementsrecht.

D. Administratieve overheid

217. Inleiding – In de voorbereidende werken bij de regelgeving omtrent intergemeentelijke samenwerking wordt niet gesteld dat de uitdrukkelijke kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon een rol speelt bij de kwalificatie van de intercommunale als 'administratieve overheid'. Aangezien dit hoofdstuk de toepasselijkheid van de algemene beginselen van het administratief recht op de

¹¹²⁴ MvT bij het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX 'Insolventie van ondernemingen', in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 28: "Het begrip 'publiekrechtelijke rechtspersoon' is gelijk aan het gelijklopende begrip in art. 1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek. De goederen en verbintenissen van elke publiekrechtelijke rechtspersoon zijn onttrokken aan het toepassingsgebied van de insolventieprocedures."

intercommunale betreft, kan de toets van het begrip 'administratieve overheid' – als centraal begrip bij de toepassing van verschillende administratiefrechtelijke bepalingen en bij de bevoegdheid van de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak – echter niet ontbreken.

De *status quaestionis* van de invulling van het begrip 'administratieve overheid' kan worden ingeleid met een treffend citaat dat de relevantie van dit topic voor dit proefschrift bevestigt: "*De afbakening van het begrip administratieve overheid is ten tijde van de vervaging van het onderscheid tussen de publieke en de private rechtspersoonlijkheid enerzijds en de publieke en de private actieradius anderzijds, geen sinecure.*", aldus DE SOMER.¹¹²⁵ Met dit in het achterhoofd wordt er een poging ondernomen om het leerstuk van de administratieve overheid samen te vatten en de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in dit verhaal te situeren. Er wordt concreet nagegaan in welke mate de publiekrechtelijke kwalificatie van de intercommunale een rol speelt bij het bepalen of de entiteit een administratieve overheid is. Zoals hieronder zal blijken is het te kort door de bocht om er van uit te gaan dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband een administratieve overheid is *net omdat* zij is gekwalificeerd als een publiekrechtelijke rechtspersoon.

218. Status quaestionis – 'De administratieve overheid' is het aanknopingspunt in het (personele) toepassingsgebied van verschillende bestuursrechtelijke voorschriften. Zo doet de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op grond van artikel 14, §1, 1^o van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973¹¹²⁶ (hierna: RvS-wetten) uitspraak bij wijze van arrest over de beroepen tot nietigverklaring, ingesteld tegen de akten en reglementen van de onderscheiden *administratieve overheden*.¹¹²⁷ Noch de gecoördineerde wetten op

¹¹²⁵ S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van *a never ending story*", *RW* 2012, afl. 37, (1614) 1637.

¹¹²⁶ *BS* 21 maart 1973.

¹¹²⁷ Op grond van §3 van datzelfde artikel kan de Raad van State ook uitspraak doen over beroepen tegen impliciete afwijzende beslissingen van – opnieuw – *administratieve overheden*. De rechtsmacht van de Raad van State wordt eveneens aan het begrip 'administratieve overheid' gekoppeld bij de vordering van een de herstelvergoeding voor buitengewone, morele of materiële schade op grond van artikel 11 van de RvS-wetten en bij de vordering tot schadevergoeding tot herstel die is vervat in artikel 11*bis* van de RvS-wetten.

de Raad van State zelf, noch andere wettelijke bepalingen verduidelijken echter wat het begrip 'administratieve overheid' betekent. Het Hof van Cassatie, optredend als attributierechter op grond van artikel 158 van de Grondwet en de artikelen 33 en 34 van de RvS-wetten, en de Raad van State vullen dit begrip in. De rechtspraak ontwikkelde verschillende criteria om te bepalen of een entiteit al dan niet een administratieve overheid is. De jurisprudentiële invulling fluctueerde doorheen de jaren en de interpretatie zal ongetwijfeld nog een verdere evolutie kennen. De rechtsleer heeft op zijn beurt al uitvoerig aandacht besteed aan het begrip 'administratieve overheid'.¹¹²⁸

Iedere nuance in detail toelichten gaat de doelstelling van dit proefschrift te buiten. Principesarresten inzake de kwalificatie van een entiteit als administratieve overheid worden in ieder geval weergegeven en waar mogelijk wordt er verwezen naar rechtsleer ter zake. Dit proefschrift distilleert slechts die elementen die relevant zijn voor het beantwoorden van de vraag in welke mate de uitdrukkelijke publiekrechtelijke kwalificatie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband

¹¹²⁸ Voor een uiteenzetting van het begrip 'administratieve overheid', zie onder meer S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Mortsel, Intersentia, 2019, 316 en de aldaar uitvoerig aangehaalde rechtsleer; zie Y. MOSSOUX, "La notion d'autorité administrative" in V. MICHIELS, *La publicité de l'administration. Vingt ans après, bilan et perspectives*, Brussel, Bruylant, 2014, 51-108; S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van *a never ending story*", *RW* 2012, afl. 37, 1614-1639; D. DE ROY, "Établissements publics, organismes d'intérêt public et tutti quanti: la qualification juridique des satellites de l'administration", *RevCri* 2013, afl. 1, (34) 48; F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 210-229; V. VERDEYEN, "Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering", *CDPK* 2006, afl. 2, 323-343; S. VAN GARSSE, "De 'harmonicabewegingen' van het begrip administratieve overheid", *T.Gem.* 2002, afl. 4, 308-313; D. D'HOOGHE en J. ROETS, "Privaatrechtelijke rechtspersonen op maat en op bestelling?" in B. DAUWE, B. DE GRUYSE, E. DE GRUYSE, B. MAES en K. VAN LINT (eds.), *Liber Amicorum Ludovic De Gryse*, Gent, Larcier, 2010, 563-574; S. DE SOMER en F. VANDENDRIESSCHE, "De toepasselijkheid van algemene bestuursrechtelijke regimes op de gemeentelijke verzelfstandigde agentschappen en de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden" in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2013, 384 e.v.; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 1273-1278; F. VANDENDRIESSCHE, "De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten Gimvindus en BATC van het Hof van Cassatie", *RW* 2000, afl. 13, 497-506; zie ook de aangehaalde rechtsleer in S. DE SOMER, "Het begrip 'administratieve overheid' en zijn Vlaamse aanverwanten" in S. DE SOMER (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure, 2020, (379) 384.

een rol speelt bij zijn kwalificatie als administratieve overheid. Dit achterhalen is niet enkel van belang in het vraagstuk naar de bevoegdheid van de Raad van State, maar de kwalificatie als administratieve overheid is op haar beurt relevant voor het afbakenen van het toepassingsgebied van andere wetgeving. Zo hanteren onder meer de federale regelgeving inzake de formele motivering van bestuurshandelingen¹¹²⁹ en die inzake de openbaarheid van bestuur¹¹³⁰ 'de administratieve overheid in de zin van artikel 14 van de RvS-wetten' om hun toepassingsgebied af te bakenen.

219. Negatieve criteria? – Bij het bepalen of een entiteit een administratieve overheid is, wijst de rechtsleer traditioneel op het voorhanden zijn van negatieve en positieve criteria.¹¹³¹ De negatieve criteria zijn gebaseerd op het principe van de scheiding der machten en willen voorkomen dat organen van de wetgevende en de rechterlijke macht als administratieve overheid worden beschouwd.¹¹³² Een eerste stap is om na te gaan of één van de negatieve criteria is vervuld. Indien dit het geval is, is de entiteit *ipso facto* géén administratieve overheid – wat

¹¹²⁹ Art. 1 van de wet van 29 juli 1992 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (*BS* 12 september 1991) stelt dat voor de toepassing van de wet onder 'bestuur' 'de administratieve overheden als bedoeld in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State' moeten worden verstaan.

¹¹³⁰ Art. 1 van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur (*BS* 30 juni 1994) verklaart deze wet van toepassing op a) de federale administratieve overheden en b) de administratieve overheden andere dan de federale administratieve overheden doch slechts in de mate dat deze wet op gronden die tot de federale bevoegdheid behoren, de openbaarheid van bestuursdocumenten verbiedt of beperkt. Daarbij moet een administratieve overheid worden begrepen als 'een administratieve overheid als bedoeld in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State'.

¹¹³¹ VANDENDRIESSCHE raadt het gebruik van het begrip 'uitsluitingscriteria' in plaats van negatieve criteria en 'indicatiecriteria' in plaats van positieve criteria, omdat de positieve criteria zowel een negatieve als een positieve invloed kunnen uitoefenen, in F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 210; zie ook omtrent de negatieve en positieve criteria: Y. MOSSOUX, "La notion d'autorité administrative" in V. MICHIELS, *La publicité de l'administration. Vingt ans après, bilan et perspectives*, Brussel, Bruylant, 2014, (51) 53; S. VAN GARSSE, "De 'harmonicabewegingen' van het begrip administratieve overheid", *T.Gem.* 2002, afl. 4, (308) 309 e.v.; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 1273-1278.

¹¹³² Zie voor een uitvoering bespreking S. DE SOMER, "Het begrip 'administratieve overheid' en zijn Vlaamse aanverwanten" in S. DE SOMER (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure, 2020, (379) 385-392.

betekent dat de negatieve criteria uitsluitingscriteria zijn.¹¹³³ Op deze negatieve criteria wordt niet verder ingegaan aangezien de intercommunale aan geen enkele van deze negatieve criteria voldoet.

220. Publieke of private entiteit? – Vooraleer de positieve criteria een rol beginnen te spelen, dient er in tweede instantie te worden nagegaan wat 'het overheidsgehalte' is van een entiteit. De voorwaarden waaronder een entiteit een administratieve overheid is, verschillen immers naargelang dit overheidsgehalte. Om even (ongenuanceerd) vooruit te lopen, zal een entiteit met publieke rechtsvorm in ieder geval een administratieve overheid zijn, terwijl een entiteit met private rechtsvorm dit slechts is indien zij een gezagshandeling stelt. Wat het aanknopingspunt is van dit overheidsgehalte is echter niet volledig duidelijk. Het Hof van Cassatie maakte al het onderscheid tussen 'een openbare overheid' en 'een privaatrechtelijk orgaan'¹¹³⁴, een onderscheid dat de Raad van State reeds overnam.¹¹³⁵ In andere arresten heeft de Raad van State het over 'de

¹¹³³ Dit dient te worden genuanceerd. Op grond van artikel 14, §1, 2° van de RvS-wetten zal de Raad van State wel bevoegd zijn voor de akten en reglementen van wetgevende vergaderingen of van hun organen, daarbij inbegrepen de ombudsmannen ingesteld bij deze assemblees, van het Rekenhof en van het Grondwettelijk Hof, van de Raad van State en de administratieve rechtscolleges evenals van organen van de rechterlijke macht en van de Hoge Raad voor de Justitie, met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van hun personeel, evenals de aanwerving, de aanwijzing, de benoeming in een openbaar ambt of de maatregelen die een tuchtkarakter vertonen. Zie uitgebreid omtrent (de ontstaansgeschiedenis van) deze uitzonderingen S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Morsel, Intersentia, 2019, 316-324; zie over deze uitsluitingscriteria: F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 211-213.

¹¹³⁴ Cass. 10 september 2009, C-09.0102.N, overw. 15: "*de Nationale kamer (is) een openbare overheid (...) die hoewel overwegend aansluitend bij de rechterlijke organisatie ook een overheidstaak heeft opgenomen als administratieve overheid. De vraag of zij beslissingen kon nemen die derden kunnen binden, vraag die relevant zou zijn indien zij een privaatrechtelijk orgaan zou zijn, is te dezen zonder belang.*" (eigen onderlijning).

¹¹³⁵ RvS 15 februari 2012, nr. 217.992, NV Bulvano, overw. 5.3: "*Zoals het Hof van Cassatie in zijn arrest nr. C.09.0102.N van 10 september 2009 overwoog zou de vraag of zij beslissingen kan nemen die derden kunnen binden, slechts relevant zijn indien zij "een privaatrechtelijk orgaan" zou zijn, wat te dezen niet het geval is*" (eigen onderlijning); zie ook in identieke bewoordingen RvS 16 oktober 2012, nr. 221.025, GmbH WK Verwaltungen, overw. 7.3.

privaatrechtelijke vennootschap¹¹³⁶ of 'de privaatrechtelijke rechtspersoon'¹¹³⁷. Bepaalde rechtsleer neemt het onderscheid tussen 'een functionele openbare dienst' en 'een organieke openbare dienst' als uitgangspunt.¹¹³⁸ Volgens nog andere auteurs dient er te worden nagegaan of de entiteit 'een publieke rechtsvorm' of 'een private rechtsvorm' heeft¹¹³⁹, net zoals de Raad van State 'de publiekrechtelijk vormgegeven rechtspersoon' ook reeds als basis hanteerde.¹¹⁴⁰ De rechtsleer gaat zelden in op dit niveau/deze tweede stap. Ze heeft daarentegen wel al uitvoerig beschreven hoe de criteria zich in de derde stap, nl. indien het onderscheid reeds gemaakt is tussen beide categorieën, ten opzichte van elkaar verhouden. Daarbij wordt er uitgebreid ingegaan op wat hun – in de tijd evoluerend – onderling gewicht is. In dit proefschrift wordt de tweede stap verder opgevat als een kwalificatie als rechtspersoon met een publieke rechtsvorm of met een private rechtsvorm.

Na het vaststellen dat de negatieve criteria niet vervuld zijn, is die tweede stap al onmiddellijk een moeilijke hindernis. Volgens DE SOMER kan het onderscheid tussen rechtspersonen in publieke rechtsvorm en rechtspersonen in private rechtsvorm als "*de summa divisio in de rechtspraak inzake het begrip administratieve overheid*" worden omschreven.¹¹⁴¹ Enkele decennia geleden was

¹¹³⁶ RvS 6 mei 2004, nr. 131.120, NV Professionele innovatie technieken Antwerpen (PIT Antwerpen).

¹¹³⁷ RvS 20 november 2007, nr. 176.890, NV Bouwcentrale Modern, overw. 7.

¹¹³⁸ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 210-229.

¹¹³⁹ D'HOOGHE en ROETS pleiten evenwel onmiddellijk voor een ander aanknopingspunt dan de rechtsvorm: "Om een en ander te verhelpen zou het een stap in de goede richting zijn indien de rechtsvorm niet langer zo bepalend zou zijn voor de kwalificatie als administratieve overheid. Maar dat veronderstelt dat het Hof van Cassatie terugkomt op haar GIMVINDUS-rechtspraak. Het zou echter nog veel beter zijn indien de wetgever – eindelijk – voor de dag zou komen met een definitie, aan de hand van criteria, op grond waarvan moet worden bepaald wanneer het gaat om een administratieve overheid in de zin van de wetten op de Raad van State." in D. D'HOOGHE en J. ROETS, "Privaatrechtelijke rechtspersonen op maat en op bestelling?" in B. DAUWE, B. DE GRYSSE, E. DE GRYSSE, B. MAES en K. VAN LINT (eds.), *Liber Amicorum Ludovic De Gryse*, Gent, Larcier, 2010, (563) 565 en 574.

¹¹⁴⁰ RvS 6 november 2007, nr. 176.478, Algemene Aannemingen Van Laere-Sofico: "Voor publiekrechtelijk vormgegeven rechtspersonen is het irrelevant of zij over imperiumbevoegdheid beschikken; hun eenzijdige bestuurlijke rechtshandelingen zijn steeds onderworpen aan de rechtsmacht van de Raad van State." (eigen onderlijning).

¹¹⁴¹ S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story, RW 2012, afl. 37, (1614) 1629; zie ook "Niettemin kan men uit de

het onderscheid tussen de publieke en de private rechtsvorm helder en afgelijnd.¹¹⁴² Op het eerste gezicht lijkt een indeling in de ene of de andere categorie niet langer vanzelfsprekend door de toenemende creatie van hybride entiteiten, zoals intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. In het geval een publieke rechtsvorm is te vereenzelvigen met een *sui generis*-rechtsvorm, is een hybride rechtsvorm naar mijn mening echter ook telkens een publieke rechtsvorm, dit aangezien deze altijd tegelijkertijd ook een *sui generis*-rechtsvorm zal aannemen (zie *infra* 2.). Dit zou de opdeling tussen beide relatief eenvoudig moeten maken. Een opdeling is bovendien noodzakelijk, zoals ook D'HOOGHE en ROETS terecht opmerken: "Gezien het belang dat wordt gehecht aan de aard van de rechtsvorm – publiek of privaat – rijst thans meer dan ooit de vraag wanneer we te maken hebben met een privaatrechtelijke rechtsvorm" en "[i]n navolging van de GIMVINDUS-rechtspraak zal dan onvermijdelijk de vraag rijzen of we te maken hebben met een privaatrechtelijke rechtsvorm, vermits enkel ten aanzien van de privaatrechtelijke rechtspersonen geldt dat zij dienen te beschikken over het prerogatief van de eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheid om als administratieve overheid te kunnen worden aangemerkt."¹¹⁴³ Het feit dat een

rechtspraak een aantal lijnen destilleren. De summa divisio daarbij is het onderscheid tussen rechtspersonen met een publieke rechtsvorm, enerzijds, en die met een private rechtsvorm, anderzijds." (eigen onderlijning) in S. DE SOMER, "Het begrip 'administratieve overheid' en zijn Vlaamse aanverwanten" in S. DE SOMER (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure, 2020, (379) 397.

¹¹⁴² Onder een rechtspersoon met een publieke rechtsvorm werd een rechtspersoon verstaan die *sui generis* werd vormgegeven. De regelgever voorzag met andere woorden in een *ad hoc*-vormgeving waarbij de vorm en het statuut steeds werden uitgewerkt op maat van de taken die de entiteit in de publieke sector zou vervullen. Een rechtspersoon met een private rechtsvorm werd beschouwd als een rechtspersoon die volledig conform de dwingende privaatrechtelijke regels was vormgegeven, zie hieromtrent S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van *a never ending story*, RW 2012, afl. 37, (1614) 1629-1632.

¹¹⁴³ D. D'HOOGHE en J. ROETS, "Privaatrechtelijke rechtspersonen op maat en op bestelling?" in B. DAUWE, B. DE GRYSSE, E. DE GRYSSE, B. MAES en K. VAN LINT (eds.), *Liber Amicorum Ludovic De Gryse*, Gent, Larcier, 2010, (563) 565 en 573; "De rechtspraak (o.a. die over het begrip 'administratieve overheid') kent echter slechts twee types rechtspersonen: de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke. Hybride rechtspersonen moeten dus onder één van beide noemers worden gebracht. Het komt aan de rechter toe om aan de hand van de 'wettelijke criteria' vast te stellen wat de precieze kwalificatie is van een rechtspersoon." in S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Mortsel, Intersentia, 2019, 282.

opdeling naargelang de rechtsvorm noodzakelijk is, neemt niet weg dat die werkwijze ook wenselijk is.¹¹⁴⁴

In zijn kwalificatieproces zal de Raad van State een entiteit hoe dan ook in eerste instantie moeten kwalificeren als een rechtspersoon met een publieke rechtsvorm of met een private rechtsvorm. De Raad weegt hiertoe verschillende elementen die wijzen op een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtsvorm af ten opzichte van elkaar, maar gaat hier casuïstisch en weinig consistent te werk.¹¹⁴⁵ Het lijkt er enigszins op dat dit onderscheid tussen de publieke en private rechtsvorm niet volledig samenvalt met respectievelijk de oprichting via 'de publiekrechtelijke weg' of 'de privaatrechtelijke weg', wat bijdraagt aan de complexiteit.¹¹⁴⁶ Het is wel degelijk van belang of een entiteit al dan niet effectief is opgericht bij of krachtens een decreet (= de publiekrechtelijke weg), maar de Raad van State gaat verder. Om te bepalen of een entiteit een publieke of een private rechtsvorm heeft, "*beperkt (hij) zich niet tot de vaststelling dat de*

¹¹⁴⁴ "Of er sprake is van een publiek- of privaatrechtelijke rechtsvorm is voor een toenemend aantal rechtspersonen derhalve – opnieuw – een kwestie van gradatie. Hoogstens kan worden verdedigd dat de rechtsvorm 'veeleer' publiek- of 'veeleer' privaatrechtelijk is. Een strikte scheiding tussen publieke- en private rechtsvorm biedt niet langer een correct beeld van de juridische werkelijkheid. Er is daarentegen sprake van een continuüm aan rechtsvormen, waarvan de 'zuiver publiekrechtelijke' en de 'zuiver privaatrechtelijke' rechtsvorm twee polen zijn. Hiertussen zijn tal van mengvormen terug te vinden." (eigen onderlijning) in F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 118-119.

¹¹⁴⁵ S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story, RW 2012, afl. 37, (1614) 1632.

¹¹⁴⁶ De oprichting via *de publiekrechtelijke weg* houdt in dat er een wettelijke basis aan de grondslag ligt van de oprichting. Een voorbeeld hiervan zijn de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zelf, waar onder meer het DLB dergelijke oprichting uitdrukkelijk toelaat en het intergemeentelijk samenwerkingsverband vormgeeft. De tweede mogelijkheid is de oprichting van een entiteit via *de privaatrechtelijke weg*. Indien er gebruik wordt gemaakt van de privaatrechtelijke weg, is er geen concrete wettelijke grondslag voorhanden, maar wordt er een beroep gedaan op het 'gemene' vennootschaps- en verenigingsrecht. In de rechtsliteratuur wordt er vaak gesproken over een derde 'hybridische' of 'hybride' weg, waarbij er bij de oprichting zowel gebruik wordt gemaakt van publieke als van private elementen. Zie bv. D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 150 en 208-209. Het is echter nauwkeuriger om te spreken over 'hybride rechtspersonen' in plaats van 'de hybridische weg', aangezien de oprichting van elke hybride rechtspersoon naar mijn mening nog steeds via, ofwel, de publiekrechtelijke, ofwel, de privaatrechtelijke weg gebeurt. Dit onderscheid tussen de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke weg wordt *infra* 2.4. uitvoerig behandeld.

*decreetgever is tussengekomen bij de oprichting van de rechtspersoon in kwestie", maar "gaat (hij) op zoek naar elementen die het publiekrechtelijk karakter van de rechtspersoon onderbouwen."*¹¹⁴⁷ In een bijdrage van 2020 stelt DE SOMER dat "*[d]e organieke band met de overheid (rechtspersonen in publieke rechtsvorm zijn steeds opgericht door de overheid) (...) hier dus voldoende [is]. Bovendien zal een publiekrechtelijke rechtspersoon, wegens het specialiteitsbeginsel van de overheid, steeds zijn opgericht met het oog op het vervullen van een taak van algemeen belang, zodat aan één van de twee traditionele functionele criteria ook steeds zal voldaan zijn.*"¹¹⁴⁸

Elementen die de Raad van State in overweging neemt, zijn onder meer het bestuurlijk toezicht¹¹⁴⁹, de activiteiten¹¹⁵⁰, de oprichting bij of krachtens decreet (= de publiekrechtelijke weg) en de wil van de wetgever. In het kader van dit proefschrift is voornamelijk dit laatste element van belang aangezien de wil van

¹¹⁴⁷ S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van *a never ending story*, *RW* 2012, afl. 37, (1614) 1631.

¹¹⁴⁸ S. DE SOMER, "Het begrip 'administratieve overheid' en zijn Vlaamse aanverwanten" in S. DE SOMER (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure, 2020, (379) 404.

¹¹⁴⁹ Aangezien een bestuurlijk toezicht in beginsel niet verenigbaar is met een private rechtsvorm lijkt dit een belangrijke aanwijzing te zijn dat een entiteit die aan dergelijk toezicht is onderworpen een publieke rechtsvorm heeft. De Raad van State oordeelde evenwel in zijn arrest van 6 mei 2004 dat de NV van publiek recht tóch een privaatrechtelijke rechtsvorm heeft, ondanks dat er een bestuurlijk toezicht op is georganiseerd. Dit is een mooi voorbeeld van de casuïstische en weinig consistente rechtspraak van de Raad terzake, zie RvS 6 mei 2004, nr. 131.120, NV Professionele innovatie technieken Antwerpen (PIT Antwerpen): "dat het toevertrouwen aan een naamloze vennootschap van een "taak van algemeen belang" ook al is die vennootschap opgericht door een administratieve overheid en ook al is zij onderworpen aan een verregaande controle van de overheid, deze haar privaatrechtelijk karakter niet doet verliezen, ingeval zij geen beslissingen kan nemen die derden binden (eigen onderlijning)".

¹¹⁵⁰ In zijn arrest van 11 oktober 2010 oordeelde de Raad van State dat het feit dat een entiteit beslissingen neemt die kaderen in een openbare dienst voldoende is om van een rechtspersoon in publieke rechtsvorm te spreken, zie RvS 11 oktober 2010, nr. 208.030, BVBA Cycle Service, overw. 7: "De Nationale Loterij is (...) een naamloze vennootschap van publiek recht. Een dergelijke vennootschap is een administratieve overheid (...) wanneer zij, zoals te dezen, beslissingen neemt die kaderen in de 'opdrachten van openbare dienst' waarmee zij is belast. Het door de verwerende partij aangevoerde criterium van de bevoegdheid om ten aanzien van derden eenzijdig bindende beslissingen te nemen is dan niet dienstig. (eigen onderlijning)"; zie ook RvS 30 juni 2015, nr. 231.805, NV Aquacare International, overw. 5.2: "De omstandigheid dat niet zou zijn aangetoond dat de verwerende partij de bevoegdheid heeft om eenzijdige bindende beslissingen te nemen is hier zonder relevantie, aangezien, zoals opgemerkt, een nv van publiek recht een administratieve overheid is in de zin van voormeld artikel 14, § 1, wanneer zij beslissingen neemt die kaderen in de opdrachten van openbare dienst waarmee zij is belast. (eigen onderlijning)".

de wetgever veruitwendigd is in de uitdrukkelijke kwalificatie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband als publiekrechtelijke rechtspersoon.¹¹⁵¹ Uit het arrest Matexi leidt DE SOMER af dat "[d]e Raad van State (...) thans het nodige gewicht [toekent] aan de wil van de wet- of decreetgever, zoals die blijkt uit de oprichtingsakte en de parlementaire voorbereidingsstukken".¹¹⁵² In dit arrest wijst de Raad inderdaad op "een aanzienlijk aantal bepalingen [die](...) haar publiekrechtelijk statuut [beklemtonen]", maar de bepalingen die de Raad hierbij opsomt betreffen het bestuurlijk toezicht, de benoeming van leden door de Vlaamse Regering, het aandeelhouderschap dat enkel toekomt aan het Vlaamse Gewest en de provincies en gemeenten, en de statutaire tewerkstelling.¹¹⁵³ In het arrest Matexi lijkt de Raad van State de wil van de wetgever om een entiteit als publiekrechtelijk te kwalificeren – wat mij tot uiting lijkt te komen in een uitdrukkelijke kwalificatie of in de benaming van de entiteit (vb. NV van publiek recht) – niet in overweging te nemen. In ieder geval is het niet duidelijk dat een uitdrukkelijke kwalificatie *in casu* de voornaamste overweging heeft gevormd. Wel heeft de Raad van State zich in andere arresten verscheidene keren op (onder meer) de bedoeling van de wetgever – zoals die blijkt uit de benaming van de entiteit/het opschrift van de

¹¹⁵¹ "Volgens het wilscriterium vermeldt de wet- of decreetgever in de wetgevende oprichtings- of erkenningstekst of in de parlementaire voorbereiding de publiekrechtelijke, dan wel privaatrechtelijke aard van de rechtspersoon." in S. VERBEYST, "De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen", *TBP* 2017, afl. 4, (235) 240.

¹¹⁵² S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story", *RW* 2012, afl. 37, (1614) 1632.

¹¹⁵³ RvS 26 juni 2008, nr. 184.837, NV Matexi e.a., overw. 13: "Ook al wordt daarbij bepaald dat zij in de vorm van een naamloze vennootschap wordt opgericht "zonder haar burgerlijk karakter te verliezen" lijkt in de huidige stand van de procedure niet te moeten worden aangenomen dat zij aldus geen administratieve overheid is in de zin van het meer vernoemde artikel 14: zij is immers decretaal opgericht en een aanzienlijk aantal bepalingen beklemtonen haar publiekrechtelijk statuut: zo staat zij onder toezicht van de Vlaamse regering (artikel 23 van het voormelde kaderdecreet), die de leden van haar raad van bestuur en haar gedelegeerd bestuurder benoemt en enkel het Vlaamse Gewest en de provincies en gemeenten gelegen in het Vlaamse Gewest zijn gemachtigd om haar aandeelhouders te worden (artikel 30 Vlaamse Wooncode). Ten overvloede kan erop worden gewezen dat zij op statutaire wijze personeel mag aanwerven en tewerkstellen, hetgeen een bevoegdheid lijkt om derden eenzijdig te binden." (eigen onderlijning).

wettelijke bepalingen – gebaseerd om te oordelen dat de wetgever *niet* de bedoeling heeft om de entiteiten 'een publiekrechtelijk statuut' te geven.¹¹⁵⁴

DE SOMER leidt uit de rechtspraak van de Raad van State af dat hij *soms* een 'voornamen tot doorslaggevende rol' toebedeelt aan de wil van de regelgever die zich ook doorzet in de benaming van de entiteit.¹¹⁵⁵ Ook volgens D'HOOGHE en ROETS volstaat die wil niet altijd: "*Uit het UZLeuven-arrest van de Raad van State blijkt alvast dat de rechter bij de kwalificatievraag rekening zal kunnen/moeten houden met de bedoeling van de wetgever/decreetgever. Maar de bedoeling om een instelling een privaatrechtelijk rechtsvorm te verlenen, zal allicht niet volstaan indien in werkelijkheid blijkt dat de sui generis rechtsvorm in het privaatrecht (nog) niet bestaat én inhoudelijk blijkt dat de 'afwijkingen' zijn ingegeven uit specifieke doelstellingen die verband houden met de beoogde wijze van uitoefening van taken van algemeen belang en/of overheidscontrole.*"¹¹⁵⁶ VERBEYST stelt hieromtrent: "*Zulks houdt in dat het wilscriterium niet determinerend kan zijn voor de kwalificatie van een rechtspersoon. Hoogstens kan aan de wil van de wet- of decreetgever, als oprichter, een groot gewicht worden toegekend wanneer de publiekrechtelijk en privaatrechtelijk ingevulde criteria*

¹¹⁵⁴ RvS 8 juli 2004, nr. 133.639, BVBA Archiduk: "*Overwegende dat (...) weliswaar een administratieve overheid, het OCMW van Kortrijk, als mede-oprichter bij het ontstaan van die VZW is opgetreden; dat deze (...) een opdracht van algemeen belang (uitvoert) (...); dat de artikelen 135bis tot 135octies de deelname van het OCMW aan een degelijke VZW regelen en aan toezichtsprocedures onderwerpen zoals goedkeuring door de gemeenteraad en machtiging door de Vlaamse regering, en ook een aantal verplichte werkregels aan die VZW opleggen; dat het echter blijkbaar niet in de bedoeling van de decreetgever lag – zoals verwoord in het opschrift van het betrokken hoofdstuk dat melding maakt van "verenigingen van privaatrecht" – de bedoelde VZW's een publiekrechtelijk statuut te geven." (eigen onderlijning); RvS 15 december 2009, nr. 198.916, VZW Ziekenhuis Netwerk Antwerpen, overw. 5.4: "*Het lag niet in de bedoeling van de decreetgever de bedoelde vzw's een publiekrechtelijk statuut te geven" (eigen onderlijning); RvS 8 augustus 2011, nr. 214.772, BVBA Euroscript Delt Belgium, overw. 12: "*Ten overvloede wordt opgemerkt dat ook in de parlementaire voorbereiding van het decreet van 7 mei 2004 het privaatrechtelijk karakter van de PMV wordt benadrukt." (eigen onderlijning).***

¹¹⁵⁵ S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story, RW 2012, afl. 37, (1614) 1633; zie voor de onduidelijkheid t.a.v. afweging van deze elementen S. DE SOMER, "Het begrip 'administratieve overheid' en zijn Vlaamse aanverwanten" in S. DE SOMER (ed.), Bestuursorganisatierecht, Brugge, die Keure, 2020, (379) 406-410.

¹¹⁵⁶ D. D'HOOGHE en J. ROETS, "Privaatrechtelijke rechtspersonen op maat en op bestelling?" in B. DAUWE, B. DE GRYSSE, E. DE GRYSSE, B. MAES en K. VAN LINT (eds.), *Liber Amicorum Ludovic De Gryse*, Gent, Larcier, 2010, (563) 573.

tegenover elkaar worden afgewogen. Hoe groot dit gewicht dan wel mag zijn, is minder duidelijk." (eigen onderlijning).¹¹⁵⁷

Los van de vraag wat het concrete onderlinge gewicht is van de elementen, speelt de uitdrukkelijke kwalificatie van de intercommunale als publieke rechtspersoon dus wel degelijk een rol om de hybride rechtsvorm van de intercommunale als een publieke rechtsvorm in het leerstuk van de administratieve overheid aan te merken. Het is echter niet duidelijk welk gewicht aan de uitdrukkelijke kwalificatie en dus aan de wil van de wetgever dient toe te komen, maar de relevantie lijkt relatief beperkt te zijn. *"De Raad van State geeft het begrip 'administratieve overheid' een eigen invulling, los van een kwalificatie als publiek- of privaatrechtelijke rechtspersoon"* en de Raad van State *"vermijdt (...) om zich begrippen van doctrinale oorsprong – zoals 'organieke openbare dienst' of 'publiekrechtelijke rechtspersoon' – eigen te maken en zijn bevoegdheid te koppelen aan de ontwikkeling van die rechtsleer"*.¹¹⁵⁸ *"De Raad van State vermijdt dan ook terecht om uitspraak te doen over het publiek- of privaatrechtelijk karakter van een administratieve overheid. Het betreft twee verwante, maar niet identieke vragen."*¹¹⁵⁹ De loutere kwalificatie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband als publiekrechtelijke rechtspersoon brengt niet automatisch de kwalificatie als administratieve overheid met zich mee. Met de onduidelijkheid omtrent het relatieve belang van de verschillende elementen in het achterhoofd worden er *infra* een aantal bedenkingen geformuleerd ten aanzien van dit (bijzondere) gewicht dat de wil van de regelgever krijgt.

¹¹⁵⁷ VERBEYST stelt ook: *"In de zoektocht naar de kwalificatie van een rechtspersoon als publiek- dan wel privaatrechtelijk, is wel duidelijk dat aan de wil van de oprichter (wet- of decreetgever) een groot gewicht kan worden gehecht. O.i. is het wilscriterium evenwel niet doorslaggevend en moeten de andere criteria steeds mee in overweging worden genomen."* in S. VERBEYST, "De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen", TBP 2017, afl. 4, (233) 240-241.

¹¹⁵⁸ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 213.

¹¹⁵⁹ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 128.

221. Automatische kwalificatie en voorwaarde van eenzijdig bindende beslissing – Het hebben van een publieke of private rechtsvorm heeft op zijn beurt een doorslaggevende invloed op de verdere kwalificatie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband als administratieve overheid. Eens is vastgesteld dat een entiteit een publieke of een private rechtsvorm heeft, kan het kwalificatieproces immers worden verdergezet en kan er worden overgegaan tot de derde stap die afhangt van die rechtsvorm.

Ten eerste, indien een entiteit een *publiekrechtelijke rechtsvorm* heeft, is die entiteit automatisch een administratieve overheid in de zin van artikel 14, §1, 1^o van de RvS-wetten. Het is daarbij irrelevant of de akten en reglementen al dan niet zijn aangenomen ter realisatie van het algemeen belang en of zij al dan niet eenzijdige rechtshandelingen of gezagshandelingen uitmaken.¹¹⁶⁰ De Gimvindus-, BATC- en Meulenijzer-rechtspraak die hieronder aan bod komt, speelt met andere woorden geen rol indien het om een rechtspersoon in publieke rechtsvorm gaat. Let wel, de kwalificatie als administratieve overheid is te onderscheiden van de bevoegdheid van de Raad van State. Het is niet omdat er in de kwalificatie van een entiteit als administratieve overheid geen relevantie is weggelegd voor het oogmerk van algemeen belang, dat dit niet het geval is wat de bevoegdheid van de Raad van State betreft.¹¹⁶¹

¹¹⁶⁰ RvS 6 november 2007, nr. 176.478, Algemene Aannemingen Van Laere-Sofico: "*Voor publiekrechtelijk vormgegeven rechtspersonen is het irrelevant of zij over imperiumbevoegdheid beschikken; hun eenzijdige bestuurlijke rechtshandelingen zijn steeds onderworpen aan de rechtsmacht van de Raad van State*", zoals bevestigd in RvS 26 juni 2008, nr. 184.837, NV Matexi e.a., overw. 13; S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story, RW 2012, afl. 37, (1614) 1633: "*Voor de rechtspersonen in publieke rechtsvorm lijkt inmiddels vast te staan dat het criterium van de imperiumbevoegdheid irrelevant is voor hun kwalificatie als administratieve overheden. Ook de afsplitsbare rechtshandelingen van deze rechtspersonen zijn aldus onderworpen aan de rechtsmacht van de Raad van State.*".

¹¹⁶¹ In zijn arrest RvS 11 oktober 2010, bvba Cycle Service (RvS 11 oktober 2010, nr. 208.030, BVBA Cycle Service) gaf de Raad van State mee dat hij enkel bevoegd is voor handelingen die gesteld zijn binnen een taak van algemeen belang, wat een belangrijke nuance is. Dit is bovendien ook van belang voor de imperiumbevoegdheid. Een gebrek aan gezagshandeling belet de kwalificatie van een entiteit met publiekrechtelijke rechtsvorm als administratieve overheid niet, maar belet wel de bevoegdheid van de Raad van State, aangezien hij enkel bevoegd is voor imperiumhandelingen. Als een rechtspersoon in publieke rechtsvorm bijgevolg een beslissing neemt die geen gezagshandeling is, is zij wel een administratieve overheid maar zal de Raad van State onbevoegd zijn om zich uit te spreken over die handeling.

Op het principe dat een rechtspersoon met publieke rechtsvorm een administratieve overheid is voor *al* zijn rechtshandelingen, bestaat er één uitzondering. Indien de entiteit akten of reglementen aanneemt die kaderen in de uitoefening van zuiver commerciële of industriële activiteiten, zullen de entiteiten voor beroepen tot vernietiging van beslissingen in het raam van die activiteiten niet als een administratieve overheid worden beschouwd en zal de Raad van State dus ook onbevoegd zijn.¹¹⁶² Entiteiten met een publieke rechtsvorm zijn dus in principe administratieve overheden, behalve voor de activiteiten die ze in zuiver commercieel of industrieel verband uitoefenen.¹¹⁶³ Belangrijk hierbij is dat de Raad van State deze vaste rechtspraak dat een entiteit voor de akten en reglementen die kaderen in zuivere commerciële of industriële activiteiten, geen administratieve overheid is, ontwikkelde ten aanzien van de autonome overheidsbedrijven.¹¹⁶⁴ Volgens DE SOMER en VANDENDRIESSCHE acht de Raad van

¹¹⁶² VANDENDRIESSCHE omschrijft dit in zijn proefschrift als 'de beperkende werking van de functionele benadering', zie F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 227-229; zie ook S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van *a never ending story*", *RW* 2012, afl. 37, (1614) 1633.

¹¹⁶³ Bij deze uitzondering maak ik mij wel de bedenking of de commerciële handeling ervoor zorgt dat de entiteit geen administratieve overheid is, of dat de commerciële handeling geen 'akte of reglement' is waarvoor de Raad van State bevoegd is. In het laatste geval is de entiteit wél nog een administratieve overheid, wat gevolgen kan hebben voor wetgeving die zich beroept op het begrip 'administratieve overheid in de zin van artikel 14 van de RvS-wetten'. Zie over het onderscheid tussen 'het commercieel procedé' en 'het administratief procedé': F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 207-209.

¹¹⁶⁴ RvS 17 juni 2004, nr. 132.571, NV Algemene ondernemingen Pieters-De Gelder t. Belgacom, overw. 2.2: "gelet op het duale karakter van Belgacom die nochtans één, door de overheid opgerichte en gecontroleerde rechtspersoon bleef, een onderscheid kon worden gemaakt, wat haar functioneren betreft, tussen haar optreden als overheidsinstelling wanneer zij diensten verrichtte in het raam van de openbare dienst waarmee zij was belast, enerzijds, en haar zuiver commerciële activiteit, anderzijds; dat enkel indien zij in de eerste hoedanigheid optrad, de beslissingen die zij nam in voorkomend geval de in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bedoelde beslissingen waren die aan het annulatietoezicht van de Raad van State konden worden onderworpen" (eigen onderlijning); RvS, 10 maart 2003, Vanhecke t. De Post, nr. 116.818, overw. 2.1.3 in identieke bewoordingen: "gelet op dat duaal karakter van De Post die nochtans één, door de overheid opgerichte en gecontroleerde rechtspersoon blijft, wat zijn functioneren betreft een onderscheid kan worden gemaakt tussen zijn optreden als overheidsinstelling wanneer hij diensten verricht in het kader van de openbare dienst waarmee hij belast is enerzijds en zijn zuiver commerciële activiteit anderzijds; dat enkel wanneer hij optreedt in de eerste hoedanigheid de

State zich maar bevoegd "voor zover de wet- of decreetgever het onderscheid tussen beide soorten taken zelf heeft verankerd".¹¹⁶⁵ Tegelijkertijd stellen DE SOMER EN OPDEBEEK dat "[h]oewel publiekrechtelijke rechtspersonen zoals de Staat, provincies en gemeenten normaal optreden als bestuur bij alles wat zij doen, (...) dit dus niet (geldt) voor deze federale autonome overheidsbedrijven".¹¹⁶⁶ Het is niet volledig duidelijk of dit onderscheid in taken ook effectief in de regelgeving moet zijn voorzien en of dit (bijgevolg) enkel geldt ten aanzien van de federale autonome overheidsbedrijven.¹¹⁶⁷ Indien beide zaken ontkennend kunnen worden beantwoord, heeft dit logischerwijs ook een relevantie ten aanzien van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die commerciële of industriële activiteiten uitoefenen.¹¹⁶⁸ Indien de uitzondering enkel geldt indien het onderscheid tussen 'commerciële of industriële' en 'administratieve' taken wettelijk is verankerd, geldt de uitzondering niet. Niets belet uiteraard dat de decreetgever in de toekomst een tweedeling in het takenpakket introduceert. BUTTGENBACH stelde in het verleden alvast dat "[l]a recevabilité d'un recours au Conseil d'Etat pourrait, toutefois, être mise en doute au sujet de certaines

beslissingen welke hij neemt desgevallend kunnen worden gekenmerkt als voor derden bindende eenzijdig genomen beslissingen" (eigen onderlijning).

¹¹⁶⁵ S. DE SOMER en F. VANDENDRIESSCHE, "De toepasselijkheid van algemene bestuursrechtelijke regimes op de gemeentelijke verzelfstandigde agentschappen en de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden" in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2013, (384) 290 en 388-389.

¹¹⁶⁶ S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Mortsel, Intersentia, 2019, 333; zie ook S. DE SOMER, "Het begrip 'administratieve overheid' en zijn Vlaamse aanverwanten" in S. DE SOMER (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure, 2020, (379) 405: "In het geval van de federale autonome overheidsbedrijven volgt de relevantie van het onderscheid tussen taken van openbare dienst en zuiver commerciële activiteiten uit de wet van 21 maart 1991 (1442). Dat is niet het geval voor alle publiekrechtelijke rechtspersonen die naast taken waarvan redelijkerwijze kan worden aangenomen dat ze een openbare dienst uitmaken tevens een aantal activiteiten ontplooiën in concurrentie met de private sector." (eigen onderlijning).

¹¹⁶⁷ "Het is onduidelijk of de Raad van State ook bereid zou zijn de kwalificatie van deze rechtspersonen als administratieve overheden te laten afhangen van het takenpakket waarbinnen zij een bepaalde handeling stellen." in S. DE SOMER, "Het begrip 'administratieve overheid' en zijn Vlaamse aanverwanten" in S. DE SOMER (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure, 2020, (379) 405-406.

¹¹⁶⁸ Zie over deze uitzondering en de impact op intergemeentelijke samenwerkingsverbanden S. DE SOMER en F. VANDENDRIESSCHE, "De toepasselijkheid van algemene bestuursrechtelijke regimes op de gemeentelijke verzelfstandigde agentschappen en de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden" in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2013, (384) 390 en 394.

associations intercommunales d'économie mixte.".¹¹⁶⁹ Meer over dit functioneel onderscheid, *infra* DEEL III.

Ten tweede, indien een entiteit daarentegen een *private rechtsvorm* heeft, is er sprake van een te vervullen voorwaarde. De entiteit zal geen administratieve overheid zijn tenzij ze optreedt op grond van de bevoegdheid om derden eenzijdig te binden – ook wel het stellen van 'gezagshandelingen' of 'de imperiumbevoegdheid' genoemd.¹¹⁷⁰ Het feit dat een akte of reglement is aangenomen met het oog op de realisatie van het algemeen belang maar tegelijkertijd geen gezagshandeling is, is ook hier onvoldoende om tot de kwalificatie als administratieve overheid te besluiten.¹¹⁷¹ De imperiumbevoegdheid is een *conditio sine qua non*: enkel als het een eenzijdige rechtshandeling betreft, is een kwalificatie als administratieve overheid mogelijk. Hier moet er wel worden gewezen op een nuance die de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak intussen heeft aangebracht. Zo oordeelde de Raad van State reeds dat hij bevoegd is voor een rechtshandeling die gesteld is door een entiteit die handelt *in naam en voor rekening* van een intergemeentelijk samenwerkingsverband dat een administratieve overheid is.¹¹⁷² VAN GARSSE heeft

¹¹⁶⁹ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Théorie générale du droit administratif belge* (3^e édition), I, Brussel, Larcier, 1966, 224, vn. 29.

¹¹⁷⁰ Cass. 14 februari 1997, C.96.0211.N, Gimvindus; Cass. 10 september 1999, C.98.0141.F, BATC; Cass. 6 september 2002, Meulenijs; zie ook GwH 9 april 2003, nr. 41/2003, overw. B.8; wat (de nuances inzake) de imperiumbevoegdheid betreft, zie S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Morsel, Intersentia, 2019, 329-331 en S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van *a never ending story*", *RW* 2012, afl. 37, (1614) 1619-1622 en 1633-1637.

¹¹⁷¹ Cass. 10 juni 2005, C.04.0278, CVBA Gewestelijke Maatschappij voor de Kleine Landeigendom Het Volk; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 1283 en de aldaar aangehaalde RS.

¹¹⁷² RvS 29 juli 2019, nr. 245.246: "*Dans la mesure où la S.C.R.L. ORES agit 'au nom et pour compte' de la S.C.R.L. ORES ASSETS, dont la qualité d'autorité administrative n'est pas contestée, elle en constitue le mandataire et ne pose aucun acte pour son compte propre. L'acte attaqué est donc imputable à ladite autorité administrative de telle sorte que le Conseil d'État est compétent pour statuer sur le présent recours.*"; zie ook de aangehaalde rechtspraak in S. DE SOMER en F. VANDENDRIESSCHE, "De toepasselijkheid van algemene bestuursrechtelijke regimes op de gemeentelijke verzelfstandigde agentschappen en de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden" in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2013, (384) 386-387.

het in dit verband over 'gedelegeerd opdrachtgeverschap'.¹¹⁷³ Het is wel onzeker of het Hof van Cassatie zal meegaan in die verlengstuk-redenering.¹¹⁷⁴

Van zodra er dus is besloten dat het om een entiteit met een publieke of een private rechtsvorm gaat, speelt de uitdrukkelijke kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon geen enkele rol meer. Er is uitsluitend een doorslaggevende rol weggelegd voor het functionele criterium van de eenzijdige beslissingsbevoegdheid – en dit louter indien een rechtspersoon een private rechtsvorm heeft. De wil van de wetgever blijft in die afweging zelfs volledig buiten beschouwing. In het verleden werd er trouwens een waaier aan organieke en functionele criteria gehanteerd om te bepalen of de entiteit met private rechtsvorm een administratieve overheid was.¹¹⁷⁵ Het gewicht van de elementen

¹¹⁷³ S. VAN GARSSE, "Overheidsopdrachten" in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *De formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 2013, (395) 407.

¹¹⁷⁴ De Raad van State heeft op gelijkaardige wijze geoordeeld dat de Vlaamse Belastingdienst (Vlabel) een administratieve overheid is, in RvS 27 januari 2009, nr. 189.847, Dupont, overw. 19: "Dergelijke juridische constructie lijkt met zich mee te brengen dat de instantie die met de opdracht – van algemeen belang – wordt belast, wel degelijk in bepaalde gevallen kan worden beschouwd als een administratieve overheid bij het uitoefenen van die gedelegeerde opdracht, ongeacht zelfs haar eigen rechtsvorm: de Raad van State heeft in die zin reeds beslist ten aanzien van rechtspersonen handelende onder een private rechtsvorm." (eigen onderlijning); zie omtrent deze verlengstuk-theorie S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Mortsel, Intersentia, 2019, 331-332; zie ook S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story", *RW* 2012, afl. 37, (1614) 1633; zie ook F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 226 en de aldaar aangehaalde rechtspraak; zie ook S. DE SOMER, "Het begrip 'administratieve overheid' en zijn Vlaamse aanverwanten" in S. DE SOMER (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure, 2020, (379) 402-403.

¹¹⁷⁵ De oprichting door de overheid, de erkenning door de overheid en het toezicht door de overheid werden als organieke of formele criteria omschreven. 'De wil van de wetgever' kon eveneens als organiek criteria worden beschouwd. De functionele of materiële criteria waren daarentegen niet gericht op de entiteit in zijn geheel, maar op bepaalde activiteiten die uitgingen van de entiteit. Hieronder waren onder meer het vervullen van een taak van algemeen belang of een openbare dienst en het beschikken over eenzijdige beslissingsbevoegdheid ten aanzien van derden begrepen. Die criteria lijken in sterke mate op de criteria die worden gehanteerd bij de vraag of een entiteit een publiekrechtelijke of een privaatrechtelijke rechtspersoon is. Toch geeft de Raad van State het begrip 'administratieve overheid' een eigen invulling die losstaat van de kwalificatie als publiek- of privaatrechtelijke rechtspersoon, zie onder meer S. VAN GARSSE, "De 'harmonicabewegingen' van het begrip administratieve overheid", *T.Gem.* 2002, afl. 4, (308) 310-311 en F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 213.

die betrokken werden in de afweging kende een evolutie doorheen de jaren.¹¹⁷⁶ Een constante is evenwel dat de organieke criteria de laatste jaren moesten wijken voor de functionele criteria.¹¹⁷⁷

222. Onverwijldde kwalificatie? – De intergemeentelijke samenwerkingsverbanden lijken intussen een vaste plaats te krijgen in het leerstuk van de administratieve overheid – en in het bijhorend bevoegdheidscontentieux van de Raad van State. Al in 1955 oordeelde de Raad van State dat de intercommunale als administratieve overheid dient te worden beschouwd: "*De betrokken intercommunale is een coöperatieve vennootschap (...) zij is derhalve een rechtspersoon, die een met het openbaar belang samenvallend doel (but d'intérêt public) nastreeft binnen de door de stichtingsakte, onder koninklijke goedkeuring, bepaalde grenzen; zij dient dus als een administratieve overheid, in de betekenis van artikel 9 van de wet van 23 december 1946,*

¹¹⁷⁶ MAST et al. verwoorden dit als volgt: "*Ter zake kan van een zekere evolutie worden gewaagd in de zin dat in de loop van de decennia aan bepaalde elementen een andere betekenis is gehecht of dat bepaalde elementen zijn aangevuld met andere, waardoor de initiële elementen een minder determinerende betekenis hebben gekregen.*" in A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 1273.

¹¹⁷⁷ De oprichting van een entiteit bij of krachtens een wet, decreet of ordonnantie was lange tijd het determinerende criterium om van een administratieve overheid te kunnen spreken, zie onder meer A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 1278. Met zijn arrest Gimvindus nam de Raad van State aan dat de imperiumbevoegdheid een *conditio sine qua non* is voor de kwalificatie als administratieve overheid. Met andere woorden, ook indien de andere criteria zijn vervuld, is er slechts sprake van een administratieve overheid indien zij eenzijdige beslissingsbevoegdheid heeft. In 2001 hechtte de Raad van State onverwacht weer méér belang aan de organieke verbondenheid met de overheid in het onderwijscontentieux door in zijn arrest Deschutter (RvS 13 februari 2001, nr. 93.289, Deschutter) te stellen dat het organiek verband met de overheid een *conditio sine qua non* is om van een administratieve overheid te kunnen spreken. Het Hof van Cassatie floot de Raad van State terug in onder meer een arrest van 6 september 2002 (Cass. 6 september 2002, Lemand) door de Gimvindus-rechtspraak te herhalen én te versterken. Het Hof van Cassatie benadrukte dat de organieke band met de overheid niet doorslaggevend is, dat een imperiumbevoegdheid de voorwaarde is om een administratieve overheid te zijn én dat de hoedanigheid van administratieve overheid beperkt is tot de imperiumhandelingen. Dit laatste bleek minder duidelijk uit het arrest Gimvindus. Onder impuls van het Hof van Cassatie kwam de Raad van State amper twee jaar later op terug op haar rechtspraak door in zijn arrest van 4 juni 2003 (RvS 4 juni 2003, nr. nr. 120.143, Van den Brande) te stellen dat de taak van openbare dienst die door de overheid is toevertrouwd doorslaggevend is indien die bindend is voor derden, terwijl het oprichtingscriterium niet langer doorslaggevend is.

houdende oprichting van een Raad van State, te worden beschouwd."¹¹⁷⁸ De laatste decennia vindt de Raad van State het zo vanzelfsprekend dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden administratieve overheden zijn in de zin van artikel 14, §1, 1^o van de RvS-wetten is, dat hij bij de kwalificatie als administratieve overheid niet overgaat tot een motivering van zijn oordeel.¹¹⁷⁹

De Raad van State gaat er impliciet van uit dat de intercommunale een publieke rechtsvorm heeft. Ook volgens DE SOMER en VANDENDRIESSCHE staat "[d]e publieke

¹¹⁷⁸ RvS 28 januari 1955, nr. 4031, Garnier, *TBP* 1955, (167) 167; zie ook RvS 18 december 1974, nr. 16.777, Vanspauwen, zoals aangehaald in J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales*, Brussel, Nemesis, 1988, 70, vn. 64: "*Une association de communes constituée en vue d'assurer le service public de la distribution d'eau placée sous le contrôle du gouvernement est, en dépit de la forme de société commerciale qui lui a été donnée, une autorité administrative. Tel est le cas de la Société coopérative Compagnie intercommunale des eaux de l'agglomération liégeoise et extensions.* (eigen onderlijning)".

¹¹⁷⁹ In een arrest van 20 maart 2015 oordeelde de Raad van State "*dat intercommunales luidens artikel L1512-6 van het Waals Wetboek van de plaatselijke democratie en de decentralisatie publiekrechtelijke rechtspersonen zijn en geen handelskarakter hebben; dat ze de hoedanigheid van administratieve overheid hebben en dat tegen de eenzijdige handelingen van hun organen beroep openstaat bij de Raad van State*", in RvS 20 maart 2015, nr. 230.590; RvS, 10 december 2002, nr. 113.461, overw. 2.2: "*een administratieve overheid zoals de verwerende partij, een zuivere intercommunale opgericht volgens de wet van 1 maart 1922 op de intercommunales waarvan krachtens haar statuten enkel gemeenten en provincies lid kunnen zijn*"; de Raad van State oordeelde dat de Intergemeentelijke Maatschappij voor Openbare Gezondheid in Zuid-West-Vlaanderen (IMOG) een administratieve overheid is: "*Er moet worden vastgesteld dat de territoriale bevoegdheid van IMOG in de eerste plaats betrekking heeft op de taken die haar zijn overgedragen door de deelnemende gemeenten – dit zijn deze opgesomd in artikel 3, tweede lid, punt 6, van de statuten – en de juridische verhoudingen en gevolgen die daaruit voortvloeien. Dit betekent dat in de regel IMOG hier optreedt als administratieve overheid en dat het actieterrein van de intergemeentelijke samenwerking inzake onder meer de verwerking en het beheer van afval afkomstig uit de betrokken gemeenten, beperkt is tot het grondgebied van de betrokken gemeenten.*" in RvS 7 maart 2017, nr. 237.577, overw. 5.2.4; RvS 31 juli 2019, 245.257, "*La partie adverse ne conteste pas la qualité d'autorité administrative de la SCRL ORES ASSETS, qui est une intercommunale.*"; RvS 28 november 2001, nr. 101.224, "*Considérant que l'IGRETEC, à l'évidence, est une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.*"; RvS 24 december 2015, nr. 233.365, "*Il peut donc également être considéré, prima facie, que la société RESA Services a été créée à l'initiative d'une autorité administrative, à savoir l'intercommunale TECTEO, et qu'elle se trouve principalement placée sous le contrôle de celle-ci.*"; RvS 20 maart 2015, nr. 230.590: "*Considérant, quant au recours enrôlé sous le n° 203.179/XV-1828, que les actes attaqués sont des décisions de l'assemblée générale de l'association intercommunale IDEA; que les intercommunales sont, aux termes de l'article L1512-6 du CWaDeL, des personnes morales de droit public et n'ont pas de caractère commercial; qu'elles ont la qualité d'autorité administrative et que les actes unilatéraux de leurs organes sont susceptibles de recours devant le Conseil d'État*" (telkens eigen onderlijning).

rechtsvorm van deze entiteiten (...) verder buiten kijf. De louter subsidiaire verwijzing in artikel 11 van het decreet naar de bepalingen die gelden voor de coöperatieve vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, is o.i. niet van aard om hieraan afbreuk te doen."¹¹⁸⁰ Enige terughoudendheid ten aanzien van de onverwijde kwalificatie van de intercommunale als administratieve overheid is evenwel op zijn plaats. Wat met intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die activiteiten in zuiver commercieel of industrieel verband uitoefenen? Is het wel zo vanzelfsprekend dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voor deze doelstellingen en activiteiten wel nog als administratieve overheid worden gekwalificeerd? Meer over deze functionele benadering *infra* DEEL III.

223. Filialisering – Over de rechtspersonen die de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op hun beurt oprichten, rijst er méér onduidelijkheid. Zo oordeelde de Raad van State dat een dochtermaatschappij die voor 100% in handen is van een intercommunale geen administratieve overheid is terwijl de moedermaatschappij – een intercommunale – wél een administratieve overheid is.¹¹⁸¹ De Raad van State overweegt hierbij dat de entiteit door private

¹¹⁸⁰ S. DE SOMER en F. VANDENDRIESSCHE, "De toepasselijkheid van algemene bestuursrechtelijke regimes op de gemeentelijke verzelfstandigde agentschappen en de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden" in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2013, (384) 393.

¹¹⁸¹ Ten aanzien van de intercommunale ORES Assets cvba oordeelde de Raad van State dat zij een administratieve overheid is. Op de website van ORES staat vermeldt dat ORES cv 100% in handen is van ORES Assets, coöperatieve maatschappij met beperkte aansprakelijkheid, waarvan de maatschappelijke zetel gevestigd is te 1348 Louvain-La-Neuve, avenue Jean Monnet 2, BTW BE 0543.696.579, RPR Nijvel, zie <https://www.ores.be/wettelijke-vermeldingen>. Ten aanzien van OREC cvba, die 100% in handen is van ORES Assets cvba, oordeelde de Raad van State evenwel dat "*[s]’agissant de la SCRL ORES, il y a lieu de relever que la qualité d’autorité administrative lui a été déniée par le Conseil d’État dans l’arrêt SCRL Établissements Guy Magermants et cie, n° 219.043, du 25 avril 2012, dès lors qu’elle a été créée par des personnes privées, qu’elle revêt une forme privée et qu’aucun élément n’était invoqué attestant de ce qu’elle est titulaire de prérogatives au titre desquelles elle est habilitée à prendre des décisions obligatoires à l’égard des tiers. En la présente espèce, la requérante n’expose pas, dans la requête, les raisons pour lesquelles elle considère que la SCRL ORES devrait être qualifiée d’autorité administrative. (...) En effet, d’une part, il convient de souligner que, dans l’arrêt n° 244.263 précité, le Conseil d’État s’est limité à constater que la SCRL ORES a bien pris part à la procédure administrative d’adoption de l’acte attaqué et à la maintenir à la cause en qualité de partie adverse. Il ne s’est nullement prononcé sur la qualité d’autorité administrative de ladite société. D’autre part, la circonstance qu’un service public a été confié à la SCRL ORES n’implique nullement que cette dernière disposerait du pouvoir d’adopter des décisions obligatoires à l’égard des tiers, c’est-à-dire de déterminer unilatéralement ses propres obligations*

rechtspersonen is gecreëerd, dat zij een private rechtsvorm aanneemt en dat geen enkel element is ingeroepen waaruit blijkt dat zij prerogatieven heeft waardoor het bevoegd is om bindende beslissingen te nemen jegens derden. Opvallend is dat de dochtermaatschappij voor 100% in handen is van een intergemeentelijk samenwerkingsverband, waardoor het naar mijn mening niet lijkt te kloppen dat de Raad van State stelt dat zij 'door private rechtspersonen' is gecreëerd. De Raad van State oordeelde enkele dagen eerder evenwel dat als de dochtermaatschappij voor naam en voor rekening van de intercommunale optreedt, zij optreedt als lasthebber waardoor de bestreden handeling toerekenbaar is aan de intercommunale en de Raad van State bijgevolg bevoegd is.¹¹⁸²

Ook in een ander arrest verklaarde de Raad van State zich onbevoegd ten opzichte van de dochtervennootschap van een intergemeentelijk samenwerkingsverband. Ten opzichte van beslissingen van de intussen opgeheven CVBA Water-link, dochtervennootschap van de opdrachthoudende vereniging Water-link, oordeelde de Raad als volgt: "*Geen van de partijen betwistten de kwalificatie van verwerende partij als private rechtspersoon noch dat deze laatste, om beschouwd te mogen worden als een administratieve overheid in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, dient te beschikken over de bevoegdheid om eenzijdig beslissingen te nemen die derden kunnen binden, die dan bovendien betrokken kan worden op de bestreden beslissing. Geen van de partijen wijst echter duidelijk een dergelijke bevoegdheid aan en de Raad van State, mede gelet op de bijzonder onduidelijke besluitvorming rond de bestreden beslissing, acht zich te dezen niet in de mogelijkheid om in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals de onderhavige, die tot een snelle uitspraak noopt, zelf een diepgaand onderzoek te verrichten dat tot die conclusie zou kunnen leiden. Prima facie ontwaart de Raad van State de vereiste bevoegdheid niet.*" (eigen onderlijning).¹¹⁸³ De Raad van State gaat ervan uit dat

vis-à-vis des tiers ou de constater unilatéralement les obligations de ces tiers." in RvS 31 juli 2019, 245.257.

¹¹⁸² RvS 29 juli 2019, nr. 245.246: "*Dans la mesure où la S.C.R.L. ORES agit "au nom et pour compte" de la S.C.R.L. ORES ASSETS, dont la qualité d'autorité administrative n'est pas contestée, elle en constitue le mandataire et ne pose aucun acte pour son compte propre. L'acte attaqué est donc imputable à ladite autorité administrative de telle sorte que le Conseil d'État est compétent pour statuer sur le présent recours.*"

¹¹⁸³ RvS 5 juli 2013, nr. 224.281, overw. 12.

de CVBA Water-link een private rechtsvorm heeft, wat tot gevolg heeft dat zij een eenzijdige beslissingsbevoegdheid moet uitoefenen opdat zij een administratieve overheid kan zijn. Nog in het kader van de intergemeentelijke samenwerking ontkende de Raad van State dat 'een privaatrechtelijke groepering van gemengde intercommunales' een administratieve overheid is.¹¹⁸⁴

De Raad van State verklaarde zich dan weer wel bevoegd in een arrest van 24 december 2015 om zich uit te spreken over een gunningsbeslissing genomen door de NV RESA Services.¹¹⁸⁵ Opvallend daarbij is dat de NV RESA Services "een *private rechtspersoon [is], die werd opgericht door een intercommunale en onder haar controle stond en die wel over imperiumbevoegdheden beschikte, maar waarbij de gunningsbeslissing zelf geen uitoefening van imperium was*".¹¹⁸⁶ Aangezien de juridische behandeling van filialisering *out of scope* is geplaatst in dit onderzoek, wordt dit niet verder onderzocht.

224. Gekoppelde bestuursrechtelijke regimes – Verschillende *federale* wetten die betrekking hebben op het bestuursrecht maken gebruik van het begrip 'administratieve overheid' om hun toepassingsgebied te bepalen. Zowel de federale regelgeving inzake de formele motivering van bestuurshandelingen¹¹⁸⁷, als de regelgeving inzake de openbaarheid van bestuur¹¹⁸⁸ en de wetgeving inzake de federale ombudspersonen¹¹⁸⁹ grijpen terug naar 'de administratieve overheid

¹¹⁸⁴ RvS 25 april 2012, nr. 219.043, s.c.r.l. Etablissements Guy Magermans et cie, zoals aangehaald in S. BOULLART, *Publiekrechtelijk procesrecht*, Beroepsopleiding advocaten, Stageschool Gent, 2017-2018, 26.

¹¹⁸⁵ RvS 24 december 2015, nr. 233.365.

¹¹⁸⁶ Zoals aangehaald in M. DE GROOT, *Overheidstoezicht op private rechtspersonen belast met taken van openbare dienst*, Brugge, die Keure, 2018, vn. 1214.

¹¹⁸⁷ Art. 1 van de wet van 29 juli 1992 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (*BS* 12 september 1991) stelt dat voor de toepassing van de wet onder 'bestuur' 'de administratieve overheden als bedoeld in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State moeten worden verstaan.

¹¹⁸⁸ Art. 1 van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur (*BS* 30 juni 1994) verklaart deze wet van toepassing op a) de federale administratieve overheden en b) de administratieve overheden andere dan de federale administratieve overheden doch slechts in de mate dat deze wet op gronden die tot de federale bevoegdheid behoren, de openbaarheid van bestuursdocumenten verbiedt of beperkt. Daarbij moet een administratieve overheid worden begrepen als 'een administratieve overheid als bedoeld in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State'.

¹¹⁸⁹ Art. 1, tweede lid van de wet van 22 maart 1995 tot instelling van federale ombudsmannen (*BS* 7 april 1995) stelt dat de ombudsmannen hun taken uitoefenen

in de zin van artikel 14 van de RvS-wetten' om hun toepassingsgebied af te bakenen.

In verscheidene *Vlaamse* decreten werd 'de administratieve overheid' tot voor kort eveneens gehanteerd als aanknopingspunt bij hun toepassingsgebied. De Vlaamse decreetgever heeft er echter voor gekozen om eigen begrippen te hanteren en af te stappen van de verwijzing naar artikel 14 van de RvS-wetten, onder meer omdat dit begrip "al te zeer onderworpen is aan ontwikkelingen in de jurisprudentie".¹¹⁹⁰ Zo poogt ook het Bestuursdecreet van 7 december 2018¹¹⁹¹ het uiteenlopende toepassingsgebied van de geïntegreerde decreten zoveel als mogelijk te harmoniseren, zonder in één toepassingsgebied voor het integrale decreet te voorzien.¹¹⁹² Door de koppeling van het toepassingsgebied van wetgeving aan het begrip 'administratieve overheid' is die wetgeving ook onmiddellijk onderhevig aan de jurisprudentiële evolutie van datzelfde begrip, wat de rechtszekerheid in de hand werkt.¹¹⁹³ Zo had bijvoorbeeld het feit dat de Raad van State een vrije onderwijsinstelling in het verleden niet langer als administratieve overheid bestempelde repercussies voor de wetgeving inzake de openbaarheid aangezien die niet langer van toepassing was op die vrije

ten aanzien van de federale administratieve overheden zoals bedoeld in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

¹¹⁹⁰ Voorstel van decreet houdende wijziging van het decreet van 7 juli 1998 houdende instelling van de Vlaamse Ombudsdienst, *Parl.St.* Vl.Parl. 2005-06, nr. 794/1, 4; zie ook D. DE ROY, "Établissements publics, organismes d'intérêt public et tutti quanti: la qualification juridique des satellites de l'administration", *RevCri* 2013, afl. 1, (34) 48: "ces difficultés ont précisément conduit le législateur flamand à abandonner, pour définir le champ d'application du décret relatif à la publicité de l'administration, le procédé de la définition par référence à la notion d'autorité administrative"; zie ook S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Mortsel, Intersentia, 2019, 315.

¹¹⁹¹ BS 19 december 2018.

¹¹⁹² MvT bij het Bestuursdecreet, *Parl.St.* Vl.Parl. 2017-18, nr. 1656/1, 17.

¹¹⁹³ Zo wou de decreetgever bevoegdheidsdiscussies en doorverwijzingen vermijden, zo blijkt uit bijvoorbeeld het voorstel van decreet houdende instelling van de Vlaamse ombudsdienst, *Parl.St.* Vl. Parl. 1997-98, nr. 893/1, 3: "Het begrip 'administratieve overheid' is een reeds bekend en objectief criterium, waarvan de grenzen bepaald worden door slechts één rechtscollege, de Raad van State, die diezelfde bevoegdheid ook uitoefent voor de federale overheden en die van de andere entiteiten. Daardoor worden eventuele bevoegdheidsdiscussies en doorverwijzingen tussen die entiteiten of hun respectieve ombudsmannen vermeden."

onderwijsinstellingen.¹¹⁹⁴ De bemerkingen die hierboven zijn gemaakt ten aanzien van het begrip administratieve overheid en de bevoegdheid van de Raad van State zijn dus eveneens relevant ten aanzien van de toepassing van andere wetgeving die terugvalt op dit begrip.

Recent is er echter een arrest gewezen door het Grondwettelijk Hof dat dit idee van 'transponering naar andere wetgeving' op losse schroeven lijkt te zetten.¹¹⁹⁵ Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat de algemene en absolute uitzondering op het recht op openbaarheid van bestuursdocumenten voor de stukken die Delcredere ontvangt of produceert in het kader van zijn activiteiten ter uitvoering van zijn opdracht van commerciële of financiële aard, een onevenredige beperking inhoudt op het recht op openbaarheid van bestuursdocumenten zoals dit is gewaarborgd bij artikel 32 van de Grondwet.¹¹⁹⁶ In zijn argumentatie was de Ministerraad van oordeel dat artikel 32 van de Grondwet niet van toepassing is op Delcredere, aangezien die als exportkredietverstrekker een opdracht van uitsluitend commerciële en financiële aard vervult en bijgevolg geen administratieve overheid is.¹¹⁹⁷ Het Grondwettelijk Hof gaat na of Delcredere al dan niet een administratieve overheid is en oordeelt dat Delcredere, hoewel hij een opdracht heeft van commerciële en financiële aard, opgericht is en geregeld wordt bij de wet, onderworpen is aan overheidstoezicht en taken van openbare dienst uitoefent en derhalve als administratieve overheid optreedt.¹¹⁹⁸ TDS verklaart dit oordeel door te stellen dat "*vermits het de bedoeling van de grondwetgever was om het recht van toegang tot bestuursdocumenten ruim op te vatten, (...) het niet uitgesloten (is) dat het begrip hier ruimer geïnterpreteerd moet worden dan hetgeen doorgaans het geval is voor de afbakening van de*

¹¹⁹⁴ Zie omtrent de vrije onderwijsinstellingen ook S. VAN GARSSE, "De bevoegdheid van de Raad van State ten aanzien van vrij onderwijsinstellingen", *T.Gem.* 2004, afl. 1, 78-79.

¹¹⁹⁵ GwH 29 november 2018, nr. 167/2018.

¹¹⁹⁶ GwH 29 november 2018, nr. 167/2018, overw. B.14.

¹¹⁹⁷ GwH 29 november 2018, nr. 167/2018, A.5.1.

¹¹⁹⁸ GwH 29 november 2018, nr. 167/2018, overw. B.5.5; het Hof verwijst daarbij naar Adv.RvS 7 februari 2017, nr. 60.806/1/2/4, *Parl. St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2331/001, 109 en het advies nr. 2013-33 van 2 september 2013, advies nr. 2013-44 van 2 september 2013 en advies nr. 115-2016 van 24 oktober 2016 van de Commissie voor de toegang tot en het hergebruik van bestuursdocumenten, afdeling openbaarheid van bestuur.

toegang tot de Raad van State".¹¹⁹⁹ Hij stelt voorts dat "[i]nzoverre de klassieke invulling op basis van de rechtspraak van de Raad van State en het Hof van Cassatie van dit begrip te beperkend zou zijn (bv. m.b.t. de noodzaak voor privaatrechtelijk vormgegeven rechtspersonen om gezagshandelingen te stellen), zou de afbakening van het personele toepassingsgebied van de Openbaarheidswet mogelijk ook te eng worden ingevuld".¹²⁰⁰ Het Hof gaat uit van een zo breed mogelijke interpretatie van het begrip 'administratieve overheid' aangezien het recht op de openbaarheid van de bestuursdocumenten een fundamenteel recht vormt.¹²⁰¹ Wat de openbaardingsplicht betreft, wordt er in feite een eigen interpretatie van het begrip administratieve overheid door het Grondwettelijk Hof aangehangen. Belangrijk is wel dat artikel 32 van de Grondwet dat het recht op openbaarheid van bestuursdocumenten waarborgt, niet refereert naar het begrip 'administratieve overheid' om het toepassingsgebied *ratione personae* af te bakenen.¹²⁰² Of die opmerkelijke redenering een eenmalig feit is of een blijvende evolutie zal zijn, zal na verloop van tijd duidelijk moeten worden.

Het bestek van dit proefschrift laat het ons niet toe om verder uit te weiden over deze bestuursrechtelijke regimes. Samengevat zijn intergemeentelijke samenwerkingsverbanden ook onderworpen aan de andere bestuursrechtelijke regimes die 'de administratieve overheid' hanteren als aanknopingspunt bij hun toepassingsgebied, aangezien zij in beginsel als administratieve overheden worden beschouwd. Daarbij valt dus te denken de federale regelgeving inzake de formele motivering van bestuurshandelingen, de openbaarheid van bestuur en de federale ombudspersonen. Aangezien dit vaak federale wetten zijn met een gewestelijke tegenhanger is wel enige oplettendheid vereist.¹²⁰³

¹¹⁹⁹ R. TIJS, "Algemene en absolute uitzondering houdt onevenredige beperking in van het grondwettelijk gewaarborgd recht op openbaarheid van bestuursdocumenten", *MER* 2019, afl. 4, (250) 263.

¹²⁰⁰ R. TIJS, "Algemene en absolute uitzondering houdt onevenredige beperking in van het grondwettelijk gewaarborgd recht op openbaarheid van bestuursdocumenten", *MER* 2019, afl. 4, (250) 263.

¹²⁰¹ GwH 29 november 2018, nr. 167/2018, overw. B.5.1.

¹²⁰² Het lijkt er dus op dat het Grondwettelijk Hof de notie 'administratieve overheid' in zijn oordeel heeft betrokken als een reactie op de argumentatie die de Ministerraad daaromtrent heeft uiteengezet.

¹²⁰³ Zie over de toepassing van de federale wetgeving: S. DE SOMER en F. VANDENDRIESSCHE, "De toepasselijkheid van algemene bestuursrechtelijke regimes op de gemeentelijke verzelfstandigde agentschappen en de intergemeentelijke

E. Beginselen van behoorlijk bestuur

225. Inleiding – De memorie van toelichting bij de kaderwet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales stelde dat de publiekrechtelijke kwalificatie de toepassing van 'de algemene beginselen van het administratief recht' op de intercommunale met zich meebrengt. Hierboven werd al vermeld dat het twijfelachtig is wat er precies onder 'algemene beginselen van het administratief recht' moet worden begrepen. Voor de volledigheid worden de beginselen van behoorlijk bestuur, op heden beschouwd als kernbepalingen van administratief recht, aangehaald en wordt opnieuw de vraag gesteld of de uitdrukkelijke kwalificatie van de intercommunale als publiekrechtelijke rechtspersoon de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur tot gevolg heeft, of daar minstens een invloed op uitoefent. Enkel door die vraag te stellen en te beantwoorden kunnen we nagaan of er (nog steeds) een rol – en zo ja welke – is weggelegd voor de uitdrukkelijke kwalificatie door de bevoegde wetgever van de intercommunale als publiekrechtelijke rechtspersoon.

De beginselen van behoorlijk bestuur zijn ongeschreven – lees: niet wettelijk verankerde – rechtsbeginselen die door de rechtspraak en rechtsleer zijn gecreëerd vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw. Dit zijn "*algemene rechtsbeginselen die betrekking hebben op de wijze waarop bestuursbeslissingen moeten worden voorbereid, genomen en ter kennis gebracht.*".¹²⁰⁴ Het doel van

samenwerkingsverbanden" in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2013, (384) 395 (wat de motivering betreft) en 397 (wat de openbaarheid betreft).

¹²⁰⁴ S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsel, Intersentia, 2017, 359; zie ook F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (35) 36-37; de Raad van State omschrijft de beginselen van behoorlijk bestuur als volgt in zijn rechtspraak: "*De beginselen van behoorlijk bestuur zijn een der bronnen van het administratief recht, naast de andere bronnen zoals wetten en decreten, dewelke deze andere bronnen aanvullen, terwijl administratieve wetten uit hun aard vaak niet meer inhouden dan een aanwijzing van de organen aan welke in het belang van een bepaalde tak van overheidszorg of van een bepaald aspect van het algemeen belang, bevoegdheden worden toegekend, waarbij niet zelden slechts een aantal procedurevoorschriften worden weergegeven (...). Ingeval het wettenrecht niet van aard is een voldoende rechtsbescherming te bieden, en onvolledig, onduidelijk of tegenstrijdig is, kan door middel van de beginselen van behoorlijk bestuur worden nagegaan of het bestuur de hem toegemeten discretionaire bevoegdheid binnen de*

die beginselen is tweeledig. Enerzijds hebben ze een *preventief* doel: het bestuur moet ingevolge de beginselen 'beter' handelen. Anderzijds hebben ze ook een *repressief* doel door als toetsingscriteria voor de rechter rechtsbescherming te kunnen bieden tegen onbehoorlijk bestuur.¹²⁰⁵ Er bestaat wat onenigheid over welke principes als beginselen van behoorlijk bestuur kunnen worden aangemerkt, maar het zorgvuldigheidsbeginsel, het onpartijdigheidsbeginsel, de hoorplicht, het motiveringsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en de redelijketermijneis kunnen in dit kader worden vermeld.¹²⁰⁶

226. Personeel toepassingsgebied – De rechtsleer gaat voornamelijk in op de plaats van de beginselen in de hiërarchie der rechtsnormen, op de Europese invloeden op de beginselen, op de betekenis van de beginselen (het onderscheid tussen processuele en inhoudelijke beginselen), op hun mogelijke codificatie, enzovoort.¹²⁰⁷ Door het gebrek aan een wettelijke definiëring staat de rechtspraak en rechtsleer in voor de invulling van het toepassingsgebied *ratione personae*, maar ook hier is het personeel toepassingsgebied onderbelicht in zowel rechtspraak als rechtsleer.¹²⁰⁸ Er lijkt opnieuw geen eenduidigheid en eensgezindheid te bestaan over dit toepassingsgebied, zo blijkt uit de beperkte hoeveelheid rechtsleer die er op vandaag over dit onderwerp bestaat.

grenzen van de rechtmatigheid heeft uitgeoefend (...)." in RvS 9 september 2008, nr. 186.134, n.v. HESSENATIE LOGISTICS, overw. 2.1.

¹²⁰⁵ S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsel, Intersentia, 2017, 362-363; zie ook A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 58; zie over de functies van de beginselen van behoorlijk bestuur P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur, begrip en plaats in de hiërarchie van de normen" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 20-24.

¹²⁰⁶ S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsel, Intersentia, 2017, 373.

¹²⁰⁷ Zie onder meer S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsel, Intersentia, 2017, 357-422; S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 73-90.

¹²⁰⁸ Zie F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (35) 35-42.

Er zijn verschillende strekkingen/visies te onderscheiden. Volgens LEYS zijn er in de rechtspraak drie strekkingen, waarbij de rechtspraak in een *eerste strekking* het toepassingsgebied *ratione personae* 'negeert' en onmiddellijk overgaat tot een toets van de feiten aan het beginsel van behoorlijk bestuur, zonder dit te motiveren. Dit omdat het "[i]n vele van deze uitspraken (...) overduidelijk [is] dat het om een rechtspersoon gaat waarop de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn zoals een gemeente, een provincie of de Belgische Staat, zodat het niet onbegrijpelijk is dat het moeilijke vraagstuk van het personele toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur niet uitdrukkelijk behandeld wordt."¹²⁰⁹ Een *tweede strekking* neemt 'de administratieve overheid' als aanknopingspunt in het personele toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur.¹²¹⁰ Hierbij moet worden opgemerkt dat de Raad van State de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing acht op alle administratieve overheden, maar dat daaruit niet kan worden besloten dat de toepassing ook beperkt zou moeten zijn tot deze entiteiten.¹²¹¹ *Ten derde* is er de strekking die het personele toepassingsgebied koppelt aan de behartiging van een taak van algemeen belang of een openbare dienst.¹²¹² Ook onder meer DE

¹²⁰⁹ T. LEYS, "De beslissing van de publiekrechtelijke rechtspersoon tot herroeping van een privaat recht op het openbaar domein: al dan niet onderworpen aan de beginselen van behoorlijk bestuur?", *TBP* 2017, afl. 4, (192) 193; zie ook F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (35) 40.

¹²¹⁰ Zie T. LEYS, "De beslissing van de publiekrechtelijke rechtspersoon tot herroeping van een privaat recht op het openbaar domein: al dan niet onderworpen aan de beginselen van behoorlijk bestuur?", *TBP* 2017, afl. 4, (192) 193-194 en de aldaar aangehaalde rechtspraak; dit is ook de mening die VERDEYEN erop nahoudt in V. VERDEYEN, "Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering", *CDPK* 2006, afl. 2, (323) 323-324: "Zo wordt (...) wat betreft de afbakening van het personeel toepassingsgebied voor de Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur gebruik gemaakt van het begrip 'administratieve overheid'" en die LUST en STEEN erop nahouden in S. LUST en B. STEEN, "Welles nietes over vrije onderwijsinstellingen, administratieve overheden en rechtsbescherming", *TORB* 2002-2003, afl. 4, (315) 339: "De beginselen van behoorlijk bestuur zijn per definitie enkel van toepassing op "besturen", waarmee administratieve overheden worden bedoeld."

¹²¹¹ S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsel, Intersentia, 2017, 367.

¹²¹² T. LEYS, "De beslissing van de publiekrechtelijke rechtspersoon tot herroeping van een privaat recht op het openbaar domein: al dan niet onderworpen aan de beginselen van behoorlijk bestuur?", *TBP* 2017, afl. 4, (192) 194 en de daar aangehaalde rechtspraak; F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (35) 40 en de daar aangehaalde rechtspraak: "De toepasselijkheid van de *ABBB* werd in deze vonnissen (summier) gemotiveerd met

STAERCKE is van mening dat het personele toepassingsgebied zich uitbreidt tot privaatrechtelijke rechtspersonen indien zij "*een doelgebonden bevoegdheid uitoefenen dit tot het algemeen belang strekt.*".¹²¹³

Naast de drie strekkingen die LEYS vooropstelt, distilleert de auteur een aantal 'afwijkende visies' in de rechtsleer. Aangezien er geen eensgezindheid bestaat over welke strekking 'de juiste' is, lijkt het me onlogisch om over 'afwijkende visies' te spreken. Nauwkeuriger is om te spreken over een vierde en vijfde visie.¹²¹⁴ Een vierde visie werd uitgewerkt door VANDENDRIESSCHE die zich baseert op de doelstellingen van de beginselen van behoorlijk bestuur. VANDENDRIESSCHE creëert nieuwe begrippen door het personeel toepassingsgebied vast te knopen aan 'de organieke overheid' en 'de niet-organieke overheid'. Om te achterhalen of een entiteit een organieke overheid is die bijgevolg begrepen is onder het toepassingsgebied *ratione personae* van de beginselen van behoorlijk bestuur, moet een afweging van *un faisceau d'indices* of een waaier aan niet-cumulatieve indicatieve criteria worden gemaakt (cf. het begrip 'administratieve overheid', *supra* nr. D).¹²¹⁵ Een relevante uitzondering is dat de organieke overheid die commerciële activiteiten stelt, ontsnapt aan het personele toepassingsgebied van

verwijzing naar de openbare dienst die deze organisaties vervullen 'met het oog op het algemeen of maatschappelijk belang'."

¹²¹³ J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 12-14, zoals aangehaald in F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (35) 43 en in S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, "De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA's en EVA's", *TBP* 2011, afl. 1, (4) vn. 221.

¹²¹⁴ Daarnaast heb je ook auteurs die het personeel toepassingsgebied iets anders formuleren, maar wel duidelijk baseren op onder meer de visie van VANDENDRIESSCHE, zie onder meer D. CUYPERS, "Beginselen van behoorlijk bestuur in personeelsmateries: zowel voor ambtenaren als voor overheidscontractanten?" in R. JANVIER en A. DE BECKER (eds.), *De rechtspositie van het overheidspersoneel in beweging*, Brugge, die Keure, 2015, (3) 18: "*De beginselen van behoorlijk bestuur zijn van toepassing op besturen in de ruime betekenis van het woord: uiteraard de besturen in de organieke zin, maar ook de instanties die worden gekwalificeerd als besturen in de functionele zin, bijvoorbeeld privaatrechtelijke onderwijsinstellingen, maar enkel wanneer ze een taak van algemeen belang uitoefenen en eenzijdige beslissingen nemen die de rechtstoestand van derden wijzigen.*"

¹²¹⁵ F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (35) 46-51.

de beginselen van behoorlijk bestuur in zoverre het onderscheid tussen de taken van algemeen belang en de commerciële activiteiten wettelijk is voorzien.¹²¹⁶ In de visie van VANDENDRIESSCHE kunnen bovendien ook niet-organieke overheden onderworpen zijn aan de beginselen van behoorlijk bestuur, ook al hebben zij in principe onvoldoende overheidsgehalte. Dit is het geval indien de niet-organieke overheden een gezagshandeling stelt of indien hun niet-gezagshandeling is ingebed in een publiekrechtelijk procedé.¹²¹⁷

Met VAN GERVEN is er tot slot sprake van een vijfde strekking waarin wordt gesteld dat *iedere rechtspersoon* onderworpen is aan de beginselen van behoorlijk bestuur indien er sprake is van 'een bovengeschikte positie'. Dit brengt met zich mee dat niet enkel 'overheden' zijn gevat, maar dat ook rechtspersonen in volledig privaatrechtelijke context aan de beginselen van behoorlijk bestuur zijn onderworpen.¹²¹⁸

227. Toepassing op intergemeentelijke samenwerking – Het zou buiten het bestek van dit proefschrift vallen om te oordelen welke strekking de meest wenselijke is. Voor ons is het van belang dat de wil van de wetgever (lees: de uitdrukkelijke kwalificatie van de intercommunale als publiekrechtelijke rechtspersoon) één van de niet-cumulatieve elementen is die in aanmerking kan worden genomen om te bepalen of een entiteit een 'organieke overheid' is in de

¹²¹⁶ F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (35) 54-56: "*Ervan uitgaand dat de ABBB toepasselijk moeten zijn op iedere vorm van overheidsoptreden, kan er m.i. voor organieke overheden dan ook enkel tot niet-toepasselijkheid van de ABBB worden besloten indien de regelgever zelf een onderscheid heeft gemaakt tussen een optreden als overheid en louter private of commerciële activiteiten (bv. door het onderscheid te maken tussen taken van openbare dienst en andere activiteiten, of nog, door bepaalde activiteiten uitdrukkelijk aan een privaatrechtelijk regime te onderwerpen.*"

¹²¹⁷ F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (35) 57-61.

¹²¹⁸ Zie over het onderscheid tussen algemene beginselen van behoorlijk bestuur, algemene beginselen van behoorlijk handelen, en bijzondere beginselen van behoorlijk handelen W. VAN GERVEN, "Beginselen van behoorlijk handelen", *RW* 1982-83, afl. 15, 961-978; zie ook F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (35) 42 en de daar geformuleerde kritiek op deze benadering.

strekking van VANDENDRIESSCHE. De impact van de uitdrukkelijke kwalificatie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband als publiekrechtelijke rechtspersoon is in het kader van de beginselen van behoorlijk bestuur dus *quasi* dezelfde is als in het leerstuk van de administratieve overheid.¹²¹⁹ De bedenking die *supra* D. werd gemaakt over intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die commerciële of industriële activiteiten uitoefenen, kan ook hier worden opgeworpen in de zin dat er zou kunnen worden gediscussieerd over de vraag of zij nog wel onderworpen (dienen te) zijn aan de beginselen van behoorlijk bestuur (meer hierover *infra* DEEL III).

F. (Administratiefrechtelijke) regelgeving en beginselen (met een ander aanknopingspunt)

228. Algemeen – Tot slot zijn er nog enkele vermeldenswaardige bepalingen waarin 'de publiekrechtelijke rechtspersoon' uitdrukkelijk wordt gehanteerd als aanknopingspunt bij het toepassingsgebied *ratione personae*. Uit wat volgt, blijkt dat de uitdrukkelijke publiekrechtelijke kwalificatie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband geen invloed heeft op die beginselen en regelgeving.

229. Overheidsopdrachtenwetgeving – De 'aanbestedende dienst' of 'aanbestedende overheid' is het aanknopingspunt voor de toepassing *ratione personae* van de overheidsopdrachten-reglementering.¹²²⁰ Het overheidsopdrachten- of aanbestedingsrecht hanteert 'de publiekrechtelijke rechtspersoon' op zijn beurt bij de invulling van het begrip 'aanbestedende

¹²¹⁹ Zie inhoudelijk over de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur op de intercommunale, R. MAES, "Juridische aard" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (321) 339-341.

¹²²⁰ "Zodra in de klassieke sectoren een instelling gelijkgesteld wordt met een aanbestedende dienst, is de regelgeving overheidsopdrachten van toepassing op alle opdrachten die zij uitschrijft, zowel deze die kaderen in haar activiteiten van algemeen nut als in deze van louter commerciële aard. Het Hof stelde dit met zoveel woorden in de arresten *Mannesmann en Commissie t. Duitsland*. Het zou de 'effet util' van de richtlijnen overheidsopdrachten niet dienen, mocht men een onderscheid gaan maken naargelang de taken van een aanbestedende dienst. Dit zou de rechtszekerheid niet bevorderen." in B. GHEYSENS en K. WAUTERS, *Overheidsopdrachten*, Morsel, Intersentia, 2017, 103; zie ook S. BAETEN, "De beïnvloeding van het bestuursrecht door het Europese Unierecht: de overheidsondernemingen" in K. WAUTERS, B. DELVAUX en B. VANHEUSDEN, *Invloed van het EU-recht op het Belgische bestuursrecht*, Brugge, die Keure, 2014, (81) 88.

dienst'.¹²²¹ In artikel 2, 1° van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten is een aanbestedende overheid gedefinieerd als volgt (eigen onderlijning):

- a) de Staat;
- b) de Gewesten, de Gemeenschappen en de lokale overheidsinstanties;
- c) de publiekrechtelijke instellingen en personen die, ongeacht hun vorm en aard, op de datum van de beslissing om tot een opdracht over te gaan:
 - i. opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, en;
 - ii. rechtspersoonlijkheid hebben, en;
 - iii. op een van de volgende wijzen afhangen van de Staat, de Gewesten, de Gemeenschappen, de lokale overheidsinstanties of andere instellingen of personen, als bedoeld in onderhavig punt c):
 - 1. ofwel worden hun werkzaamheden in hoofdzaak gefinancierd door de Staat, de Gewesten, de Gemeenschappen, de lokale overheidsinstanties of andere instellingen of personen die ressorteren onder dit punt c);
 - 2. ofwel is hun beheer onderworpen aan het toezicht van de Staat, de Gewesten, de Gemeenschappen, de lokale overheidsinstanties of andere instellingen of personen die ressorteren onder dit punt c);
 - 3. ofwel zijn meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevende of toezichthoudende orgaan aangewezen door de Staat, de Gewesten, de Gemeenschappen, de lokale overheidsinstanties of andere instellingen of personen die ressorteren onder dit punt c);
- d) de verenigingen bestaande uit een of meer aanbestedende overheden als bedoeld in 1°, a, b of c.

¹²²¹ Zie ook hieromtrent F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 274.

De 'publiekrechtelijke rechtspersoon' krijgt ook hier een eigen autonome invulling aan de hand van drie cumulatieve criteria, geïnspireerd op het Europees recht.¹²²² Het intergemeentelijk samenwerkingsverband zal in beginsel onderworpen zijn aan het overheidsopdrachtenrecht. Het is duidelijk dat de uitdrukkelijke kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon door de wetgever hier geen enkele rol speelt.¹²²³ Op de positie van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in het overheidsopdrachtenrecht wordt *infra* nr. 302 kort ingegaan.

230. Strafrechtelijke aansprakelijkheid – DEBAENE en DEBAENE stelden dat "[d]e Wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen (...) niet van toepassing [is] op publiekrechtelijke rechtspersonen, zodat het in beginsel ook in de toekomst niet mogelijk is de overheid strafrechtelijk verantwoordelijk te stellen voor de misdrijven die door de organen in de uitoefening van hun functies zouden zijn begaan." (eigen onderlijning).¹²²⁴

De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen¹²²⁵ zorgde voor de herinvoering van artikel 5 in het Strafwetboek. Dit artikel voorzag dat een rechtspersoon strafrechtelijk verantwoordelijk is voor misdrijven die hetzij een intrinsiek verband hebben met

¹²²² Art. 1, ten negende van de intussen opgeheven Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten; art. 2, ten eerste 1, a) van de intussen opgeheven Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004; art. 3, ten eerste *juncto* art. 3, ten vierde van de Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG; art. 1, ten zeventiende van de Richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG.

¹²²³ Zie over het toepassingsgebied *ratione personae* van de overheidsopdrachtenreglementering: F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Hoofdstuk II. Toepassingsgebied" in D. D'HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2015, 47-199.

¹²²⁴ M. DEBAENE en P. DEBAENE, "Afdeling 3. Overheidsaansprakelijkheid", *OBO* 2005, afl. 64 (1) 41-42.

¹²²⁵ *BS* 22 juni 1999.

de verwezenlijking van zijn doel of de waarneming van zijn belangen, of die, naar blijkt uit de concrete omstandigheden, voor zijn rekening zijn gepleegd. In hetzelfde artikel werd onmiddellijk een *nominatim* uitzondering voorzien. Intussen is de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen in artikel 5 van het Strafwetboek evenwel afgeschaft door de wet van 11 juli 2018 tot wijziging van het Strafwetboek en de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering wat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen betreft.¹²²⁶ Artikel *7bis* van het Strafwetboek stelt voortaan dat de straffen toepasselijk zijn op misdrijven gepleegd door rechtspersonen, met uitsluiting van 'publiekrechtelijke rechtspersonen bedoeld in het derde lid'. Dezelfde *nominatim* opsomming als bij het vroegere artikel 5 volgt daarop: de Federale Staat, de gewesten, de gemeenschappen, de provincies, de hulpverleningszones, de prezones, de Brusselse agglomeratie, de gemeenten, de meergemeentezones, de binnengemeentelijke territoriale organen, de Franse Gemeenschapscommissie, de Vlaamse Gemeenschapscommissie, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn. Ten aanzien van deze instanties kan enkel, met uitsluiting van elke andere straf, de eenvoudige schuldigverklaring worden uitgesproken.

Er is met andere woorden sprake van een *nominatim* opsomming in plaats van het gebruik van een generiek begrip als 'publiekrechtelijke rechtspersonen'. De uitdrukkelijke kwalificatie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband als publiekrechtelijke rechtspersoon is bijgevolg irrelevant ten opzichte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Een intergemeentelijk samenwerkingsverband is met andere woorden geen publiekrechtelijke rechtspersoon in de zin van artikel *7bis* van het Strafwetboek. Met het gevaar in herhaling te vallen, kan ook hier het argument dat de bevoegde wetgever het intergemeentelijk samenwerkingsverband al sinds jaar en dag als een verlengstuk van de gemeente beschouwt, worden aangevoerd om te wijzen op een mogelijke onvolledigheid van de opsomming die is vervat in artikel *7bis* van het Strafwetboek.

¹²²⁶ BS 20 juli 2018.

231. Bestuurstaalwetgeving – Artikel 1, §1, 1^o van de wetten van 18 juli 1966 op het gebruik van de talen in bestuurszaken¹²²⁷ verklaart de gecoördineerde wetten van toepassing op onder meer de gecentraliseerde en gedecentraliseerde openbare diensten van de Staat, van de provinciën, van de agglomeraties, van de federaties van gemeenten en van de gemeenten, voor zover zij inzake taalgebruik niet beheerst worden door een andere wet. Als aanknopingspunt *ratione personae* wordt hier 'de gecentraliseerde en gedecentraliseerde openbare dienst' gebruikt. De wet definieert deze begrippen niet, maar de rechtsleer ging reeds over tot een invulling ervan aan de hand van drie constitutieve elementen.¹²²⁸

De intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zijn dergelijke gedecentraliseerde openbare diensten van de gemeente, waardoor ze onder het personeel toepassingsgebied van de wetten van 18 juli 1966 op het gebruik van de talen in bestuurszaken vallen.¹²²⁹ De wil van de wetgever is bij de afbakening van het toepassingsgebied van deze administratiefrechtelijke wetgeving echter niet aan de orde.¹²³⁰

¹²²⁷ BS 2 augustus 1966.

¹²²⁸ S. DE SOMER en F. VANDENDRIESSCHE, "De toepasselijkheid van algemene bestuursrechtelijke regimes op de gemeentelijke verzelfstandigde agentschappen en de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden" in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2013, (384) 412; F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 379-381.

¹²²⁹ "Tot de gedecentraliseerde diensten dienen ten slotte te worden gerekend de intercommunale verenigingen die de Staat, provinciën, gemeenten en zelfs private vennootschappen – of enkel gemeenten – kunnen groeperen." in Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken uitgebracht door de heer Saint-Remy bij het wetsontwerp op het gebruik van de talen in bestuurszaken, *Parl.St.* Kamer 1961-62, nr. 331/27, 6; S. DE SOMER en F. VANDENDRIESSCHE, "De toepasselijkheid van algemene bestuursrechtelijke regimes op de gemeentelijke verzelfstandigde agentschappen en de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden" in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2013, (384) 415.

¹²³⁰ Opmerkelijk is dat de taalwet geen onderscheid voorziet naargelang de activiteit van de dienst die onder het toepassingsgebied van de wet valt: "*Belangrijk om op te merken is dat zowel art. 1, § 1, 1^o Taalwet Bestuurszaken als art. 36, § 1 Wet 21 maart 1991 geen onderscheid maakt in de toepasselijkheid van de Taalwet Bestuurszaken op federale autonome overheidsbedrijven naargelang zij wel of niet zuiver commerciële activiteiten uitvoeren. Ook wanneer zij zuiver commerciële activiteiten verrichten, blijven zij dus onderworpen aan de Taalwet Bestuurszaken.*" in S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, "De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke

232. Le privilège du préalable en le privilège de l'exécution d'office – Na het doorlopen van de toepassingsgebieden *ratione personae* van de voormelde regelgeving en beginselen zouden we bijna vergeten dat de minister van Binnenlandse Zaken in 1986 ook het voordeel van *le privilège du préalable* en *le privilège de l'exécution d'office* uitdrukkelijk aan de kwalificatie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband als publiekrechtelijke rechtspersoon koppelde. Gelet op het feit dat het continuïteitsbeginsel aan de oorsprong ligt van deze beginselen, lijkt de toepassing van de twee beginselen te kunnen worden vastgeknoopt aan het personeel toepassingsgebied van het continuïteitsbeginsel, met name een kwalificatie als organieke openbare dienst. In de omstandigheid dat 'publiekrechtelijke rechtspersoon' en 'organieke openbare dienst' als synoniemen moesten worden opgevat, is de opsomming door de minister van Binnenlandse Zaken van de twee beginselen als voortvloeisels uit de publiekrechtelijke kwalificatie begrijpelijk.

In de rechtsleer wordt de toepassing van *le privilège du préalable* en *le privilège de l'exécution d'office* echter gekoppeld aan de handeling die behept is met die voordelen, namelijk 'de eenzijdige administratieve rechtshandeling'.¹²³¹ De definitie die MAST et al. aan de eenzijdige administratieve rechtshandeling geven, luidt als volgt: "*Een administratieve rechtshandeling is die welke – met gebruikmaking van de bevoegdheid welke de administratie bezit – een rechtstoetstand in het leven roept, wijzigt of opheft en aldus gezagshalve, d.i. zonder dat de instemming van de betrokkene vereist is, rechten toekent en verplichtingen oplegt.*".¹²³² De nadruk ligt hierbij op het toekennen van rechten

regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA's en EVA's", *TBP* 2011, afl. 1, (4) 25 (zie hieromtrent ook *infra* DEEL III, 1.2.).

¹²³¹ "*Van eenzijdige bestuurlijke rechtshandelingen wordt traditioneel gezegd dat zij bekleed zijn met twee voorrechten: het 'privilège du préalable' en het 'privilège de l'exécution d'office'. Die voorrechten vinden hun bestaansreden in het principe van de continuïteit van de openbare dienst. Uit het eerste voorrecht vloeien twee onderscheiden, maar met elkaar verbonden principes voort: de verbindende kracht van de eenzijdige bestuurlijke rechtshandeling en het vermoeden van wettigheid.*" (eigen onderlijning) in S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Mortsel, Intersentia, 2019, 83; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 6-8; S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 38-40.

¹²³² A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 6.

en het opleggen van verplichtingen. De wil van de wetgever is dus ook hier irrelevant en in dat opzicht is de opsomming van beginselen in de memorie van toelichting van 1986 onnauwkeurig.

G. De uitdrukkelijke kwalificatie kritisch bekeken

233. Beperkte relevantie door meerduidig karakter – Hierboven werd uiteengezet wat de concrete impact is van de uitdrukkelijke kwalificatie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband als publiekrechtelijke rechtspersoon op het toepassingsgebied *ratione personae* van verschillende algemene publiekrechtelijke beginselen en regelgeving. Op het eerste gezicht leek het alsof de publiekrechtelijke kwalificatie van de intercommunale zelfs verregaandere gevolgen heeft dan diegene die de wetgever in 1986 vooropstelde. Maar als we wat dieper graven, blijkt dat de uitdrukkelijke publiekrechtelijke kwalificatie in de organieke regelgeving niet 'de vijf voordelen' meebrengt die de wetgever ermee voor ogen had. De kwalificatie heeft ook een vrij beperkte impact op de toepassing van andere (administratiefrechtelijke) beginselen en wetgeving: uit de onderzochte toepassingsgebieden blijkt dat de publiekrechtelijke kwalificatie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband enkel nut heeft bij het begrip 'administratieve overheid' en bij de beginselen van behoorlijk bestuur.

Het voor het overige gebrek aan relevantie komt grotendeels door het feit dat de regelgeving en beginselen hun eigen invulling geven aan de notie 'publiekrechtelijke rechtspersoon' bij het hanteren van dit begrip als personeel aanknopingspunt. DE ROY formuleert dit als volgt: "*D'une législation à l'autre, et selon les objectifs poursuivis, la conception que se fait le législateur du secteur public peut varier sensiblement; il en va de même des procédés de désignation et d'identification des entités qu'il considère comme relevant de ce secteur public pour l'application de la législation ou des dispositions en cause.*".¹²³³ Het begrip

¹²³³ D. DE ROY, "Établissements publics, organismes d'intérêt public et tutti quanti: la qualification juridique des satellites de l'administration", *RevCri* 2013, afl. 1, (34) 35; DE ROY wijst onmiddellijk op de moeilijke rol die is weggelegd voor de rechter: "*Outre le fait qu'elle ne favorise pas une approche cohérente et globale de l'administration, cette disparité des conceptions et procédés complique nécessairement la tâche du juge qui, saisi d'un litige dans lequel fait débat l'application de dispositions relatives au secteur public, doit qualifier une institution au regard des notions légales déterminant*

publiekrechtelijke rechtspersoon wordt niet steeds voor dezelfde doeleinden gebruikt, zoals DE GROOT aangeeft in zijn proefschrift: *"Nu eens duidt 'publieke rechtspersoon' op de toepassing van het bestuursrecht, dan weer verwijst het naar de oprichting door de overheid en nog in andere gevallen wordt op een van het gemeen recht afwijkende rechtsvorm gewezen."*¹²³⁴ VANDENDRIESSCHE verwoordt het treffend door te stellen dat *"[t]erminologische overeenstemming (...) daarenboven nog geen inhoudelijke overeenstemming [impliceert]. Uit de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon in de zin van de wetgeving overheidsopdrachten is niet te besluiten tot een publiek persoon in de zin van het domeinstatuut, de fiscaliteit of de regelgeving inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw. Dit publiek- of privaatrechtelijk karakter is regelgeving per regelgeving te bepalen." (...) "Er zal ook per regelgeving na te gaan zijn welke criteria gehanteerd moeten worden en welke waarde hieraan is te hechten, dit in de context van het doel van die regelgeving." (...) "De noodzaak om het begrippenpaar publiek- en privaatrechtelijk rechtspersoon per 'regelgevend niveau' in te vullen, is trouwens geen typisch Belgisch fenomeen."* (eigen onderlijning).¹²³⁵ Ook volgens DE SOMER moeten *"[d]iscussies over de afbakening van het personele en materiële toepassingsgebied van een bepaald bestuursrechtelijk regime (...) steeds plaatshebben conform de finaliteit van dat*

le champ d'application ratione personae de ces dispositions.", zelfde bijdrage en zelfde pagina.

¹²³⁴ M. DE GROOT, *Overheidstoezicht op private rechtspersonen belast met taken van openbare dienst*, Brugge, die Keure, 2018, 36-42; als de bevoegde wetgever met de kwalificatie 'publiekrechtelijke rechtspersoon' wil aangeven dat de entiteit door de overheid is opgericht, adviseren DE SOMER en OPDEBEEK om 'overheidsrechtspersoon' als generieke term te hanteren. Binnen dat begrip kan er dan een onderscheid worden gemaakt naargelang de rechtsvorm die aan de entiteiten wordt gegeven, met name de publieke rechtsvorm, de private rechtsvorm en de hybride rechtsvorm, zie S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Mortsel, Intersentia, 2019, 282; LEUS en BAETEN houden eveneens een pleidooi voor de generieke term 'overheidsrechtspersoon' in K. LEUS en S. BAETEN, "Nieuwe vormen van overheidsrechtspersonen" in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht. Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1998-1999*, Gent, Mys & Breesch, 1999, (149) 152 e.v.

¹²³⁵ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 129; zie ook hetzelfde proefschrift pagina 402: *"Het 'overheids-' of het 'privaat' gehalte van een rechtspersoon is niet op algemene wijze vast te stellen. Daarentegen moet per regelgeving worden vastgesteld welke criteria het overheids- of het privaat gehalte bepalen. Eenzelfde persoon kan aldus een hoog overheidsgehalte hebben voor de wetgeving overheidsopdrachten maar een hoog privaat gehalte in fiscale aangelegenheden of voor zijn goederen."*

regime. Differentiatie in het overheidsbegrip lijkt alvast het spoor te zijn dat de Vlaamse decreetgever heeft gevolgd." (eigen onderlijning).¹²³⁶

Er is met andere woorden per regelgeving afzonderlijk na te gaan wat de precieze invulling is van het begrip 'publiekrechtelijke rechtspersoon', waarbij de context van het doel van de regelgeving in aanmerking moet worden genomen. VANDENDRIESSCHE omschrijft dit als 'de verschillende niveaus van het onderscheid tussen de publieke en de private rechtspersoon' of 'het meerduldig karakter van het onderscheid'. Bij de afbakening van het begrip 'administratieve overheid' en van de beginselen van behoorlijk bestuur lijkt er méér ruimte te zijn voor de wil van de wetgever dan bij bijvoorbeeld de uitvoeringsimmunititeit en in het faillissementsrecht.

234. Faisceau d'indices niet zaligmakend – Uit het onderzoek naar de verschillende toepassingsgebieden is gebleken dat zowel rechtsleer als rechtspraak vaak teruggrijpen naar de methode van de '*faisceau d'indices*' of de 'waaier aan indicatieve criteria' om te bepalen of een entiteit een publiekrechtelijke rechtspersoon is, zo ook bij 'de administratieve overheid'.¹²³⁷ De wil van de wetgever wordt traditioneel als één van de indicatieve criteria gezien die in aanmerking moet worden genomen bij het toepassen van deze methode.¹²³⁸ Ondanks dat er hierover onduidelijkheid bestaat in het kader van het leerstuk van de administratieve overheid (zie *supra* nr. D), lijkt het vast te staan dat de wil van de wetgever als "*criterium evenwel nooit doorslaggevend kan zijn.*"¹²³⁹ Ook

¹²³⁶ S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van *a never ending story*", *RW* 2012, afl. 37, (1614) 1637.

¹²³⁷ Een mooie definitie van deze *faisceau d'indices* vinden we bij DE ROY: "*La méthode du faisceau d'indices permet au juge confronté à la qualification d'un objet au regard d'une catégorie juridique, d'identifier, dans le chef de cet objet, un nombre suffisant de caractéristiques autorisant à retenir ladite qualification, dès lors que ces caractéristiques correspondent à celles de la catégorie concernée, dans la conception qu'en défend le juge, le législateur s'étant — par hypothèse — abstenu d'en donner une définition (à tout le moins suffisamment précise).*" in D. DE ROY, "Établissements publics, organismes d'intérêt public et tutti quanti: la qualification juridique des satellites de l'administration", *RevCri* 2013, afl. 1, (34) 52.

¹²³⁸ Voor een beknopte toelichting van de indicatieve criteria, zie F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen? Naar een graduele, meerdulige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 20-29.

¹²³⁹ K. ROSSIGNOL, *De (on)belastbaarheid van de overheid*, Brugge, die Keure, 2016, 21.

VERBEYST stelt dat het "*wilscriterium (...) niet determinerend (is) voor de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon.*".¹²⁴⁰

DE ROY haalt daarentegen een aantal gevallen aan waarin de wil van de wetgever voldoende was voor de rechter die de methode van de *faisceau d'indices* vooropstelde. Zo wijst de auteur op een zaak waarin de wil van de wetgever om het intergemeentelijk samenwerkingsverband te kwalificeren als publiekrechtelijke rechtspersoon voldoende was om haar als 'openbare instelling' te kwalificeren, waarbij de methode van de *faisceau d'indices* bijgevolg geen nuttige toepassing kende: "*De la même manière – et toujours dans le cadre de litiges relatifs à l'application de la loi du 5 décembre 1968 – a-t-il été jugé que la qualité de 'personne morale de droit public' reconnue aux intercommunales wallonnes suffit à les qualifier 'd'établissements publics', au sens de l'article 2, § 3, précité.*" (eigen onderlijning).¹²⁴¹ In zijn definitie van 'publiekrechtelijke rechtspersoon' stelt GOFFAUX dat het niet altijd makkelijk is om te bepalen of een entiteit al dan niet een publiekrechtelijke rechtspersoon is, maar dat er geen probleem is als de entiteit door de bevoegde wetgever uitdrukkelijk als publiek- of privaatrechtelijke rechtspersoon is gekwalificeerd.¹²⁴² Hierbij lijkt de auteur het meerduldig karakter van het begrip echter te negeren: er is per regelgeving afzonderlijk na te gaan wat de precieze invulling is van het begrip 'publiekrechtelijke rechtspersoon'.

¹²⁴⁰ Zie S. VERBEYST, "De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen", *TBP* 2017, afl. 4, (233) 239-242.

¹²⁴¹ D. DE ROY, "Établissements publics, organismes d'intérêt public et tutti quanti: la qualification juridique des satellites de l'administration", *RevCri* 2013, afl. 1, (34) 55; nog een voorbeeld dat de auteur aanhaalt, is dat de wil van de wetgever volstaat om een entiteit als openbare instelling te erkennen waar alle andere criteria gebundeld onvoldoende waren: "*À l'estime du ministère public, c'est la volonté clairement manifestée en ce sens par le législateur qui permet de ne pas qualifier la S.N.D.E. de 'société privée'. En d'autres termes, c'est donc l'indice de la volonté du législateur qui permet de reconnaître à cet organisme la qualité d'établissement public, là où tous les autres, réunis en faisceau, n'y suffisaient pas.*", zelfde bijdrage op pagina 60.

¹²⁴² "*Déterminer si une entité donnée est ou non une personne morale de droit public n'est toutefois pas toujours aisé à faire. Il n'y a bien entendu pas de problème lorsqu'il s'agit d'une personne publique territoriale ou lorsque la loi (le décret ou l'ordonnance) qui a créé l'entité en question, ou en a autorisé la création, la qualifie expressément de personne de droit privé ou de personne de droit public.*" (eigen onderlijning) in P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, Brussel, Bruylant, 2015, 454-455.

Hoewel er vaak wordt teruggegrepen naar de methode van de *faisceau d'indices* bij gebrek aan definiëring van begrippen – en dus ook van 'de publiekrechtelijke rechtspersoon' – kan die methode niet tevreden stellen. In zijn proefschrift concludeert VANDENDRIESSCHE dat het gebruik van die indicatieve criteria op zich niet volstaat in het onderzoek naar het publiekrechtelijk karakter van een entiteit. Naast het hierboven besproken meerduidig karakter van het onderscheid tussen publiek- en privaatrechtelijke rechtspersonen heeft dit immers ook nog een gradueel en evolutief karakter.¹²⁴³

Met *gradueel* karakter wordt bedoeld dat de vervulling van (één van) de criteria niet volstaat om van een publiekrechtelijke rechtspersoon te spreken. Er moet worden nagegaan of een entiteit 'op voldoende wijze' voldoet aan de criteria, waarbij een entiteit soms in meer en in mindere mate een publiekrechtelijke rechtspersoon zal zijn. Bovendien is het graduele onderscheid 'dubbel': vaak is er 'veeleer wel' of 'veeleer niet' voldaan aan een bepaald criterium.¹²⁴⁴ "*Zo is er niet één publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtsvorm, één algemeen of particulier belang (...) of één bestuurlijk of administratief toezicht. Sommige rechtspersonen zullen 'veeleer' het algemeen belang dan wel het particulier belang dienen of omgekeerd. De summa divisio is daarom eerder een summa continuum met de publieke en private rechtspersonen als twee polen.*", aldus ROSSIGNOL.¹²⁴⁵

Met het *evolutief* karakter van de publiek- en privaatrechtelijke kwalificatie van een rechtspersoon wordt bedoeld dat een rechtspersoon die door de rechtspraak na het in acht nemen van de indicatieve criteria is gekwalificeerd als publiekrechtelijke rechtspersoon kan evolueren naar een privaatrechtelijke rechtspersoon en *vice versa*. Dit is mogelijk omdat de onderliggende criteria kunnen wijzigen.¹²⁴⁶ Volgens VANDENDRIESSCHE valt "[h]et (...) dan ook niet uit te

¹²⁴³ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 401-404.

¹²⁴⁴ Zie over de gradualiteit: F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 115-126.

¹²⁴⁵ K. ROSSIGNOL, *De (on)belastbaarheid van de overheid*, Brugge, die Keure, 2016, 24.

¹²⁴⁶ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 130-132 en de aldaar

sluiten dat een persoon die aanvankelijk terecht als publiek- of privaatrechtelijk is aangemerkt, die hoedanigheid vervolgens verliest. De wil van de oprichter (wetgever) als eenduidig en niet-te-interpreteren criterium is dus sterk te relativieren. Steeds moet worden nagegaan of beoogd werd het publiekrechtelijk karakter van de persoon tot uitdrukking te brengen en of de oorspronkelijke kwalificatie nog wel overeenstemt met de wijzigingen die intussen aan het statuut van die persoon werden aangebracht."¹²⁴⁷ In die redenering zou een intergemeentelijk samenwerkingsverband waarbij gesleuteld wordt aan haar hybride statuut, zelfs een privaatrechtelijke rechtspersoon kunnen 'worden'.

Waarom zou er nog (zoveel) belang moeten worden gehecht aan een criterium als 'de wil van de wetgever' indien vaststaat dat het publiek- of privaatrechtelijk karakter in de feiten een evolutief element is? Net zoals er in het verleden is afgestapt van 'de oprichting door de overheid' als organiek element in het kader van rechtspersonen in private vorm aangezien dit een evolutief element is¹²⁴⁸, lijkt het mij aangewezen dat er eenzelfde afbouwende evolutie in de rechtspraak plaatsvindt ten aanzien van het gewicht dat aan 'de wil van de wetgever' wordt gegeven. Bovendien kunnen bepaalde entiteiten op die manier bewust door de wetgever aan de bevoegdheid van de Raad van State worden onttrokken, wat evenmin wenselijk is voor de rechtsbescherming van de burger.¹²⁴⁹ Een pleidooi om meer gewicht te geven aan andere (functionele) elementen zoals 'de activiteit die kadert in het openbaar gezag' lijkt me op zijn plaats.

aangehaalde rechtspraak van de Raad van State; zie ook S. VERBEYST, "De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen", *TBP* 2017, afl. 4, (233) 241.

¹²⁴⁷ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 116.

¹²⁴⁸ Zie *supra* over de afstand van de organieke criteria door de Raad van State in zijn rechtspraak ten aanzien van onderwijsinstellingen.

¹²⁴⁹ DE SOMER stelt dat "[d]e wil van de wetgever (...) dus steeds doorslaggevend [is] en (...) aan een publiekrechtelijk orgaan de hoedanigheid van administratieve overheid [kan] ontzeggen.", maar wijst onmiddellijk op het feit dat de wetgever die keuze afdoende zal moeten rechtvaardigen met het oog op het respecteren van het gelijkheidsbeginsel, in S. DE SOMER, "Het begrip 'administratieve overheid' en zijn Vlaamse aanverwanten" in S. DE SOMER (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure, 2020, (379) 406.

235. Herkwalificatie – In dit kader kan voorts worden gewezen op de 'herkwalificatie' van een rechtspersoon. VERBEYST stelt de zeer terechte vraag of de rechter de uitdrukkelijke kwalificatie van een rechtspersoon als publiek- of privaatrechtelijk door de wetgever schendt indien hij de rechtspersoon herkwalificeert. Hij haalt terecht aan dat: "*[d]eze vraag (...) van praktisch belang [is] aangezien het niet ondenkbaar is dat de wet- of decreetgever de uitdrukkelijke kwalificatie van een rechtspersoon zou kunnen aanwenden om het toepassingsgebied van diverse regelgevingen te beïnvloeden. De vraag of de kwalificatie door de decreetgever standhoudt, stelt zich nog scherper indien daardoor het toepassingsgebied van een federale regelgeving wordt beïnvloed of omgekeerd.*" (eigen onderlijning).¹²⁵⁰ Volgens mij is de bezorgdheid van VERBEYST enkel nodig ten aanzien van de beginselen van behoorlijk bestuur en ten aanzien van wetgeving die 'de administratieve overheid' als personeel toepassingsgebied hanteren. Dit argument dat de wetgever bepaalde entiteiten bewust als privaatrechtelijke rechtspersoon kan kwalificeren om ze te onttrekken aan rechtsbeschermingmechanismen is een extra argument in het pleidooi om in de rechtspraak af te stappen van het hanteren van 'de wil van de wetgever' (zie *supra* nr. 234). Volgens VERBEYST is er mogelijk geen probleem als de rechter een rechtspersoon die door de wetgever is gekwalificeerd als publiek- of privaatrechtelijk herkwalificeert ten aanzien van het toepassingsgebied van een specifieke regelgeving, maar hij spreekt zich niet uit ten aanzien van de kwalificatie *in abstracto*.¹²⁵¹

236. Amalgam van begrippen – Een element dat de kwestie ten slotte nog bemoeilijkt, is dat er sprake is van een waar begrippenarsenaal zoals uit de

¹²⁵⁰ S. VERBEYST, "De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen", *TBP* 2017, afl. 4, (233) 241, vn. 83.

¹²⁵¹ "O.i. stelt deze vraag zich evenwel niet (of in mindere mate) indien de rechtspersoon in functie van een specifieke regelgeving – eerder dan op algemene wijze – wordt ge(her)kwalificeerd. In dat geval buigt de rechter zich over de vraag of de rechtspersoon, door het stellen van de aangevochten handeling, binnen het toepassingsgebied viel van de ingeroepen wettelijke of decretale regeling. De rechtspersoon wordt met andere woorden in concreto ge(her)kwalificeerd, zonder dat de rechter uitspraak doet over de kwalificatie in abstracto van de rechtspersoon." in S. VERBEYST, "De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen", *TBP* 2017, afl. 4, (233) 241.

uiteenzetting hierboven is gebleken.¹²⁵² Het begrip 'publiekrechtelijke rechtspersoon' is duidelijk niet het enige begrip dat kan wijzen op het 'overheidsgehalte' van een entiteit. Net zoals er sprake is van een pluriform ondernemingsbegrip (zie *supra* 1.1.2.) is het overheidsbegrip eveneens pluriform.¹²⁵³ "De complexiteit van het bestuurlijk landschap laat zich niet langer vatten in één overheidsbegrip.", aldus DE SOMER.¹²⁵⁴ Naargelang de regelgeving worden begrippen gehanteerd die nauw aansluiten bij 'de publiekrechtelijke rechtspersoon'. Zo is er bijvoorbeeld sprake van "de administratieve overheid, de openbare instelling, de openbare dienst, de publiekrechtelijke vereniging, de overheidspersoon of nog 'instellingen bedoeld in artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen'".¹²⁵⁵ Voormelde begrippen

¹²⁵² K. LEUS en S. BAETEN, "Nieuwe vormen van overheidsrechtspersonen" in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht. Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1998-1999*, Gent, Mys & Breesch, 1999, (149) 153.

¹²⁵³ Daar komt nog bij dat het overheidsbegrip net zoals het pluriforme ondernemingsbegrip ook een Europese invulling krijgt: "De Europese rechtspraak hanteert evenmin een universeel overheidsbegrip. Bij het uitleggen van het overheidsbegrip vermijdt het Europese Hof van Justitie één uniforme, op objectieve en formele criteria gesteunde definitie die in het communautaire recht algemene gelding heeft. Daarentegen wordt gekozen voor diverse omschrijvingen die telkens met ad hoc opgestelde criteria worden ingevuld en die van elkaar verschillen, afhankelijk van het doel dat wordt nagestreefd." (eigen onderlijning) in F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 129-130.

¹²⁵⁴ S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story", *RW* 2012, afl. 37, (1614) 1639.

¹²⁵⁵ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 127; ook ROSSIGNOL wijst hierop in haar proefschrift: "Niet alleen vanuit doctrinaal oogpunt heeft de ene auteur dikwijls een ander begrip als de andere – *alius aliud dicit* – over wat er onder 'de overheid' verstaan moet worden, ook de wetgever en de rechtspraak hebben voor de nodige begripsverwarring gezorgd. Zo worden er verschillende benamingen door elkaar gehanteerd: openbare instelling, openbare rechtspersoon, administratieve overheid, openbaar bestuur, publiekrechtelijke instelling, bestuursinstantie enz." in K. ROSSIGNOL, *De (on)belastbaarheid van de overheid*, Brugge, die Keure, 2016, 9; zie ook: "A la lumière de ces différentes significations, surgit une dernière difficulté: nombre d'activités ou d'institutions qui sont ainsi intuitivement liées au service public relèvent aussi d'expressions distinctes – les services d'intérêt collectif, les services d'utilité publique, les entreprises publiques, les entreprises privées d'intérêt général... – ou de nouvelles catégories juridiques forgées par le droit européen, à savoir les services d'intérêt (économique) général ou le service universel. La définition de ces concepts n'est pas plus évidente, pas davantage que leurs rapports avec la notion de service public." in P.-O. DE BROUX, "Historique et transformation de la notion de service public à la lumière du droit européen" in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Le service public 1. Le service public: passé, présent et avenir*, Brugge, die Keure, 2009, (1) 24.

dekken niet (altijd) dezelfde lading, waardoor de 'publiekrechtelijke rechtspersoon' niet zomaar kan worden gelijkgeschakeld met dergelijke aanverwante begrippen.

Uit het onderzoek van de toepassingsgebieden blijkt dat zowel de wetgeving, de rechtspraak als de rechtsleer begrippen vaak ondoordacht en vooral onnauwkeurig door elkaar gebruikt waardoor niemand nog met zekerheid een definitie kan geven van bepaalde begrippen.¹²⁵⁶ Ook voor de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zelf lijkt het onderscheid tussen en de gevolgen van bepaalde begrippen niet altijd duidelijk te zijn, zoals blijkt uit statuten waarin verschillende zaken door elkaar worden gebruikt.¹²⁵⁷ De methode van de *faisceau d'indices* wordt dan dikwijls als redmiddel vooropgesteld, terwijl ook die methode niet zaligmakend is (zie *supra* nr. 234). Het gebruik ervan verdoezelt het gebrek aan een duidelijke definiëring en komt de rechtszekerheid niet ten goede.¹²⁵⁸ Het feit dat er "nog heel wat onduidelijkheid en rechtsonzekerheid (heerst) over het al dan niet toepasselijk zijn van de algemene publiekrechtelijke regels en beginselen (...) vindt (...) haar oorsprong (onder meer) in de diversiteit van de gehanteerde begrippen om het toepassingsgebied van de verschillende

¹²⁵⁶ Zie vb. "Al te vaak nog vereenzelvigen publicisten immers het begrip 'administratieve overheid' met het begrip 'overheid' en maken zij aldus van een specifiek juridisch begrip, waarmee een vaststaand – zij het jurisprudentieel afgebakend – statuut behoort te correleren, een koepelterm. Nog al te vaak gaat men aldus uit van de vanzelfsprekendheid inzake de eenheid van het overheidsbegrip." in S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story, RW 2012, afl. 37, (1614) 1637.

¹²⁵⁷ Vb. art. 2 statuten IVAGO: "Gelet op de hoedanigheid van administratieve overheid, belast met diensten van openbaar nut, die haar wordt toegekend, zijn de algemene beginselen van het administratief recht (beginsel van veranderlijkheid, beginsel van continuïteit en regelmaat en beginsel van benuttingsgelijkheid voor de gebruikers) in de betrekkingen met de gebruikers, op haar van toepassing."

¹²⁵⁸ "Begrippen als 'publiekrechtelijke rechtspersoon', 'openbare instelling' of 'administratieve overheid' kunnen niet langer worden gebruikt voor het afbakenen van het toepassingsgebied van regelgeving. Dit ongenueanceerd hanteren van het overheidsbegrip strijdt met verschillende beginselen van behoorlijke regelgeving. Rechtszekerheid en duidelijke regelgeving vereisen dat het overheidsbegrip wordt geconcretiseerd aan de hand van criteria die de regelgever zelf aanreikt. Ook de onderlinge verhouding van die criteria (cumulatief, alternatief, ...) moet de regelgever vastleggen." (eigen onderlijning) in F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 402.

regelgevingen af te bakenen."¹²⁵⁹ Waar de wetgever minutieus nadenkt over de inhoud van de bepalingen, is het opvallend dat het toepassingsgebied (nochtans een onmisbaar aspect van een wet) vrijwel steeds twijfel laat bestaan over zijn invulling – iets wat de rechtszekerheid en de behoorlijkheid van de regelgeving absoluut niet ten goede komt. Dat een eenduidig overheidsbegrip een te overwegen optie is, blijkt uit het Nederlandse bestuursorgaanbegrip. Zonder hier verder op te willen ingaan, verantwoordt een individuele afstemming op de doelstellingen van beginselen en bepalingen tegelijkertijd ook soms wel het aanhouden van individuele overheidsbegrippen.¹²⁶⁰ Het zou ons te ver leiden om hier verder op in te gaan, maar ik verwijs in dit kader graag naar de kritische bijdrage van DE ROY, die onder meer wijst op de delicate rol die de rechter moet opnemen in dit verhaal.¹²⁶¹

237. Geruststellend effect? – Gelet op de beperkte impact van de uitdrukkelijke kwalificatie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband als publiekrechtelijke rechtspersoon, lijkt die publiekrechtelijke kwalificatie die de laatste decennia steeds blindelings werd overgenomen me voornamelijk ingegeven te zijn door het 'geruststellend effect' dat een kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon met zich meebrengt. De uitdrukkelijke kwalificatie kan geruststellend werken voor de bevoegde wetgevers, stakeholders, belangengroepen, ... en voor de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zelf – waarschijnlijk wel zonder dat ze zich bewust zijn van de in de feiten beperkte gevolgen.

¹²⁵⁹ S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, "De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA's en EVA's", *TBP* 2011, afl. 1, (4) 30.

¹²⁶⁰ K. LEUS en S. BAETEN, "Nieuwe vormen van overheidsrechtspersonen" in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht. Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1998-1999*, Gent, Mys & Breesch, 1999, (149) 153.

¹²⁶¹ Zie onder meer de kritiek van DE ROY: "*Il n'est pas rare que les notions ne soient pas définies, laissant augurer la situation délicate dans laquelle se trouvera le juge confronté à leur mise en œuvre.*" in D. DE ROY, "Établissements publics, organismes d'intérêt public et tutti quanti: la qualification juridique des satellites de l'administration", *RevCri* 2013, afl. 1, (34) 46.

1.3. Tussentijdse conclusie

238. Aard en karakter in organieke wetgeving – Al sinds de wet van 1 maart 1922 spreekt de wetgever zich uitdrukkelijk uit over de aard en het karakter van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden door de intercommunales te kwalificeren als hebbende een burgerlijk karakter. Met de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales verving hij dit door een begrip uit het privaatrecht: voortaan hebben intergemeentelijke samenwerkingsverbanden 'geen handelskarakter'. In eenzelfde beweging schreef de organieke wetgever in dat de intercommunale een 'publiekrechtelijke rechtspersoon' is. In de jaren die daarop volgden, werden beide noties als het ware blindelings overgenomen in latere wetgeving op intergemeentelijke samenwerking zonder dat de specifieke inhoud en gevolgen van die noties op fundamentele wijze werd onderzocht.

239. Geen handelskarakter – De doelstelling die de wetgever in 1922 met het 'burgerlijk karakter' en in 1986 met het 'geen handelskarakter' vooropstelde, was om het intergemeentelijk samenwerkingsverband te onttrekken aan de toepassing van commerciële bepalingen. Er werd vooropgesteld dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband nooit kan worden gelijkgesteld met een commerciële onderneming waardoor geschillen die rijzen, ontsnappen aan de bevoegdheid van de handelsrechter (cf. *ratio legis*).

Op vandaag gebeurt het in de praktijk echter *wel* dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden als onderneming worden gekwalificeerd en verklaart de ondernemingsrechter zich *wel* bevoegd. De Europeanisering – en meer specifiek de hantering van (functionele) autonome ondernemingsbegrippen in bijvoorbeeld het mededingingsrecht en het marktpraktijkenrecht – is hier in ieder geval deels de oorzaak van, net als de commercialiseringstendens die de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden hebben ingezet en die aan de oorzaak ligt van de toepassing van die ondernemingsrechtelijke bepalingen. Aan dergelijke Europeesrechtelijke doorwerking kunnen intergemeentelijke samenwerkingsverbanden uiteraard niet ontsnappen wegens de primautéit van het Unierecht. Daarnaast lijken intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in principe ook te worden omvat door 'louter federale' ondernemingsbegrippen. Door

het feit dat het handelsrecht is geïntegreerd in het ondernemingsrecht neemt men blijkbaar aan dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband wel kan worden gelijkgesteld met een commerciële onderneming en dat de ondernemingsrechter wel bevoegd is. Ook federale initiatieven lijken bijgevolg in de praktijk de *ratio legis* van de organieke wetgeving te torpederen.

Los van de vraag welke de juiste is, brengt de integratie van het handelsrecht in het ondernemingsrecht twee mogelijke hypothesen met zich mee. Een eerste hypothese is inderdaad dat de bepaling in de gewestelijke regelgeving dat intercommunales geen handelskarakter hebben, impliciet verdwijnt door de integratie van het handelsrecht in het ondernemingsrecht. In de praktijk lijkt er alvast te worden uitgegaan van de eerste hypothese, waardoor de relevantie van de kwalificatie als hebbende 'geen handelskarakter' de laatste jaren erg wordt gereduceerd of, sterker nog, wordt uitgehold. De aloude wens van de wetgever om de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden principieel te onttrekken aan de toepassing van commerciële bepalingen, werd gaandeweg aangetast door factoren 'buiten zijn wil'. Het al dan niet van toepassing zijn van commerciële bepalingen wordt dan voortaan extern geregeld aan de hand van een federaal ondernemingsbegrip, maar ook nog steeds middels specifieke uitzonderingen voor de intercommunale. De vraag rijst dan uiteraard wat het nut nog is van de gewestelijke bepaling dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geen handelskarakter/commercieel karakter hebben, als de oorspronkelijke doelstelling is voorbijgestreefd. De economische realiteit lijkt in de praktijk misschien meer te worden omarmd, maar aan de andere kant kan ook de vraag worden gesteld of het feit dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband aan de toepassing van bepaalde commerciële bepalingen wordt onttrokken geen wezenskenmerk is van de intercommunale. Is de entiteit die bijgevolg als onderneming in beginsel aan bepalingen van het WER is onderworpen in die optiek wel nog als een intercommunale in haar essentie te typeren?

Een tweede – in het licht van de *ratio legis* eigenlijk meer plausibele – hypothese is echter dat de bepaling dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geen handelskarakter hebben, dynamisch dient te worden geïnterpreteerd waardoor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voortaan 'geen

ondernemingskarakter' hebben. Door het reeds bestaan van uitzonderingen op de toepassing van bepaalde commerciële bepalingen die specifiek zijn gericht op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, is het verschil tussen de gevolgen van de eerste en de tweede hypothese relatief beperkt. Het voornaamste verschil is dat, indien intercommunales 'geen ondernemingskarakter' hebben, de ondernemingsrechtbank zich niet langer bevoegd kan verklaren – en dit dan eigenlijk ook niet kon na 1 november 2018. Wel belangrijk is dat de *ratio legis* in de tweede hypothese in ere wordt gehouden – m.u.v. de toepassing van regelgeving op basis van de primautiteit van het Unierecht, maar daar valt er hoe dan ook niet aan te ontsnappen – terwijl de eerste hypothese hier afbreuk aan doet.

Los van de hypothesen, zou de decreetgever er uiteraard ook voor kunnen opteren om zelf in te schrijven dat bepaalde intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geen onderneming zijn, onder de voorwaarde dat hiermee is voldaan aan het evenredigheidsbeginsel (meer hierover *infra* DEEL III). In tegenstelling tot wat de Vlaamse decreetgever heeft verondersteld, is de decreet- en ordonnantiegever wegens zijn volledige bevoegdheid in ieder geval niet verplicht om regelgevend op te treden om het organiek kader aan te passen aan de recente hervormingen op federaal niveau.

240. Publiekrechtelijke rechtspersoon – In dit hoofdstuk werd naast haar 'gebrek aan handelskarakter' ook de uitdrukkelijke kwalificatie van de intercommunale als publiekrechtelijke rechtspersoon onderzocht. Naast het willen vermijden van verwarring met handelsvennootschappen door de rechtsvorm, was het de doelstelling van de wetgever in 1986 om 'de algemene beginselen van het administratief recht' toepassing te laten vinden. De minister van Binnenlandse Zaken verduidelijkte dat de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon de toepassing van de wetten van de openbare dienst en van bepaalde regelgeving die terug te leiden is tot diezelfde 'wetten', met zich meebrengt. Door na te gaan wat de concrete impact en de gevolgen zijn voor de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden van hun uitdrukkelijke publiekrechtelijke kwalificatie werd nagegaan of dit oogmerk door de uitdrukkelijke kwalificatie wordt bereikt.

Uit het onderzoek naar de (personele) toepassingsgebieden van onder meer de wetten van de openbare dienst, de uitvoeringsimmunitet, het faillissementsrecht, de administratieve overheid, de beginselen van behoorlijk bestuur, de overheidsoopdrachtenwetgeving, de strafrechtelijke aansprakelijkheid en de taalwetgeving, blijkt dat de concrete impact van de uitdrukkelijke kwalificatie beperkt is. Elk beginsel en iedere wetgeving heeft immers een eigen toepassingsgebied *ratione personae* dat over het algemeen losstaat van de uitdrukkelijke kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon (cf. meerduldig karakter van het onderscheid tussen publiek- en privaatrechtelijke rechtspersonen). Enkel ten aanzien van het begrip 'administratieve overheid' en in het kader van de beginselen van behoorlijk bestuur wordt de wil van de wetgever mogelijk in aanmerking genomen. Daarbij is het echter tegelijkertijd onduidelijk in welke mate die wil doorweegt. De uitdrukkelijke kwalificatie die de wetgever op vandaag hanteert in het DLB, de CDLD en in de ordonnantie van 5 juli 2018 realiseert bijgevolg eigenlijk niet wat de wetgever hiermee vooropstelde in 1986. De *ratio legis* wordt in de feiten niet vervuld. *Infra* DEEL III, 2.1.2. wordt er ingegaan op de mogelijkheden van de regelgever.

241. Overkoepelende conclusie – De titel van dit proefschrift luidt dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zijn geklemd tussen publiek en privaat, en tussen overheid en onderneming. In dit hoofdstuk is die ambiguïteit des te duidelijker geworden. De intergemeentelijke samenwerkingsverbanden worden qua aard en karakter in de praktijk gekenmerkt door een verregaande hybriditeit: de organieke regelgever wil niet dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband juridisch wordt benaderd als een onderneming (cf. geen handelskarakter), maar in de feiten gebeurt dit wel, waardoor wordt ingegaan tegen die *ratio legis*. Tegelijkertijd, ongeacht of de intercommunale in de feiten al dan niet als onderneming wordt behandeld, blijft ze te allen tijde gekwalificeerd als publiekrechtelijke rechtspersoon. Toch zorgt de publiekrechtelijke kwalificatie niet voor de toepassing van de wetten van de openbare dienst, hetgeen eveneens niet overeenstemt met de *ratio legis* van de uitdrukkelijke kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon. Elementen die vroeger zijn ingevoerd en die als wezenskenmerk van de intercommunale kunnen worden omschreven, lijken hun essentie intussen te zijn verloren.

2. De (suppletieve) rol van het vennootschapsrecht bij de *sui generis*-rechtsvorm

"Doch men kan niet nalaten vast te stellen, dat die dupliciteit tussen civiel karakter en commerciële rechtsvorm soms de ware publiekrechtelijke aard der vereniging uit het oog doet verliezen en een neiging in de hand werkt om de associatie zelf tot een winstgevende organisatie te doen uitgroeien."

– BOON, TBP, 1961

242. Opbouw – Het eerste hoofdstuk betrof de aard en het karakter van het intergemeentelijke samenwerkingsverband. Het tweede hoofdstuk betreft zijn rechtsvorm. De rechtsvorm krijgt net als de aard en het aard en het karakter van de intercommunale op een hybride wijze invulling: enerzijds, grijpt de regelgever terug naar het privaatrecht door het vennootschapsrecht een cruciale rol toe te kennen en, anderzijds, is er het 'publiekrechtelijk' element dat de wetgever de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden ook via eigen ontworpen bepalingen op een *sui generis*-wijze vormgeeft.

Eerst worden de (historische) beweegredenen om de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden een hybride vorm te geven en de bepalingen zoals die op vandaag in de drie gewesten gelden, geschetst en geanalyseerd (2.1.). Welke problemen duiken er op bij die combinatie van publiek- en privaatrechtelijke elementen op het vlak van de bevoegdheidsverdeling (2.2.)? Vervolgens wordt de concrete impact van het hervormde federale vennootschapsrecht op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden onderzocht (2.3.). Gelet op het bestaan van een hybride organieke regelgeving, rijst voorts de vraag of gemeenten voor de oprichting van intercommunales naast deze 'publiekrechtelijke weg' ook de 'privaatrechtelijke weg' kunnen bewandelen. Hiertoe wordt de oprichting door de gemeenten van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden gekaderd in het leerstuk van de (organisatierechtelijke) tweewegenleer (2.4.). De overkoepelende bevindingen worden samengevat in een tussentijdse conclusie (2.5.).

2.1. De hybride vormgeving: (historische) beweegredenen en vigerend recht

243. Eind 19^e en begin 20^{ste} eeuw – Vóór de defederalisering van de bevoegdheid voor intergemeentelijke samenwerking in 1993 en de daaropvolgende aanneming van gewestelijke regelgeving bestond er decennialang één vormgeving voor 'de intercommunale' in België. Op die vormgeving bestond er reeds een invloed van het privaatrecht. Bij twee van de drie specifieke wetten greep de wetgever uitdrukkelijk terug naar het privaatrecht door de gemeenten de keuze te laten tussen de naamloze of de coöperatieve vennootschap om hun samenwerkingsverband vorm te geven.¹²⁶² In de memorie van toelichting werd gesteld dat de vorm van handelsvennootschap toen louter werd aangenomen om haar werking te vergemakkelijken, zonder dat zij daardoor een handelsvennootschap zou zijn of zou worden: "*Elles (...) n'ayant la forme des sociétés commerciales que pour la facilité de leur fonctionnement.*".¹²⁶³ De specifieke wet van 6 augustus 1897 rakende de inrichting van verplegingsgestichten onder verschillende gemeenten creëerde daarentegen een zuiver publiekrechtelijke rechtsvorm, gebaseerd op de bepalingen over de gemeentelijke burgerlijke godshuizen.

244. Eerste kaderwet van 1 maart 1922 – Uit het rechtshistorisch onderzoek bleek dat de eerste algemene wet van 1 maart 1922 omtrent de vereniging van gemeenten tot nut van 't algemeen – opmerkelijk genoeg – niet bepaalde welke rechtsvorm(en) de intercommunales mochten of moesten aannemen. Ook in de rechtsleer ontbrak hier eensgezindheid over, maar er werd overwegend aangenomen dat de gemeenten de intercommunale *eender welke* rechtsvorm konden toekennen, voor zover er een koninklijke machtiging werd verkregen. Een ruime vrijheid dus, maar het doel van de intercommunale leek in ieder geval

¹²⁶² Art. 2 van de wet van 1 juli 1899 betreffende de vereenigingen van gemeenten en van provinciën tot het beheer van buurtspoorwegen, *BS* 7 juli 1899 en art. 2 van de wet van 18 augustus 1907 betreffende de vereenigingen van gemeenten en particulieren tot het inrichten van waterleidingen, *BS* 5 september 1907.

¹²⁶³ MvT bij *le projet de loi relatif aux associations de communes et de particuliers pour l'établissement de services de distribution d'eau*, *Parl.St.* Kamer 1906-07, nr. 124, 8; *Pasin.* 1907, 204.

richtinggevend te zijn voor haar rechtsvorm.¹²⁶⁴ Artikel 5 van de kaderwet vereiste wel dat de statuten moesten overeenstemmen met de handelswetten zolang het niet noodzakelijk was om ervan af te wijken omwille van de bijzondere aard van de verenigingen en zonder dat de vereniging haar burgerlijk karakter verliest. Volgens DE CLERCK "*was [het] toch wenselijk de toelating tot afwijking [van de handelswetten] op algemene wijze te formuleren. De interkommunales moeten immers in de mogelijkheid gesteld worden, om niet, zonder meer, het gemeen recht betreffende de vennootschappen over te nemen. Zij moeten hun bestaansvorm kunnen aanpassen aan het doel, dat van openbaar belang is; zij moeten met bepaalde partners rekening houden; zij moeten hun status en werking in overeenstemming brengen met de publiekrechtelijke sfeer, waartoe zij behoren; zij moeten tenslotte het administratief recht in het algemeen naleven.*".¹²⁶⁵ Volgens dezelfde auteur waren afwijkingen in de statuten dan ook mogelijk van "*zowel (...) de dwingende gemeenrechtelijke bepalingen, als van de grondstructuur zelf van de aangenomen verenigingsvorm.*".¹²⁶⁶ GEENS en VAN BEVER menen dat "*[h]et toegeven aan deze verregaande 'denaturatiemogelijkheid' van de gekozen rechtsvorm (...) wellicht mede [werd] ingegeven door het aanvoelen dat een volledig nieuw type van vennootschapsvorm aangepast aan de situatie en de noden van de verenigingen van gemeenten niet zou misstaan.*".¹²⁶⁷ Aan dit laatste zou het Vlaamse Gewest in 2001 al iets meer tegemoetkomen (zie *infra* nr. 149).

245. Tweede kaderwet van 22 december 1986 – Met de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales werd de vrije keuze op het vlak van de rechtsvorm wettelijk beperkt. De intergemeentelijke samenwerkingsverbanden konden voortaan enkel de vorm aannemen van een naamloze vennootschap (hierna: NV), een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

¹²⁶⁴ Zie omtrent de rechtsvorm en de kaderwet van 1 maart 1922, *supra* nr. 52 e.v.

¹²⁶⁵ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 67.

¹²⁶⁶ *Ibid.*, 107.

¹²⁶⁷ K. GEENS en L. VAN BEVER, "Bestuur en controle in de intercommunale en het autonoom gemeentebedrijf" in S. BAETEN, K. BYTTEBIER en K. LEUS (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2000, (129) 137 met verwijzing naar D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968.

(hierna: CVBA) of een vereniging zonder winstoogmerk (hierna: vzw).¹²⁶⁸ Wat de vennootschapsvormen betreft, bleek uit de memorie van toelichting dat enkel de naamloze vennootschap en de coöperatieve vennootschap "*verenigbaar [zijn] met de vereisten die eigen zijn aan het publiekrechtelijke statuut van de intercommunales*".¹²⁶⁹ Indien de vzw-vorm wordt aangenomen, benadrukte de wet zelf dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in geen geval nijverheids- of handelszaken mogen drijven of mogen trachten een stoffelijk voordeel te verschaffen aan hun leden.¹²⁷⁰ Enkel onder die voorwaarde is "*de vorm van de vereniging zonder winstoogmerk (...) volkomen aangepast aan de intercommunale samenwerking*", aldus de memorie van toelichting.¹²⁷¹

Ook in 1986 werden de wetten op de handelsvennootschappen en de vzw's van toepassing verklaard op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voor zover de wet of de statuten er niet van afwijken wegens de bijzondere aard van de intercommunale.¹²⁷² Om tegelijkertijd te vermijden dat de intercommunale als een onderneming zou worden beschouwd, werd er evenwel benadrukt dat ze 'geen handelskarakter' heeft (zie *supra* nr. 174 e.v.). Tijdens de voorbereiding van de kaderwet rezen er wel bedenkingen over de conformiteit van het wetsontwerp met de handelsvennootschapswetten en met het Unierecht.¹²⁷³ Ook de afdeling

¹²⁶⁸ Art. 5 van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales, *BS* 26 juni 1987.

¹²⁶⁹ MvT bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/1, 4.

¹²⁷⁰ Art. 5, tweede lid van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales.

¹²⁷¹ MvT bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/1, 4; in het verslag van de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt werd bovendien gesteld dat de vzw-vorm "*in hoofdzaak [geldt] voor een bepaald type van intercommunales, met name die welke hun activiteiten op het culturele vlak uitoefenen*". zie het Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 125/11, 5.

¹²⁷² Art. 5, tweede lid van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales en MvT bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat 1982-83, nr. 529/1, 4-5.

¹²⁷³ Een vermeldenswaardig bezwaar dat in dit kader opdook is dat artikel 5 van de kaderwet in strijd zou zijn met onder meer de EEG-richtlijnen inzake vennootschapsrecht in zoverre er wordt voorzien dat voor de intercommunales uitzonderingen op het gemeen recht mogelijk zijn via statutaire bepalingen, zie hiervoor o.a. het Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 125/11, 52-53; zie ook datzelfde verslag pagina 11-12 en *supra*; zie over de problematiek van de primauteit van het Unierecht en de mogelijke schending van de kaderwet van Europese richtlijnen

Wetgeving van de Raad van State vroeg zich in zijn advies af of "*dit alles nog ruimte [laat] voor aanvullende regels?*". Volgens de afdeling Wetgeving moet immers "*worden aangenomen dat de zogeheten 'lois du service' (...) noodzakelijk zullen blijven primeren aan de wetten betreffende de handelsvennootschappen en de verenigingen zonder winstoogmerk, zelfs bij stilzwijgen van de statuten.*".¹²⁷⁴ In navolging van de rechtsleer, adviseerde de afdeling Wetgeving van de Raad van State dan ook om een nieuwe rechtsvorm te creëren die is aangepast aan de situatie en aan de noden van de intercommunale – maar hier kwam de wetgever op dat ogenblik niet uitdrukkelijk aan tegemoet.

De werking van het intergemeentelijk samenwerkingsverband werd met andere woorden ook met de wet van 22 december 1986 geregeld door 1° de bepalingen van de kaderwet van 22 december 1986, 2° de statuten, en 3° in bijkomende orde door de bepalingen van de wetten op de handelsvennootschappen of de vzw's.¹²⁷⁵ Naast de mogelijkheid voor de *deelnemende gemeenten* om in de statuten af te wijken van het vennootschapsrecht¹²⁷⁶, week voorts ook de wetgever in de kaderwet van 22 december 1986 af van de vennootschapswetgeving. GEENS en VAN BEVER wijzen op de restrictieve houding

omtrent vennootschapsrecht: Adv.RvS nr. 25.379/2 van 9 september 1996 over *les amendements au projet de décret relatif aux intercommunales wallonnes*, advies t.a.v. het amendement op artikel 4; zie hieromtrent ook J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales*, Brussel, Nemesis, 1988, 93-102; D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 212-213 en 217; F. VANDENDRIESSCHE en S. BAETEN, "Oprichting van rechtspersonen en participaties" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De transversale bevoegdheden in het federale België*, Brugge, die Keure, 2017, (268) 280-281.

¹²⁷⁴ Adv.RvS bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat, 1982-83, nr. 529/1, 31; J. VANHAEVERBEEK, "La nouvelle législation nationale et régionale" in E. CEREXHE, A. COOLS, X. DELGRANGE, M. DUMONT, B. JURION, P. ORIANNE en J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales. Actes du colloque du 18 novembre 1988*, Brugge, die Keure, 1989, (50) 58.

¹²⁷⁵ Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 125/11, 11; zie ook R. MAES, "Rechtsvorm" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (343) 357.

¹²⁷⁶ Volgens MAES mogen de afwijkingen van de wetgeving op de handelsvennootschappen nooit zover gaan dat er een structuur tot stand wordt gebracht onder de naam van een naamloze of coöperatieve vennootschap die daarmee niets meer zou gemeen hebben. Hij lijkt die voorwaarde af te leiden uit de adviespraktijk van de Raad van State, afdeling Wetgeving, in R. MAES, "Rechtsvorm" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (343) 344.

van de Raad van State en stellen dat "*[d]e decreetgever (...) weliswaar de bevoegdheid [heeft] om een openbare onderneming op te richten en daarvan vrij de structuur, de werking en de controle te regelen zelfs door, ter aanvulling van de in het decreet opgenomen bepalingen, te verwijzen naar de vennootschapswet, doch de decreetgever zou de hem toegekende bevoegdheid te buiten gaan door, enerzijds, te beslissen dat de op te richten onderneming in principe de vorm zal aannemen van een naamloze vennootschap en onder toepassing zal vallen van de vennootschapswet en door, anderzijds, een zodanig belangrijk aantal afwijkingen toe te staan van de essentiële bepalingen van die vennootschapswet, dat de decreetgever een 'eigen' soort naamloze vennootschap opricht die wezenlijk verschilt van die bedoeld in de vennootschapswet. In ieder geval mag een gekozen rechtsvorm niet worden gedenatureerd." (eigen onderlijning).¹²⁷⁷ Zie *infra* over deze denaturatiediscussie, maar hier kan alvast worden meegegeven dat dit me toch wat te kort door de bocht lijkt te zijn in het licht van het '*qui peut le plus peut le moins*'-argument, de meegaande houding van het Grondwettelijk Hof en de *ratio legis* van de wet.*

246. Waalse Gewest – Na de volledige defederalisering van de bevoegdheid omtrent intergemeentelijke samenwerking in 1993, hield de Waalse decreetgever de principes uit de kaderwet van 1986 grotendeels overeind: de Waalse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden dienden de vorm aan te nemen van een NV, een CVBA of een vzw en de wetten op de handelsvennootschappen en de vzw's zijn van toepassing voor zover de statuten er niet van afwijken wegens de bijzondere aard van de vereniging.¹²⁷⁸ De privaatrechtelijke rechtsvorm als uitgangspunt bij de vormgeving werd blindelings overgenomen. Die keuzemogelijkheid werd vervolgens overgenomen in toenmalig artikel L1512-3, eerste lid van de CDLD. Op vandaag kunnen de Waalse gemeenten enkel nog kiezen om een intercommunale op te richten die 'de vorm aanneemt van een NV of een CVBA'. Daarbij moet de vennootschapsrechtelijke regelgeving opnieuw in beginsel worden gerespecteerd, maar – gelet op de bijzondere aard van de

¹²⁷⁷ K. GEENS en L. VAN BEVER, "Bestuur en controle in de intercommunale en het autonoom gemeentebedrijf" in S. BAETEN, K. BYTTEBIER en K. LEUS (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2000, (129) 139-140.

¹²⁷⁸ Art. 4 van het decreet van 5 december 1996 betreffende de Waalse intercommunales, BS 7 februari 1997.

intergemeentelijke vereniging – zijn er afwijkingen mogelijk in de intergemeentelijke statuten.¹²⁷⁹ Recent benadrukte de minister van Lokaal Bestuur dat "[l]e Code de la démocratie locale et de la décentralisation (CDLD) (...) expressément que le régime qu'il organise est spécial par rapport au régime général du droit fédéral des sociétés et que celui-ci ne trouvera donc à s'appliquer que pour autant qu'il n'y soit pas dérogé dans le CDLD ou dans les statuts des intercommunales (voir notamment les articles L1512-3 et L1523-1, alinéa 2, du CDLD)" (eigen onderlijning).¹²⁸⁰

247. Brussels Hoofdstedelijk Gewest – Het *Brussels Hoofdstedelijk Gewest* zou zich nog tot in 2018 op de federale wet van 22 december 1986 beroepen, maar besloot om enkel de CVBA-vorm als mogelijke rechtsvorm voor de intercommunale te behouden.¹²⁸¹ Ook hier is de wetgeving met betrekking tot handelsvennootschappen die coöperatieve vennootschappen betreffen van toepassing op de intercommunales voor zover de bepalingen van de ordonnantie en van de statuten hier niet van afwijken wegens de bijzondere aard van de vereniging.¹²⁸²

248. Vlaamse Gewest – Het *Vlaamse Gewest* zette in 2001 de stap om qua rechtsvorm te breken met het verleden en dus ook met de andere gewesten. Samengevat was de kritiek die de Commissie Bestuurlijke Organisatie vooropstelde ten opzichte van de kaderwet van 1986 dat "*de privaatrechtelijke formule (...) oneigenlijk (werd) gebruikt, soms bewust, om aan controle te ontsnappen, maar meestal omdat er geen aangepaste, publiekrechtelijke vormen ter beschikking zijn. Het resultaat is identiek: de bestuursorganisatie wordt minder doorzichtig en verkozen bestuurders hebben minder vat op de hulpstructuren die vanuit de gemeenten groeien.*".¹²⁸³ In het rechtshistorisch

¹²⁷⁹ Art. L1523-1 CDLD.

¹²⁸⁰ Schriftelijke vraag van 11 maart 2019 gesteld door Jean-Charles Luperto aan Valérie De Bue, Minister van Lokaal Bestuur, Huisvesting en Sportinfrastructuur, *Parl.St. W.Parl.*, 2018-19, nr. 173.

¹²⁸¹ Art. 55, eerste lid ordonnantie van 5 juli 2018; zie ook M. DECOCK en S. KEUNEN, "Brussel stelt gemeentelijke bestuursvormen op punt", *De Juristenkrant*, afl. 374, (6) 6.

¹²⁸² Art. 55, tweede lid ordonnantie van 5 juli 2018.

¹²⁸³ Verslag namens de Commissie voor Binnenlandse Aangelegenheden, Huisvesting en Stedelijk Beleid, *Parl.St. VI. Parl.* 2000-01, nr. 565/2, 5.

onderzoek werd al gesteld dat het DIS de diversificatie en de versoepeling van de rechtsvormen vooropstelde.¹²⁸⁴ Het idee waarbij vennootschapsvormen uit het privaatrecht het vertrekpunt zijn voor de rechtsvorm, werd verlaten. De creatie van vier nieuwe *sui generis*-rechtsvormen was een feit: de interlokale vereniging, de projectvereniging, de dienstverlenende vereniging en de opdrachthoudende vereniging zagen het levenslicht.¹²⁸⁵

Toch was er ook hier sprake van een hybride vormgeving en niet van een zuiver publiekrechtelijke rechtsvorm. De bepalingen van het Wetboek van vennootschappen die golden voor de CVBA werden immers suppletief van toepassing verklaard voor al wat niet uitdrukkelijk was geregeld in het DIS.¹²⁸⁶ Een interessante bemerking die de Hoge Raad voor Binnenlands Bestuur daarbij maakte, is dat *"een consequente lijn met de filosofie van de OCMW-verenigingen zou (...) zijn dat intercommunales voor alles wat het decreet niet regelt, terugvallen op het gemeentelijke regime."*¹²⁸⁷ Volgens de artikelsgewijze toelichting *"[is][d]e verwijzing naar de vennootschappenwet (...) niettemin noodzakelijk omdat een aantal bepalingen toepasselijk blijven, bv. op het vlak van de vereffening. Terzake is de keuze gevallen op de coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid omdat deze rechtsvorm het best overeenstemt met de structuur van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden."*¹²⁸⁸ De minister van Binnenlandse Aangelegenheden wou met de omzendbrief BA 2003/09 van 18 juli 2003 betreffende de toepassing van artikel 11 van het DIS, een leidraad aanreiken en eenvormigheid nastreven bij de toepassing van dit artikel. Dit wou hij doen door een aantal CVBA-bepalingen voor te schrijven die verplicht en vrijblijvend zijn na te leven door de dienstverlenende en

¹²⁸⁴ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 4; zie ook Regeringsverklaring van de Vlaamse regering, *Parl.St.* VI.Parl. 13 juli 1999, nr. 33/1, 18.

¹²⁸⁵ In 2016 kwam daar de opdrachthoudende vereniging met private deelname bij, ingevoegd door art. 3, §2 van het decreet van 13 mei 2016 tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005, *BS* 17 juni 2016.

¹²⁸⁶ Art. 11, derde lid DIS.

¹²⁸⁷ Advies van de Hoge Raad voor Binnenlands Bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 68.

¹²⁸⁸ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 13.

opdrachthoudende vereniging.¹²⁸⁹ Het staat de dienstverlenende en opdrachthoudende verenigingen bovendien vrij om ook andere bepalingen van het (intussen opgeheven) Wetboek van Vennootschappen toe te passen zolang zij niet in strijd zijn met de eigen decretale regeling, aldus de omzendbrief.¹²⁹⁰

Tegenwoordig is er in het Vlaamse Gewest nog steeds sprake van een hybride en 'pluriforme samenwerkingsregeling' waarbij de gemeenten vrij kunnen kiezen uit een reeks intergemeentelijke samenwerkingsvormen naargelang hun intenties.¹²⁹¹ In de eerste plaats is er de mogelijkheid om een intergemeentelijk samenwerkingsverband zonder rechtspersoonlijkheid en zonder beheersoverdracht op te richten om een welbepaald project van gemeentelijk belang te verwezenlijken: een interlokale vereniging.¹²⁹² Daarnaast is er de keuze tussen vier vormen mét rechtspersoonlijkheid: de projectvereniging, de dienstverlenende vereniging, de opdrachthoudende vereniging en de opdrachthoudende vereniging met private deelname. Kenmerkend aan de eerste twee verenigingen is dat er geen sprake is van beheersoverdracht, terwijl dit wel aanwezig is bij de opdrachthoudende vereniging (met private deelname).¹²⁹³ De vier vormen met rechtspersoonlijkheid onderscheiden zich van elkaar naargelang het type doelstelling dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband nastreeft. De *projectvereniging* heeft tot doel om een duidelijk omschreven project te plannen, uit te voeren en te controleren.¹²⁹⁴ De *dienstverlenende vereniging* heeft tot doel om een duidelijk omschreven ondersteunende dienst te verlenen aan de

¹²⁸⁹ Art. M, I-IV Omzendbrief BA 2003/09 van 18 juli 2003 betreffende de toepassing van artikel 11 van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking, *BS* 19 augustus 2003.

¹²⁹⁰ Art. M, II Omzendbrief BA 2003/09.

¹²⁹¹ De bepalingen zijn opgenomen in het DLB: de interlokale vereniging (art. 392, eerste lid DLB), de projectvereniging (art. 389, §2, 1° DLB), de dienstverlenende vereniging (art. 389, §2, 2° DLB) en de opdrachthoudende vereniging (met private deelname) (art. 389, §2, 3°-4° DLB).

¹²⁹² Art. 392, eerste lid DLB.

¹²⁹³ Wat beheersoverdracht precies inhoudt, werd verduidelijkt in art. 12, §1, tweede lid DIS: "*Onder beheersoverdracht wordt verstaan het toevertrouwen door de deelnemende gemeenten aan het samenwerkingsverband van de uitvoering van door hen genomen beslissingen in het kader van zijn doelstellingen, in die zin dat de deelnemende gemeenten zich het recht ontfangen zelfstandig of samen met derden dezelfde opdracht uit te voeren.*".

¹²⁹⁴ Art. 389, §2, 1° DLB.

deelnemende gemeenten, eventueel voor verschillende beleidsdomeinen.¹²⁹⁵ De *opdrachthoudende vereniging (met private deelname)* is ten slotte een samenwerkingsverband met beheersoverdracht waaraan de deelnemende gemeenten de uitvoering van één of meer duidelijk omschreven bevoegdheden met betrekking tot één of meer beleidsdomeinen toevertrouwen.¹²⁹⁶ Recent voerde artikel 92, 3° van het decreet van 16 juli 2021 tot wijziging van diverse decreten, wat betreft versterking van de lokale democratie, nog een wijziging door. Voortaan geeft artikel 397, derde lid van het DLB een suppletieve rol aan de nieuwe CV-bepalingen in het WVV. De intussen behoorlijk achterhaalde omzendbrief BA 2003/09 van 18 juli 2003 is nog steeds van toepassing, ondanks de intentie om een geüpdatete versie aan te nemen.¹²⁹⁷

249. Geen private rechtsvorm – Samengevat doet de bevoegde wetgever sinds het ontstaan van een wettelijk kader omtrent intergemeentelijke samenwerking (in meer of mindere mate) beroep op het privaatrecht om de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden vorm te geven. De *ratio legis* van die hybride vormgeving is om de werking van de intercommunale te vergemakkelijken, zonder dat dit een impact heeft op haar aard en karakter en zonder dat dit van het intergemeentelijk samenwerkingsverband een handelsvennootschap maakt.¹²⁹⁸ Zoals HAUTPENNE het verwoordt: "*Het betreft hier dus geen*

¹²⁹⁵ Art. 389, §2, 2° DLB.

¹²⁹⁶ Art. 389, §2, 3°-4° DLB.

¹²⁹⁷ De Vlaamse werkgroep die is samengesteld om de gevolgen te onderzoeken van de nieuwe vennootschapswetgeving, besliste in ieder geval al om het onderscheid tussen de verplicht en de niet-verplicht toepasselijke bepalingen te behouden. De verplicht toepasselijke bepalingen zouden de jaarrekening, de inbreng van geldsommen door deelnemers, de keuze van woonplaats, de commissarissen, de hoedanigheid van de vertegenwoordiger van het samenwerkingsverband, de vereffening, het vast en maatschappelijk kapitaal en de quasi-inbreng, de vennootschapsvordering en de minderheidsvordering, de aandelen van het samenwerkingsverband, het reservefonds en de herstructurering van de samenwerkingsverbanden betreffen. De niet-verplicht toepasselijke bepalingen regelen de authenticiteit en de neerlegging van akten, X., "De gevolgen van de nieuwe vennootschapswetgeving voor de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in Vlaanderen", te raadplegen op www.matconnect.be.

¹²⁹⁸ In de regelgeving omtrent intergemeentelijke samenwerking zijn er trouwens niet enkel uitdrukkelijke, maar ook impliciete 'infiltraties' het vennootschapsrecht terug te vinden, zoals onder meer naar voren komt in hun interne organisatie: "*Voorbeelden van dit 'gekleurd gebruik' van het privaatrecht zijn vooral terug te vinden in bepalingen betreffende de structuur, de samenstelling en werking van de bestuursorganen. Zo stelt het decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking naar het voorbeeld van de regelgeving betreffende de naamloze vennootschappen (artikel 527 e.v. Wetboek*

vennootschap in de zin van het burgerlijk recht of het handelsrecht. Het gaat hier om een vereniging die beheerst wordt door het administratief recht, dat echter een beroep gedaan heeft op de voorschriften van het handelsrecht omdat [de wet] zelf geen volledige regeling heeft uitgewerkt."¹²⁹⁹ De wetgever in 1986 en de Vlaamse, Waalse en Brussels Hoofdstedelijke regelgever gingen niet opnieuw in op de *ratio legis* ervan, maar namen de hybride wetgevingstechniek voor de vormgeving enigszins 'blindelings' over.

Hoewel het erop lijkt dat de Vlaamse wetgever kiest voor de uitwerking van 'publiekrechtelijke rechtsvormen', en de Waalse en Brussels Hoofdstedelijke wetgever voor 'privaatrechtelijke rechtsvormen', is het verhaal wel genuanceerder. Eigenlijk voorzien de drie gewesten dat het federale vennootschapsrecht enkel van toepassing is op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zolang er niet van wordt afgeweken in het DLB, de CDLD, de ordonnantie van 5 juli 2018, of in de statuten van de intercommunales. Waar er op het eerste gezicht fundamentele verschillen lijken te bestaan tussen de gewesten wat de rechtsvorm van de intercommunale betreft, valt dit bij nader inzien dus mee. Het verschil is louter dat het vennootschapsrecht in het Waalse en Brussels Hoofdstedelijk Gewest *principieel* en in het Vlaamse Gewest *aanvullend* van toepassing is verklaard. De Vlaamse decreetgever heeft met andere woorden meer bepalingen in het DLB opgenomen (de *sui generis*-vormgeving is uitgebreider geregeld) en benadrukt tegelijkertijd dat de rechtsvormen *sui generis* zijn door ze een eigen benaming te geven (nl. projectvereniging, dienstverlenende vereniging, opdrachthoudende vereniging).

Vennootschappen) voor de dienstverlenende en opdrachthoudende verenigingen twee verplichte organen in: een algemene vergadering en een raad van bestuur (artikel 43 decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking). (...) De samenstelling en de werking van die organen zijn echter aangepast aan het publiekrechtelijk statuut van de verenigingen." in F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 103; "De gekozen juridische vorm van de intercommunale is enkel een middel en geen doel" in K. LEUS en J. DEBIÈVRE, "De gemeente en de publiek-private samenwerking" in S. VANSTEENKISTE en L. VENY (eds.), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, (61) 141, vn. 289 met verwijzing naar J. SAROT, "Le contrat, instrument d'organisation des services publics", *Adm.Publ.* 1977, 100.

¹²⁹⁹ P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 61.

In hun bijdrage over de naamloze vennootschap van publiek recht stellen CORNELIS, DE KEYSER, D'HOOGHE en VANDENDRIESSCHE op analoge wijze dat "*het inhoudelijk (...) niet veel verschil [lijkt] te maken of de overheid een rechtspersoon opricht als of omvormt tot een N.V. en daarna de (publiekrechtelijke) uitzonderingen op dit algemene statuut bepaalt, dan wel eerst de bijzondere regels vastlegt en vervolgens de op de N.V. betrekking hebbende bepalingen subsidiair van toepassing verklaart.*"¹³⁰⁰

Voor het overige is er in de drie gewesten sprake van een hybride *sui generis*-rechtsvorm die niet zijn in te passen in één van de bestaande vennootschaps- of verenigingsvormen uit het privaatrecht waar er een *numerus clausus* of 'typendwang' geldt.¹³⁰¹ Met andere woorden: de vereniging van gemeenten neemt geen (zuiver) private rechtsvorm aan en *is* ook geen NV, CV of CVBA, maar draagt enkel in meer en mindere mate 'het kleedje' van een NV of CVBA. Dat de suppletieve verwijzing naar het privaatrecht van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geen NV, CV, of CVBA maakt, volgt bovendien uit onderstaande overwegingen.¹³⁰²

- 1) **Grondslag in (dwingende) positiefrechtelijke regelgeving** – Zoals DURVIAUX en GABRIEL het treffend formuleren nemen de intercommunales "*un 'costume' de droit privé*" aan, maar ontlenen ze hun rechtspersoonlijkheid aan de gewestelijke regelgeving en niet aan het WVV.¹³⁰³ De gemeenten richten de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden immers op grond van de organieke regelgeving

¹³⁰⁰ L. CORNELIS, E. DE KEYSER, D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, "De N.V. van publiek recht" in S. BAETEN, K. BYTTEBIER, K. LEUS (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen, Maklu, 2000, (63) 75.

¹³⁰¹ R. HOUBEN en H. BRAECKMANS, *Handboek vennootschapsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2011, 140.

¹³⁰² Zie voor de Vlaamse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden o.a. M. VERHULST, *Eerste hulp bij intergemeentelijke samenwerking. Editie 2019*, Brugge, Vanden Broele, 2019, 35-36; het feit dat een intercommunale in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest geen CVBA-vorm aanneemt of CVBA *is*, blijkt bijvoorbeeld uit de kwalificatie van de MIVB als "*publiekrechtelijke vennootschap met sociaal oogmerk met andere rechtsvorm*" op de Trends top-website, zie <https://trendstop.knack.be/nl/detail/247499953/m-i-v-b-.aspx>.

¹³⁰³ A.-L. DURVIAUX en I. GABRIEL, *Droit administratif – Tome 2*, Brussel, Larcier, 2012, 108-109.

op en niet op grond van het privaatsrecht (nl. het WVV). De grondslag is met andere woorden te vinden in een specifieke (dwingende) positiefrechtelijke regelgeving, nl. de intercommunale wetgeving, en *niet* in het private vennootschaps- en verenigingsrecht. Hierdoor kiezen gemeenten voor 'de publiekrechtelijke weg' in het leerstuk van de (organisatierechtelijke) tweewegenleer¹³⁰⁴ – en ze mógen zich zelfs niet op het private vennootschapsrecht beroepen om een intergemeentelijke vennootschap of vereniging op te richten (zie *infra* 2.4.).

- 2) **Voldoen niet aan definitie private vennootschap en afwijking van (dwingende) bepalingen** – De intercommunales *zijn geen private vennootschappen*, aangezien ze niet voldoen aan de definitie van vennootschap¹³⁰⁵, naamloze vennootschap¹³⁰⁶ of coöperatieve vennootschap¹³⁰⁷ (met beperkte aansprakelijkheid) – definities die waren opgenomen in de intussen opgeheven Wetboek van Vennootschappen¹³⁰⁸

¹³⁰⁴ D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 151; F. VANDENDRIESSCHE, "Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2007, afl. 1, (27) 27; J. VANPRAET, *De latente staatsvorming*, Brugge, die Keure, 2011, 457.

¹³⁰⁵ Art. 1:1 WVV: "Een vennootschap wordt opgericht bij een rechtshandeling door één of meer personen, vennoten genaamd, die een inbreng doen. Zij heeft een vermogen en stelt zich de uitoefening van één of meer welbepaalde activiteiten tot voorwerp. Een van haar doelen is aan haar vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel uit te keren of te bezorgen."

¹³⁰⁶ Art. 7:1 WVV: "De naamloze vennootschap is een vennootschap met een kapitaal en waarin de aandeelhouders slechts hun inbreng verbinden."

¹³⁰⁷ Art. 6:1, §1 WVV: "De coöperatieve vennootschap heeft tot voornaamste doel aan de behoeften van haar aandeelhouders dan wel derde belanghebbende partijen te voldoen en/of hun economische en sociale activiteiten te ontwikkelen, onder meer door met hen overeenkomsten te sluiten over de levering van goederen, de verrichting van diensten of de uitvoering van werken in het kader van de activiteit die de coöperatieve vennootschap uitoefent of laat uitoefenen. De coöperatieve vennootschap kan tevens tot doel hebben aan de behoeften van haar aandeelhouders of haar moederverenootschappen en hun aandeelhouders dan wel hun derde belanghebbende partijen te voldoen, al dan niet via de tussenkomst van dochtervennootschappen. Zij kan tevens tot doel hebben hun economische en/of sociale activiteiten te bevorderen middels een deelneming in één of meer andere vennootschappen. (...)".

¹³⁰⁸ Art. 1 Wetboek van Vennootschappen van 7 mei 1999 (opgeheven): "Een vennootschap wordt opgericht door een contract op grond waarvan twee of meer personen overeenkomen iets in gemeenschap te brengen met als doel één of meer nauwkeurig omschreven activiteiten uit te oefenen en met het oogmerk aan de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te bezorgen. In de gevallen bepaald in dit wetboek, kan zij worden opgericht door een rechtshandeling uitgaande van één

en in gewijzigde zin vervat zijn in het WVV. Aangezien hun juridische vormgeving louter is gebaseerd op de NV, CV of CVBA, moeten intergemeentelijke samenwerkingsverbanden ook niet voldoen aan de definitie van NV, CV, of CVBA.¹³⁰⁹

3) **Afwijking op (dwingende bepalingen) vennootschapsrecht** –

Bovendien voorziet de organieke regelgeving afwijkingen op de (dwingende) bepalingen van het vennootschapsrecht en kan er in de statuten ook van worden afgeweken – iets wat uiteraard niet mogelijk is voor een entiteit die een NV, CV of CVBA is.¹³¹⁰ Zo moet een CV bijvoorbeeld *"op straffe van (materiële) nietigheid drie geldig verbonden oprichters tellen (art. 6:3 WVV). Het pluraliteitsvereiste blijft voor die vennootschapsvormen dus gelden, overigens ook wat hun geldig*

persoon die goederen bestemt tot één of meer nauwkeurig omschreven activiteiten. In de gevallen bepaald in dit wetboek kan de vennootschapsakte bepalen dat de vennootschap niet is opgericht met het oogmerk aan de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te bezorgen.";

Art. 437 Wetboek van Vennootschappen van 7 mei 1999 (opgeheven): *"De naamloze vennootschap is een vennootschap waarin de aandeelhouders slechts een bepaalde inbreng verbinden."*;

Art. 350 van het Wetboek van Vennootschappen van 7 mei 1999 (opgeheven): *"De coöperatieve vennootschap is een vennootschap die is samengesteld uit een veranderlijk aantal vennoten met veranderlijke inbrengen."* jo. art. 352, tweede lid van het Wetboek van Vennootschappen van 7 mei 1999 (opgeheven): *"(...) wanneer de coöperatieve vennootschap kiest voor de beperkte aansprakelijkheid, staan de vennoten slechts in voor de schulden van de vennootschap ten belope van hun inbrengen en draagt zij de naam van coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid."*

¹³⁰⁹ W. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2016, 100-101.

¹³¹⁰ In dit opzicht kan de indeling van DE GROOT in twijfel worden getrokken, als de auteur stelt dat *"[d]eze hybride rechtsvormen (...) potentieel zowel in de publiekrechtelijke als de privaatrechtelijke weg voor[komen]: via de gedeeltelijke toepassing van het privaatrechtspersonenrecht in de publiekrechtelijke weg en via afwijkingen van het privaatrechtspersonenrecht in de privaatrechtelijke weg (in de statuten of in een overeenkomst met de private rechtspersoon). De mogelijkheid voor de overheid om een rechtspersoon van de privaatrechtelijke weg een hybride rechtsvorm te geven, is echter gecontesteerd."* in M. DE GROOT, *Overheidstoezicht op private rechtspersonen belast met taken van openbare dienst*, Brugge, die Keure, 2018, 46. Naar mijn mening zal een overheidsrechtspersoon die wordt opgericht op grond van de privaatrechtelijke weg moeten voldoen aan alle bepalingen van het private rechtspersonenrecht (lees: het WVV), net gelet op de *numerus clausus* of de typendwang die er in het private vennootschapsrecht heerst. Afwijkingen hierop zijn mogelijk (cf. *qui peut le plus, peut le moins*), maar de kleinste afwijking op het WVV zorgt ervoor dat de entiteit een *sui generis*-rechtsvorm aanneemt waarvoor er een specifieke wettelijke regelgeving zal moeten bestaan.

voortbestaan betreft".¹³¹¹ Een intergemeentelijk samenwerkingsverband kan daarentegen evengoed uit slechts twee gemeenten-oprichters bestaan.

- 4) **Federale wetgever onbevoegd voor intercommunale (opgericht door gemeenten)** – De federale bevoegdheid voor het vennootschaps- en verenigingsrecht is beperkt tot "*de door de federale overheid limitatief vastgelegde types van vennootschappen en verenigingen die private personen kunnen oprichten*".¹³¹² Een wezenskenmerk van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden is echter dat ze worden opgericht door twee of meer *gemeenten* – m.a.w. geen private rechtspersonen, maar *publieke* rechtspersonen. In het licht van de bevoegdheidsverdelende regels, werkt de bevoegdheid van de federale wetgever niet automatisch door op de entiteiten die zijn opgericht door de gemeenten en vinden de bepalingen van het vennootschapsrecht dan ook in principe geen automatische toepassing op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden – en dus ook de dwingende bepalingen niet.¹³¹³ De dwingende bepalingen van het vennootschapsrecht zullen bijgevolg enkel toepassing vinden op het intergemeentelijk samenwerkingsverband indien dit uitdrukkelijk (ev. op dynamische wijze) is bepaald door de decreet- of ordonnantiegever, of door de deelnemende gemeenten in de

¹³¹¹ A. FRANÇOIS en F. HELLEMANS, *Het WVV doorgelicht*, Mortsel, Intersentia, 2021, 6-7.

¹³¹² "*De federale bevoegdheid inzake het vennootschaps- en verenigingsrecht is beperkt tot het 'gemeen' vennootschaps- en verenigingsrecht, zijnde het recht dat de wijze bepaalt waarop private personen vennootschappen en verenigingen kunnen oprichten. Het omvat met andere woorden de regels die van toepassing zijn op de door de federale overheid limitatief vastgelegde types van vennootschappen en verenigingen die private personen kunnen oprichten*." (eigen onderlijning), in J. VANPRAET, *De latente staatsvorming*, Brugge, die Keure, 2011, 479 en 446-452.

¹³¹³ Zie omtrent de aard van de oprichters als criterium in het licht van de heterogeniteit van de begrippen 'publieke' en 'private' rechtspersoon, M. DE GROOT, *Overheidstoezicht op private rechtspersonen belast met taken van openbare dienst*, Brugge, die Keure, 2018, 37-38; zie ook: "*De verwijzing naar een tekst, vastgesteld door een regelgever van een ander niveau, wordt het best achterwege gelaten. Gebeurt een dergelijke verwijzing toch, dan kan hierin vanzelfsprekend generlei afstand of overdracht van bevoegdheid door de ene regelgever ten gunste van de andere worden gezien*." (eigen onderlijning) in H. COREMANS, M. VAN DAMME, J. DUJARDIN, B. SEUTIN en G. VERMEYLEN, *Beginnelen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2016, 158.

statuten van het intergemeentelijk samenwerkingsverband zelf.¹³¹⁴ In de huidige organieke regelgeving is er sprake van dergelijke suppletieve verwijzing.

De intergemeentelijke samenwerkingsverbanden nemen een hybride *sui generis*-rechtsvorm aan waarbij op suppletieve wijze wordt teruggegrepen naar het federale vennootschapsrecht.¹³¹⁵ De decreetgever lijkt dan ook ten onrechte te veronderstellen dat de vennootschapswetgeving in ieder geval doorwerkt naar de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en dat hij (nl. de decreetgever) zonder meer genoodzaakt is om aanpassingen aan het organiek kader door te voeren.¹³¹⁶ Zo stelde de Vlaamse decreetgever in het voorontwerp van decreet tot

¹³¹⁴ Dit is bijvoorbeeld het geval bij de extern verzelfstandigde agentschappen: op grond van artikel III.14 van het Bestuursdecreet zijn "[d]e privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen (...) de rechtspersonen waarvan de rechtsvorm volledig in overeenstemming is met de dwingende bepalingen van het private vennootschaps- of verenigingsrecht". Van zodra een afwijking op de dwingende regels van het WVV wordt gemaakt, moeten de entiteiten het statuut aannemen van een publiekrechtelijk extern verzelfstandigd agentschap. Op grond van artikel III.7 van het Bestuursdecreet zijn "de publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen (...) rechtspersonen waarvan de rechtsvorm niet in overeenstemming is met de dwingende bepalingen van het private vennootschaps- of verenigingsrecht. De publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen worden opgericht bij decreet." (eigen onderlijning). Indien de organieke wetgever niet zou bepalen dat de dwingende bepalingen van het vennootschapsrecht van toepassing zijn op de privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen, dan zouden deze net zoals op de intercommunales – gelet op de bevoegdheidsverdelende regels en de hierboven vermelde uitzetting – niet dwingend van toepassing zijn. Ondanks het feit dat de extern verzelfstandigde agentschappen in privaatrechtelijke vorm volledig overeenstemmen met de dwingende bepalingen van het vennootschapsrecht, is het weinig waarschijnlijk dat ze tegelijkertijd een private vennootschap zijn. Ondanks hun private rechtsvorm (een vorm die bovendien méér privaat is vormgegeven dan de intercommunale omdat de vormgeving niet hybride is maar enkel het vennootschapsrecht wordt gehanteerd), blijven deze entiteiten extern verzelfstandigde agentschappen – net gelet op grondslag waarop ze zijn opgericht (nl. het Bestuursdecreet, cf. 'de publiekrechtelijke weg' in de organisatierechtelijke tweewegenleer) en de bevoegdheid van de federale wetgever die beperkt is tot entiteiten opgericht door *private* rechtspersonen.

¹³¹⁵ "Publiekrechtelijk vormgegeven rechtspersonen zijn rechtspersonen met een *sui generis*-rechtsvorm. Privaatrechtelijk vormgegeven rechtspersonen zijn rechtspersonen die zijn ingericht overeenkomstig het *privaat rechtspersonenrecht*" in M. DE GROOT, *Overheidstoezicht op private rechtspersonen belast met taken van openbare dienst*, Brugge, die Keure, 2018, 42.

¹³¹⁶ Niet enkel de decreetgever, maar ook bepaalde rechtsleer stelt dit voorop, bv.: "Les intercommunales seront donc directement impactées par cette réforme d'envergure, notamment quant à la forme qu'elles peuvent prendre mais également en tant que détentrices de parts dans d'autres sociétés." in X., "Journées d'études – intercommunales. Nouvelles règles encadrant la gouvernance et l'éthique le nouveau code des sociétés et des associations quels impact pour les intercommunales?",

wijziging van diverse decreten wat betreft versterking van de lokale democratie in artikel 98 dat de vereiste om een minimumkapitaal aan te houden voor de opdrachthoudende en dienstverlenende verenigingen wordt opgeheven "omdat coöperatieve vennootschappen volgens het Wetboek van vennootschappen en verenigingen niet meer moeten beschikken over een minimumkapitaal. Tevens wordt de verplichting van artikel 6:9 WVV, tot het volledig volstorten van de inbrengen bij aanvang tenzij de statuten anders bepalen, in een vijfde lid aan artikel 451 toegevoegd".¹³¹⁷ Artikel 94 van het decreet van 16 juli 2021 tot wijziging van diverse decreten, wat betreft versterking van de lokale democratie, heft het tweede en derde lid van artikel 410 van het DLB op "omdat het Wetboek van vennootschappen en verenigingen van 23 maart 2019 deze verplichtingen met betrekking tot het vast kapitaal niet langer oplegt". Met artikel 101 van decreet van 16 juli 2021 wijzigt de Vlaamse decreetgever artikel 457 van het DLB in de zin dat het "de bepaling van artikel 6:119 Wetboek van vennootschappen en verenigingen overneemt". De decreetgever lijkt te vergeten dat hij in artikel 397, derde lid van het DLB voorzien heeft dat vennootschapsrechtelijke bepalingen die gelden voor de CVBA slechts van toepassing zijn "voor alles wat niet uitdrukkelijk geregeld is in deze titel". De decreetgever hoeft deze bepalingen met andere woorden niet aan te passen, hij kan evengoed blijven voorzien dat de opdrachthoudende en dienstverlenende vereniging over een minimumkapitaal moeten beschikken, indien hij dit bijvoorbeeld aangewezen zou vinden.

Ook de Waalse decreetgever lijkt een onnodig groot belang te hechten aan het nieuwe vennootschapsrecht.¹³¹⁸ De minister van Lokaal Bestuur antwoordde op een schriftelijke vraag omtrent de impact van het WVV op intergemeentelijke samenwerkingsverbanden dat "[à] partir du 1^{er} janvier 2020 (ou publication de modification statutaire si opt in) certaines dispositions impératives seront toutefois applicables (clauses contraires réputées non écrites). Par conséquent, il

Mouv.comm. 2018, afl. 926, (16) 17, zie <https://www.uvcw.be/intercommunalite/articles/art-1396>.

¹³¹⁷ MvT bij het voorontwerp van decreet tot wijziging van diverse decreten wat betreft versterking van de lokale democratie, Vlaamse Regering 2021, nr. 0468/349.

¹³¹⁸ Zie bijvoorbeeld het antwoord op de schriftelijke vraag van 11 maart 2019 gesteld door Jean-Charles Luperto aan Valérie De Bue, minister van Lokaal Bestuur, Huisvesting en Sportinfrastructuur, *Parl.St. W.Parl.*, 2018-19, nr. 173.

est recommandé aux intercommunales existantes d'adapter leurs statuts aux nouvelles dispositions du CDSA idéalement dès prochaine modification des statuts ou, au plus tard, avant le 1er janvier 2024" (eigen onderlijning).¹³¹⁹ Dat de decreetgever de terminologie van de CDLD wil afstemmen op die van het WVV is begrijpelijk.¹³²⁰ Toch bepaalt, zoals de minister van Lokaal Bestuur het formuleert, "[I]e Code de la démocratie locale et de la décentralisation (CDLD) (...) expressément que le régime qu'il organise est spécial par rapport au régime général du droit fédéral des sociétés et que celui-ci ne trouvera donc à s'appliquer que pour autant qu'il n'y soit pas dérogé dans le CDLD ou dans les statuts des intercommunales (voir notamment les articles L1512-3 et L1523-1, alinéa 2, du CDLD)" (eigen onderlijning).¹³²¹ Net zoals bij de Vlaamse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, is het federale vennootschapsrecht enkel van toepassing op de Waalse intercommunales zolang er niet van wordt afgeweken in de CDLD of in de statuten van de intercommunales. Dit betekent dat ook de Waalse decreetgever niet verplicht is om de bepalingen in de CDLD aan te passen aan het WVV. De Waalse decreetgever heeft een volledige bevoegdheid terzake, en kan (zelfs fundamentele) afwijkingen voorzien op het federale vennootschapsrecht. Zoals in DEEL III zal blijken, kunnen dergelijke afwijkingen trouwens gebeuren zonder dat de voorwaarden van de impliciete bevoegdheden moeten zijn vervuld (*infra* nr. 252 e.v., het evenredigheidsbeginsel dient wel te worden gerespecteerd).¹³²²

¹³¹⁹ Schriftelijke vraag van 11 maart 2019 gesteld door Jean-Charles Luperto aan Valérie De Bue, minister van Lokaal Bestuur, Huisvesting en Sportinfrastructuur, *Parl.St. W.Parl.*, 2018-19, nr. 173.

¹³²⁰ "La terminologie employée dans le CDLD devra être alignée sur celle du CDSA (...)" in schriftelijke vraag van 11 maart 2019 gesteld door Jean-Charles Luperto aan Valérie De Bue, minister van Lokaal Bestuur, Huisvesting en Sportinfrastructuur, *Parl.St. W.Parl.*, 2018-19, nr. 173.

¹³²¹ Schriftelijke vraag van 11 maart 2019 gesteld door Jean-Charles Luperto aan Valérie De Bue, Minister van Lokaal Bestuur, Huisvesting en Sportinfrastructuur, *Parl.St. W.Parl.*, 2018-19, nr. 173.

¹³²² In dit verband is nog te wijzen op twee arresten van de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, uit december 2021. In deze arresten werd gesteld dat de Nationale Bank van België een naamloze vennootschap is. Het feit dat "om redenen van de haar toevertrouwde opdrachten en rol een aantal (zelfs fundamentele) afwijkingen van het gemeen vennootschapsrecht [zijn] opgenomen (...) in de wet van 22 februari 1998 op het vlak van de stemrechten van de in de algemene vergadering verenigde aandeelhouders en hun deelname in de winst, ontnemt haar niet het karakter van een (naamloze) vennootschap." (eigen onderlijning). Volgens de Raad van State zijn "(d)e bepalingen betreffende de naamloze vennootschappen (...) overeenkomstig artikel 2, tweede lid, van de organieke wet van 22 februari 1998 van

Voor de volledigheid is het nog te vermelden dat de bezorgdheid die in 1986 werd geuit tijdens de voorbereiding van de kaderwet over de conformiteit van het wetsontwerp met de handelsvennootschapswetten en met het Unierecht in dit opzicht onterecht was. Het bezwaar dat in dit kader opdook is dat artikel 5 van de kaderwet in strijd zou zijn met onder meer de EEG-richtlijnen inzake vennootschapsrecht in zoverre er wordt voorzien dat voor de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden uitzonderingen op het gemeen recht mogelijk zijn via statutaire bepalingen.¹³²³ Aangezien de intercommunale geen NV of CVBA is, zou de toepassing van onder meer het Verdrag tot oprichting van de EEG op het intergemeentelijk samenwerkingsverband niet voortvloeien uit het feit dat de intercommunale een private rechtsvorm zou hebben/een private vennootschap of vereniging zou zijn, *quod non*, maar uit het feit dat "*de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen*" als 'vennootschappen' worden begrepen en op die manier aan het toepassingsgebied van de Richtlijn zijn onderworpen op grond van het toenmalig artikel 58, tweede lid van het Verdrag tot oprichting van de EEG. Maar, aangezien een intercommunale (althans in theorie) geen winst beoogt, zal de Europese richtlijn niet doorwerken. Volgens mij zal een Europese richtlijn enkel doorwerken

aanvullende toepassing. Een dergelijke verwijzingsregel slaat ook op artikel 2:44 van het WVV, waarvan zoals hiervoor reeds is uiteengezet, niet wordt afgeweken in de wet van 22 februari 1998, noch in de statuten.". Het verschil met de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden is evenwel dat het feit dat de Nationale Bank van België "*de rechtsvorm heeft aangenomen van een naamloze vennootschap (...) niet alleen uitdrukkelijk [blijkt] uit artikel 1, laatste lid, van de statuten van de verwerende partij doch ook uit de regelgeving zelf. Bij artikel 1017 (...) van het wetboek van vennootschappen (...), werd de verwerende partij ermee gelast haar statuten te wijzigen (...) teneinde daarin 'haar hoedanigheid te vermelden van naamloze vennootschap die een openbaar beroep op het spaarwezen doet of heeft gedaan'.*" (eigen onderlijning), zie RvS 20 december 2021, nr. 252.483, overw. 6 e.v. en RvS 21 december 2021, nr. 252.492, overw. 14 e.v.

¹³²³ Zie hiervoor o.a. het Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 125/11, 52-53; zie ook datzelfde verslag pagina 11-12 en *supra*; zie over de problematiek van de primauteit van het Unierecht en de mogelijke schending van de kaderwet van Europese richtlijnen omtrent vennootschapsrecht: Adv.RvS nr. 25.379/2 van 9 september 1996 over *les amendements au projet de décret relatif aux intercommunales wallonnes*, advies t.a.v. het amendement op artikel 4; zie hieromtrent ook J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales*, Brussel, Nemesis, 1988, 93-102; D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 212-213 en 217; F. VANDENDRIESSCHE en S. BAETEN, "Oprichting van rechtspersonen en participaties" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De transversale bevoegdheden in het federale België*, Brugge, die Keure, 2017, (268) 280-281.

op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden indien het toepassingsgebied niet is beperkt tot private vennootschappen, maar ook het intergemeentelijk samenwerkingsverband omvat.¹³²⁴

250. Samengevat – De intergemeentelijke samenwerkingsverbanden krijgen een speciaal en uniek juridisch regime waarbij de NV, CV, of CVBA louter als basis ter vergemakkelijking van de werking wordt gehanteerd. De op het eerste gezicht 'private' rechtsvorm en het gebruik van eenzelfde terminologie, kan geruststellend werken voor (private) partners en 'klanten' van de intercommunale, maar het feit dat het Waalse decreet en de Brussels Hoofdstedelijke ordonnantie inschrijven dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden een (zuivere) NV-vorm of CVBA-vorm aannemen terwijl dit niet zo is, is misleidend voor iedereen die met een intergemeentelijk samenwerkingsverband in aanraking komt. Waar de dynamische verwijzing vroeger (vóór de regionalisering van de bevoegdheid omtrent intergemeentelijke samenwerking) nog een verwijzing naar hetzelfde federale bevoegdheidsniveau betrof, is het zoals hieronder zal blijken een bijkomende moeilijkheid dat de gewestelijke regelgever op vandaag verwijst naar het federale niveau. In het rechtshistorisch onderzoek werd BOON al geciteerd, maar de relevantie van het citaat verantwoordt een herhaling: *"Wij zien geen bezwaar tegen een vorm, die een grote technische, commerciële en financiële uitbating in de hand werkt, vermits dit meestal van aard zal zijn aan de belanghebbenden meerdere diensten en goedkopere te kunnen aanbieden. (...) Doch men kan niet nalaten vast te stellen, dat die dupliciteit tussen civiel karakter en commerciële rechtsvorm soms de ware publiekrechtelijke aard der vereniging*

¹³²⁴ Zie bv. art. 1 van de vierde Richtlijn van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen, waarin de "bij deze richtlijn voorgeschreven coördinatiemaatregelen van toepassing zijn op de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de Lid-Staten die betrekking hebben op vennootschappen van de volgende rechtsvorm: in België: de naamloze vennootschap/la société anonyme, de commanditaire vennootschap op aandelen/la société en commandite par actions, de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid/la société de personnes à responsabilité limitée", zie <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:01978L0660-20120410&from=BG>.

*uit het oog doet verliezen en een neiging in de hand werkt om de associatie zelf tot een winstgevende organisatie te doen uitgroeien.”*¹³²⁵

2.2. Bevoegdheidskwestie: decretale afwijkingen op het vennootschaps- en verenigingsrecht

251. BWHI – De defederalisering van de bevoegdheid omtrent intergemeentelijke samenwerking in 1993 en de daaropvolgende gewestelijke initiatieven roepen een aantal vragen op in het leerstuk van de bevoegdheidsverdeling. Mag de deelstatelijke wetgever eigenlijk wel gebruik maken van het federale vennootschaps- en verenigingsrecht bij de vormgeving van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in zijn organieke regelgeving? Of, nog verregaander, mag de deelstatelijke wetgever daarbij *afwijkingen* op die federale bepalingen voorzien? Aan de basis van die vragen ligt het feit dat de BWHI voorziet dat zowel de federale wetgever als de deelstatelijke wetgever bevoegd zijn om organieke wetgeving aan te nemen omtrent de oprichting van rechtspersonen. Er zijn verschillende bevoegdheidsgronden te onderscheiden.

Op grond van artikel 9 van de BWHI kunnen gemeenschappen en gewesten in de aangelegenheden die tot hun materiële bevoegdheid behoren, gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen oprichten of kapitaalsparticipaties nemen. Het decreet (of de ordonnantie) regelt hun oprichting, samenstelling, bevoegdheid, werking en toezicht. De memorie van toelichting bij dit artikel 9 verduidelijkt dat de gemeenschappen en gewesten "*dus rechtspersonen en publiekrechtelijke organen kunnen oprichten, of (kunnen) samenwerken met de privé-sector voor het oprichten van privaatrechtelijke rechtspersonen; zij zullen ook door hun organen kunnen deelnemen in het kapitaal van privaatrechtelijke rechtspersonen.*"¹³²⁶ Dit artikel beoogt in principe de *oprichting* van een rechtspersoon door de gemeenschappen en de gewesten zelf.

¹³²⁵ E. BOON, "Status en rechtsvorm van de intercommunale en super-communale nutsbedrijven, met inbegrip van de status van het personeel", *TBP* 1961, afl. 3-4, (197) 209.

¹³²⁶ MvT bij het wetsontwerp tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, *Parl.St.* Kamer 1988-89, nr. 516/1, 24.

Daarnaast kunnen de gemeenschappen en gewesten ook regelgeving aannemen die andere besturen, zoals provincies en gemeenten, moeten respecteren indien deze laatsten op hun beurt overgaan tot de oprichting van een rechtspersoon. In dit geval richt de gemeenschap of het gewest dus niet zélf een entiteit op, maar bepaalt ze op generieke wijze hoe een ander bestuur een entiteit dient op te richten en vorm te geven. Wat de intergemeentelijke samenwerking betreft, beroepen de gewesten zich niet op artikel 9 van de BWHI om een organieke regelgeving uit te vaardigen. In artikel 6, §1, VIII, 8° van de BWHI is er immers een autonome bevoegdheidsgrond vervat die de gewesten de generieke bevoegdheid verleent voor de verenigingen van provincies, bovengemeentelijke besturen en gemeenten tot nut van het algemeen, met uitzondering van het door de wet georganiseerde specifieke toezicht inzake brandbestrijding. Op grond van dit artikel kunnen de gewesten het statuut van de intergemeentelijke samenwerkingsvormen bepalen.¹³²⁷ De bevoegde wetgever mocht de organieke regelgeving op intergemeentelijke samenwerking zoals vervat in het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018, aannemen op basis dit artikel. Het grondwettelijk verenigingsrecht voor gemeenten is bovendien verankerd in artikel 41 *juncto* artikel 162, vierde lid van de Grondwet.¹³²⁸ Vervolgens kunnen gemeenten op grond van een samenlezen van deze wettelijke grondslagen op hun beurt overgaan tot de creatie van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.

Samengevat heeft de bevoegde wetgever dus twee mogelijkheden. Een eerste mogelijkheid is dat er een *specifieke* wet, decreet of ordonnantie wordt uitgevaardigd waarbij een welbepaalde entiteit wordt opgericht. Dit wordt ook wel een oprichtingswet of -decreet genoemd.¹³²⁹ Een tweede mogelijkheid is dat er op *algemene* wijze een wetgevend instrument wordt aangenomen waarbij de organieke regeling voorwaarden vaststelt waaronder een rechtspersoon kan

¹³²⁷ J. VANPRAET, *De latente staatsvorming*, Brugge, die Keure, 2011, 447 en 472.

¹³²⁸ Art. 162, vierde lid Gw.: "*Ter uitvoering van een wet, aangenomen met de in artikel 4, laatste lid, bepaalde meerderheid, regelt het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel de voorwaarden waaronder en de wijze waarop verscheidene provincies, verscheidene bovengemeentelijke besturen of verscheidene gemeenten zich met elkaar kunnen verstaan of zich kunnen verenigen.*".

¹³²⁹ Een voorbeeld hiervan is het decreet van 2 april 2004 betreffende de Vlaamse Vervoermaatschappij – De Lijn, publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap, en houdende wijziging van het decreet van 31 juli 1990 tot oprichting van de Vlaamse Vervoermaatschappij, BS 4 juni 2004.

worden opgericht. In die regeling zijn onder meer de organisatie, de werking en het toezicht op de rechtspersoon op een *sui generis*-wijze geregeld. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.

Tegelijkertijd is alleen de federale overheid bevoegd voor het handels- en vennootschapsrecht op grond van artikel 6, §1, VI, vijfde lid, 5° van de BWHI. Dit betreft een door de bijzondere meerderheidswet aan de gemeenschappen en gewesten onttrokken aangelegenheid.¹³³⁰ De federale overheid is bijgevolg exclusief bevoegd voor die materie. Voor het verenigings- of het rechtspersonenrecht is de federale overheid daarentegen op residuaire wijze bevoegd, aangezien het verenigings- of het rechtspersonenrecht niet is opgenomen in de bevoegdheidsverdelende regels.¹³³¹ VANPRAET vat duidelijk samen wat er onder deze federale bevoegdheden moet worden verstaan: "*De federale bevoegdheid inzake het vennootschaps- en verenigingsrecht is beperkt tot het 'gemeen' vennootschaps- en verenigingsrecht, zijnde het recht dat de wijze bepaalt waarop private personen vennootschappen en verenigingen kunnen oprichten. Het omvat met andere woorden de regels die van toepassing zijn op de door de federale overheid limitatief vastgelegde types van vennootschappen en verenigingen die private personen kunnen oprichten.*" (eigen onderlijning).¹³³²

De vraag of de deelstatelijke wetgever gebruik mag maken en mag afwijken van het federale vennootschaps- en verenigingsrecht bij de *oprichting* van rechtspersonen, en de vraag of de deelstatelijke wetgever gebruik mag maken en mag afwijken van het vennootschaps- en verenigingsrecht indien ze niet zélf overgaat tot de oprichting van een rechtspersoon, maar indien ze *op generieke wijze organieke regels vaststelt*, is al het voorwerp geweest van uitvoerige advisering, rechtspraak en rechtsleer.¹³³³ Het antwoord op die vragen wordt hier

¹³³⁰ K. REYBROUCK en S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, Mortsel, Intersentia, 2019, 34-36.

¹³³¹ K. REYBROUCK en S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, Mortsel, Intersentia, 2019, 595 en 599.

¹³³² J. VANPRAET, *De latente staatsvorming*, Brugge, die Keure, 2011, 479 en 446-452.

¹³³³ Zie ter illustratie onder meer: F. VANDENDRIESSCHE en S. BAETEN, "Oprichting van rechtspersonen en participaties" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De transversale bevoegdheden in het federale België*, Brugge, die Keure, 2017, (268) 275 e.v.; K. LEUS en S. BAETEN, "Nieuwe vormen van overheidsrechtspersonen" in W. VAN ECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht. Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1998-*

niet integraal herhaald, maar samengevat is er sprake van een evolutie doorheen de tijd en naargelang de adviserende of rechtsprekende instantie. Hieronder wordt de evolutie beknopt omschreven. De focus ligt daarbij op het intergemeentelijk samenwerkingsverband.

252. Raad van State, afdeling Wetgeving – De afdeling Wetgeving van de Raad van State neemt aan dat de decreetgever wel degelijk kan afwijken van het federale vennootschapsrecht en dit op grond van zijn bevoegdheid in artikel 9 van de BWHI. De afdeling Wetgeving werpt daarbij op dat de decreetgever die bevoegdheid te buiten gaat indien hij een belangrijk aantal afwijkingen toestaat op de essentiële bepalingen van de handelsvennootschapswetten.¹³³⁴ Dergelijke afwijkingen zijn enkel mogelijk op grond van de theorie van de impliciete bevoegdheden zoals vervat in artikel 10 van de BWHI, maar dan moeten de afwijkingen noodzakelijk zijn voor de uitoefening van hun bevoegdheden, aldus de afdeling Wetgeving.¹³³⁵

1999, Gent, Mys & Breesch, 1999, (149) 159 e.v.; J. VANPRAET, *De latente staatsvorming*, Brugge, die Keure, 2011, 446 e.v.; K. REYBROUCK en S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, Mortsels, Intersentia, 2019, 594 e.v.; F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, doctoraatssthesis Rechten UGent, 2003, 97 e.v.; S. VERBEYST, "De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen", *TBP* 2017, afl. 4, (233) 235 e.v.

¹³³⁴ De Afdeling Wetgeving van de Raad van State oordeelde in het verleden al dat "door, ter aanvulling van de in het decreet opgenomen bepalingen, te verwijzen naar de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen en inzonderheid naar de bepalingen betreffende de naamloze vennootschappen, (...) de decreetgever de hem door de bijzondere wet toegekende bevoegdheid zou te buiten gaan (inzonderheid ook de in artikel 10 van de bijzondere wet bedoelde impliciete bevoegdheden) door, enerzijds, te beslissen dat de op te richten onderneming in principe de vorm zal aannemen van een naamloze vennootschap en onder de toepassing zal vallen van de voornoemde gecoördineerde wetten en door, anderzijds, een belangrijk aantal afwijkingen toe te staan van de essentiële bepalingen van die gecoördineerde wetten." in Adv.RvS nr. 20.841/8 bij het voorstel van decreet houdende oprichting van een naamloze vennootschap van publiek recht, Havenbedrijf van Antwerpen genaamd, overw. 3.1; zie ook Adv.RvS nr. 22.821/8 bij het voorontwerp van decreet betreffende de N.V. Zeekanaal en Watergebonden Grondbeheer Vlaanderen, overw. 2.1-2.2; Adv.RvS nr. 26.062/8 bij het voorontwerp van decreet houdende de Vlaamse Wooncode, overw. 2.2.1; Adv.RvS nr. 22.933 over een voorontwerp van decreet betreffende de zeehavens, overw. 2.2.

¹³³⁵ Adv.RvS nr. 19.335/3 bij het ontwerp van decreet *relatif aux services de transport de personnes en Région wallonne*, p. 3; zie ook Adv.RvS nr. 40.205/1 over een voorontwerp van decreet betreffende de inhaalbeweging voor schoolinfrastructuur, overw. 2.

Specifiek ten aanzien van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden benadrukte de afdeling Wetgeving in zijn advies van 19 juni 1996 bij het voorontwerp van het Waalse decreet *relatif aux intercommunales wallonnes*, dat het Waalse Gewest zijn bevoegdheden, inclusief zijn impliciete bevoegdheden, overschrijdt indien hij afwijkingen voorziet op de essentiële bepalingen van het federale vennootschaps- en verenigingsrecht in die mate "*qu'il donnerait naissance à des sociétés anonymes, des coopératives ou des associations sans but lucratif sui generis*".¹³³⁶ De afdeling Wetgeving stelt dat de decreetgever – om binnen zijn bevoegdheidsdomein te blijven – moet opteren voor, ofwel, een verwijzing naar de federale vennootschaps- of verenigingsvormen waarbij hij zich beperkt tot vrij kleine afwijkingen, ofwel, zelf een volledige specifieke rechtsvorm moet ontwikkelen die is aangepast aan de specifieke aard van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.¹³³⁷

253. GwH nr. 83/97 en nr. 95/98 – Ook het Grondwettelijk Hof oordeelde op zijn beurt dat de decreet- en ordonnantiegever afwijkingen kunnen voorzien op het federale vennootschapsrecht. Traditioneel wordt er in dit kader gewezen op het arrest nr. 83/97 en nr. 95/98 waarin het Hof de mogelijkheid voor de ordonnantiegever om het domein van het handels- en vennootschapsrecht te betreden, baseert op de vereiste om te voldoen aan de voorwaarden die gekoppeld zijn aan de leer van de impliciete bevoegdheden zoals vervat in artikel 10 van de BWHI.¹³³⁸ Daarbij wordt er bovendien geen onderscheid gemaakt tussen, enerzijds, afwijkingen op het federale vennootschapsrecht die worden gemaakt bij de *oprichting* van een rechtspersoon door de decreetgever zelf en, anderzijds, afwijkingen daarop bij de creatie door de decreetgever van een *generieke organieke regeling*.¹³³⁹ *Supra* zagen we reeds dat artikel 10 van de

¹³³⁶ Adv.RvS nr. 25.160/9 van 19 juni 1996 over het *avant-projet de décret relatif aux intercommunales wallonnes*, 2-3.

¹³³⁷ Adv.RvS nr. 25.160/9 van 19 juni 1996 over het *avant-projet de décret relatif aux intercommunales wallonnes*, 2-3.

¹³³⁸ GwH 17 december 1997, nr. 83/97, overw. B.5.3; GwH 16 september 1998, nr. 95/98, overw. B.3.3.

¹³³⁹ Adv.RvS nr. 25.160/9 van 19 juni 1996 over het *avant-projet de décret relatif aux intercommunales wallonnes*, overw. 1; zie ook J. VANPRAET, *De latente staatsvorming*, Brugge, die Keure, 2011, 474-475: VANPRAET benadrukt dat "[d]it (...) niet alleen het geval [was] wanneer de gemeenschappen en gewesten rechtspersonen oprichten op basis van artikel 9 BWHI, maar ook wanneer de

BWHI voorziet dat decreten rechtsbepalingen kunnen bevatten in aangelegenheden waarvoor de parlementen niet bevoegd zijn, voor zover die bepalingen noodzakelijk zijn voor de uitoefening van hun bevoegdheid. In zijn rechtspraak creëerde het Grondwettelijk Hof nog twee bijkomende voorwaarden, namelijk dat de maatregel zich ook moet lenen tot een gedifferentieerde regeling en slechts een marginale weerslag mag hebben op de betreden bevoegdheid.¹³⁴⁰

254. GwH nr. 105/2000 – In zijn arrest nr. 105/2000 onderzoekt het Grondwettelijk Hof eveneens of de bestreden bepalingen kunnen worden verantwoord in het licht van artikel 10 van de BWHI.¹³⁴¹ Indien er een openbare huisvestingsmaatschappij wordt opgericht in de zin van artikel 130 van het *in casu* bestreden decreet, voorziet dit artikel dat de entiteit is vormgegeven als CVBA en is onderworpen aan de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, maar dit met uitzondering van de door de bestreden bepalingen geregelde aangelegenheden. *In casu* is aan de voorwaarden van de impliciete bevoegdheden voldaan, aldus het Hof.¹³⁴² Het Hof beantwoordt hier impliciet ook de vraag of de bevoegdheid van de decreetgever zoals omschreven in artikel 9 van de BWHI beperkt is tot de oprichting van rechtspersonen door de decreetgever zelf, of dat de decreetgever ook op deze grondslag kan overgaan tot de aanneming van een generieke organieke regeling. Door het statuut te organiseren van de publiekrechtelijke rechtspersonen die de openbare huisvestingsmaatschappijen zijn, heeft de decreetgever volgens het Grondwettelijk Hof gebruik gemaakt van de reeds vermelde bevoegdheden die hij krachtens de artikelen 6, §1, IV én artikel 9 van de BWHI heeft verkregen.¹³⁴³ VANPRAET stelt dat "[a]rtikel 9 BWHI (...) dus zo [dient] begrepen te worden dat het de bevoegdheid verleent om de organisatie en werking van rechtspersonen te regelen binnen materies waarvoor de

decreetgever zich baseert op een autonome bevoegdheidsgrond zoals bijvoorbeeld de bevoegdheid inzake intergemeentelijke samenwerking (art. 6, §1, VIII, 8° BWHI)."

¹³⁴⁰ Zie de aangehaalde rechtspraak in K. REYBROUCK en S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, Morsel, Intersentia, 2019, 12 en J. VANPRAET, "De algemene beginselen van de bevoegdheidsverdeling" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De transversale bevoegdheden in het federale België*, Brugge, die Keure, 2017, (1) 39; zie ook G. GOEDERTIER e.a., *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 245-248.

¹³⁴¹ GwH 25 oktober 2000, nr. 105/2000, overw. B.44.

¹³⁴² GwH 25 oktober 2000, nr. 105/2000, overw. B.46.2 en B.47.

¹³⁴³ GwH 25 oktober 2000, nr. 105/2000, overw. B.42.

*deelstaten bevoegd zijn teneinde de openbare dienst te verstrekken. De bevoegdheid wordt niet beperkt tot de bevoegdheid om zélf rechtspersonen op te richten en zelf te participeren."*¹³⁴⁴

In zijn arrest van 25 oktober 2000 brengt het Grondwettelijk Hof tegelijkertijd een nuance aan op zijn eerdere rechtspraak. In de beoordeling van een ander middel ligt het feit dat de afwijkingen op het vennootschapsrecht waren voorzien voor de oprichting van slechts één enkele publiekrechtelijke rechtspersoon, *in casu* de *Société wallonne du logement*, aan de basis van een 'soepeler' oordeel van het Hof.¹³⁴⁵ Het Hof onderzocht of het feit dat de entiteit is opgericht als NV en onder de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen valt, maar er tegelijkertijd wordt gesteld dat een aantal artikelen van die gecoördineerde wetten niet van toepassing zijn op die entiteit, in strijd is met de bevoegdheidsverdelende regels. Het Hof verduidelijkt dat de gemeenschappen en gewesten de volledige bevoegdheid kregen toegekend om regels die eigen zijn aan de hun toegewezen aangelegenheden uit te vaardigen, waarbij zij in voorkomend geval gebruik maken van de bevoegdheden die hen zijn toegekend door artikel 9 van de BWHI. De bevoegdheid inzake huisvesting die artikel 6, §1, IV van de BWHI aan de gewesten toekent, impliceert dat de gewesten alle geëigende maatregelen kunnen nemen om hun bevoegdheid uit te oefenen.¹³⁴⁶ Van een toets aan de impliciete

¹³⁴⁴ VANPRAET verwijst daarbij ook naar de memorie van toelichting bij de BWHI, zie J. VANPRAET, *De latente staatsvorming*, Brugge, die Keure, 2011, 466.

¹³⁴⁵ GwH 25 oktober 2000, nr. 105/2000, overw. B.36: "*Ze willen niet raken aan het gemene vennootschapsrecht of op algemene wijze de voormelde gecoördineerde wetten wijzigen, maar ze beogen alleen één enkele publiekrechtelijke rechtspersoon op te richten.*" (eigen onderlijning). Zie omtrent het onderscheid tussen het 'gemene' vennootschapsrecht en op 'algemene' wijze afwijken van het vennootschapsrecht, J. VANPRAET, *De latente staatsvorming*, Brugge, die Keure, 2011, 450-451: "*De federale bevoegdheid is dus beperkt tot het gemeen vennootschaps- en verenigingsrecht. Dit is het recht dat van toepassing is wanneer geen uitzonderingsrecht bestaat en kan tegenover bijzonder recht geplaatst worden. Telkens wanneer de gemeenschappen en gewesten in het kader van de eigen bevoegdheden zodoende een uitzonderingsrecht vaststellen, wordt volgens dit criterium de federale materie van het vennootschaps- en verenigingsrecht niet betreden. Dit betekent dat de gemeenschappen en gewesten in het kader van de eigen bevoegdheid nieuwe types van vennootschappen en verenigingen creëren, naast de bestaande federale vennootschaps- en verenigingstypes zonder dat zij dit domein betreden. Onder het 'gemeen' vennootschaps- en verenigingsrecht dient dan ook het recht begrepen te worden dat de wijze bepaalt waarop private personen vennootschappen en verenigingen kunnen oprichten.*" (eigen onderlijning).

¹³⁴⁶ GwH 25 oktober 2000, nr. 105/2000, overw. B.37.

bevoegdheden was er hier geen sprake. Het feit dat de afwijkingen waren voorzien voor de oprichting van slechts één enkele publiekrechtelijke rechtspersoon is blijkbaar voldoende voor het Hof.¹³⁴⁷ De afdeling Wetgeving van de Raad van State stemde haar adviespraktijk vervolgens af op dit arrest.¹³⁴⁸

255. GwH nr. 65/2003 – Specifiek wat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden betreft, oordeelde het Grondwettelijk Hof op een gelijkaardige wijze in een arrest van 14 mei 2003. Volgens het Hof heeft de decreetgever door het DIS aan te nemen wel degelijk in een regeling van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voorzien en heeft hij de inhoudelijke regeling van die samenwerkingsverbanden geenszins in haar geheel aan de federale overheid overgelaten. De decreetgever streefde er integendeel naar om een zo volledig mogelijke regeling *sui generis* uit te werken. Hij vermocht – zonder de bevoegdheidsregel in artikel 6, §1, VIII, 1° van de BWHI te schenden – voor al wat niet uitdrukkelijk door het DIS wordt geregeld, bepaalde artikelen van het federale vennootschapsrecht van toepassing verklaren, aldus het Hof. De keuze van de decreetgever om te opteren voor een regelgeving bij verwijzing kan niet worden bekritiseerd nu hij daardoor niet de uitoefening van eigen bevoegdheden aan de federale wetgever heeft willen overdragen, maar enkel heeft bepaald welke regels van toepassing zijn bij gebreke van specifieke regels.¹³⁴⁹ Het federale bevoegdheidsdomein wordt niet betreden, waardoor het Hof in dit arrest eveneens niet langer teruggrijpt naar de impliciete bevoegdheden

¹³⁴⁷ GwH 25 oktober 2000, nr. 105/2000, overw. B.35-B.38; VANDENDRIESSCHE wijt dit oordeel van het Hof aan het onderscheid tussen, enerzijds, rechtspersonen die niet aan te duiden zijn als deelstatelijke gedecentraliseerde diensten, instellingen of ondernemingen en, anderzijds, publiekrechtelijke gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen van de Gemeenschappen en Gewesten, zie F. VANDENDRIESSCHE, "De bevoegdheid van de Gemeenschappen en Gewesten om bij de oprichting van publiekrechtelijke rechtspersonen af te wijken van het vennootschapsrecht", *AJT* 2000-01, (407) 410-411.

¹³⁴⁸ Zie J. VANPRAET, *De latente staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2011, 476 en de daar aangehaalde adviespraktijk; J. VANPRAET, "Kunnen de gemeenschappen en gewesten afwijken van het federale vennootschaps- en verenigingsrecht?" (noot onder GwH 31 juli 2008, nr. 116/2008), *CDPK* 2008, afl. 4, (883) 887.: "*In tegenstelling tot eerdere adviezen, worden de afwijkingen op het vennootschapsrecht bij de oprichting van de Waalse Gewestelijke Huisvestingsmaatschappij door de Raad van State niet als het betreden van de federale bevoegdheid beschouwd waardoor een beroep op artikel 10 BWHI niet vereist is.*" (eigen onderlijning).

¹³⁴⁹ GwH 14 mei 2003, nr. 65/2003, overw. B.6.5.

om de hantering door de decreetgever van het federale vennootschapsrecht als suppletief recht te legitimeren. Dit is opvallend aangezien de bestreden bepalingen hier niet slechts één entiteit betreffen, maar er op basis van die organieke regelgeving een onbepaald aantal intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kan worden opgericht door steden en gemeenten.

Ook in deze zaak baseerde de decreetgever zich trouwens niet op artikel 9 van de BWHI, maar enkel op de autonome bevoegdheidsgrond die vervat is in artikel 6, §1, VIII, 1° van de BWHI. De decreetgever kan dus ook buiten artikel 9 BWHI, bijvoorbeeld op grond van dergelijke autonome bevoegdheidsgrond, verwijzen naar en afwijken op het federale vennootschapsrecht zonder een beroep te moeten doen op de impliciete bevoegdheden. Bovendien, "*doet [het] er ook niet toe of het statuut van één rechtspersoon wordt geregeld, dan wel een generiek statuut*", aldus VANPRAET.¹³⁵⁰ Nog volgens deze auteur is dit "*eigenlijk de logica zelve en volgt (dit) uit de omstandigheid dat de bevoegdheden van de gemeenschappen en gewesten ruim en zinvol geïnterpreteerd moeten worden. Indien de gemeenschappen en gewesten in een volledige regeling sui generis kunnen voorzien en zodoende op de meest absolute wijze kunnen afwijken van het federale recht, dan moeten zij a fortiori het vennootschaps- of verenigingsrecht van toepassing kunnen verklaren en op bepaalde punten hiervan afwijken. De keuze voor het gebruik van een wetgevingstechniek waarbij het federale recht principieel dan wel aanvullend van toepassing verklaard wordt, is bevoegdheidsneutraal. Qui peut le plus peut le moins*". (eigen onderlijning).¹³⁵¹

256. GwH nr. 116/2008 – Ook in zijn arrest nr. 116/2008 verlaat het Grondwettelijk Hof de piste van de impliciete bevoegdheden. Volgens het Hof doet de decreetgever geen afbreuk aan de bevoegdheid van de federale wetgever inzake het verenigingsrecht. Dit aangezien de afwijkingen op de wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de stichtingen en de Europese politieke partijen en stichtingen (hierna: vzw-wet) uitsluitend betrekking hebben op de verenigingen die worden gewijzigd door het decreet dat het

¹³⁵⁰ J. VANPRAET, *De latente staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2011, 477.

¹³⁵¹ J. VANPRAET, *De latente staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2011, 477.

voorwerp is van de prejudiciële vraag. Die afwijkingen kunnen worden verantwoord door de opdrachten van openbare dienstverlening die de OCMW-verenigingen op zich nemen bij de uitvoering van het beleid dat *in casu* door het Waalse Gewest wordt gevoerd. Die afwijkingen raken niet aan het gemene recht inzake verenigingen en wijzigen evenmin op algemene wijze de vzw-wet, maar passen in het kader van de bekommernis van de decreetgever om ter zake een zo volledig mogelijke reglementering *sui generis* uit te vaardigen, aldus het Hof. Het Grondwettelijk Hof wijst voorts nog op het feit dat de gemeenschappen en gewesten de volledige bevoegdheid hebben gekregen om regels uit te vaardigen die eigen zijn aan de hun toegewezen aangelegenheden en daarbij alle geëigende maatregelen kunnen nemen om hun bevoegdheid uit te oefenen.¹³⁵²

Die overwegingen van het Hof zijn dus erg gelijkaardig aan die van in het arrest nr. 105/2000 en nr. 65/2003. In de rechtsleer wordt er vaak op gewezen dat het arrest nr. 116/2008 'een belangrijke evolutie' bevat in vergelijking met het arrest nr. 105/2000, aangezien er geen beroep moet worden gedaan op de impliciete bevoegdheden om decretale afwijkingen te voorzien in een organieke regeling voor een onbepaald aantal rechtspersonen.¹³⁵³ Gelet op het oordeel van het Grondwettelijk Hof in zijn arrest nr. 65/2003 dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden betreft, lijkt die evolutie al in 2003 te hebben plaatsgevonden – met het verschil dat het arrest nr. 116/2008 effectief afwijkingen op het vennootschapsrecht betreft, terwijl het in het arrest van in 2003 'slechts' gaat over een suppletieve verwijzing naar het vennootschapsrecht.

Er bestaat wel wat discussie over welke gevolgen er aan het arrest nr. 116/2008 kunnen worden gekoppeld. Bepaalde rechtsleer leidt uit onder meer het arrest nr. 116/2008 van het Grondwettelijk Hof af dat de bevoegdheid van de gewesten om af te wijken van het vennootschapsrecht erg ruim moet worden geïnterpreteerd,

¹³⁵² GwH 31 juli 2008, nr. 116/2008, overw. B.5.2-B.5.3, zie ook F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Hoever kan de decreetgever gaan bij de (machtiging tot) oprichting van vzw's die afwijken van het federale verenigingsrecht?" (noot onder GwH 31 juli 2008, nr. 116/2008), *T.Gem.* 2009, afl. 1, 59-63.

¹³⁵³ Zie onder meer S. VERBEYST, "De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen", *TBP* 2017, afl. 4, (233) 236.

zodat een beroep op de impliciete bevoegdheden niet meer nodig is.¹³⁵⁴ Niet iedereen is het er echter mee eens dat uit dit arrest kan worden afgeleid dat de decreetgever ook buiten de toepassing van de impliciete bevoegdheden kan optreden.¹³⁵⁵ Ook de Raad van State lijkt dit standpunt niet te volgen.¹³⁵⁶ De Raad

¹³⁵⁴ Zie onder meer J. VANPRAET, *De latente staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2011, 480; J. VANPRAET, "Kunnen de gemeenschappen en gewesten afwijken van het federale vennootschaps- en verenigingsrecht?" (noot onder GwH 31 juli 2008, nr. 116/2008), *CDPK* 2008, afl. 4, (883) 877 e.v.; zie ook K. REYBROUCK en S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, Mortsel, Intersentia, 2019, 602-603 en F. VANDENDRIESSCHE en S. BAETEN, "Oprichting van rechtspersonen en participaties" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De transversale bevoegdheden in het federale België*, Brugge, die Keure, 2017, (268) 276-279.

¹³⁵⁵ S. BAETEN, *De overheid als ondernemer*, Brugge, die Keure, 2003, 171.

¹³⁵⁶ Zie hierover Adv.RvS nr. 62.522/3 van 20 december 2017 over een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest 'betreffende het beheer en de exploitatie van het havengebied van Gent en tot specifieke afwijkingen van het havendecreet voor het havengebied van Gent, overw. 3. De afdeling Wetgeving van de Raad van State bevestigt hier zijn standpunt over de impliciete bevoegdheden indien de deelstatelijke wetgever de rechtspersoon niet zelf opricht en wijst daarbij op het onderscheid tussen het verenigings- en het vennootschapsrecht en op de uitdrukkelijke bevoegdheidstoewijzing: "*Dienaangaande dient er evenwel op te worden gewezen dat arrest 116/2008 betrekking heeft op afwijkingen van het verenigingsrecht dat – in tegenstelling tot het vennootschapsrecht – niet uitdrukkelijk, omwille van de weerslag op de economische unie, is voorbehouden aan de federale overheid en bijgevolg behoort tot diens residuaire bevoegdheid. Bovendien ging het in arrest 116/2008 om een bevoegdheidstoewijzing op grond waarvan de regeling van de organieke aspecten van de betrokken instellingen uitdrukkelijk aan de gemeenschapswetgever is opgedragen. Gelet op wat voorafgaat zou arrest 116/2008 weliswaar een verfijning, maar geen ommekeer vormen ten aanzien van arrest 105/2000. Hoewel er een zekere onduidelijkheid kan bestaan omtrent de exacte draagwijdte van de vermelde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, is de Raad van State gelet op wat voorafgaat van oordeel dat de afwijkingen van het vennootschapsrecht waarin in het ontwerp wordt voorzien, slechts tot stand kunnen komen op grond van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.*" (eigen onderlijning); zie ook Adv.RvS van 8 maart 2018 bij het ontwerp van decreet *modifiant le Code de la démocratie locale et de la décentralisation en vue de renforcer la gouvernance et la transparence dans l'exécution des mandats publics au sein des structures locales et supra-locales et de leurs filiales*, *Parl.St. W.Parl.*, 2017-19, nr. 1047/1, de opmerkingen ten aanzien van artikel 42 en 43 van het ontwerpdecreet; zie ook Adv.RvS nr. 53.228/3 van 22 mei 2013 over een voorontwerp van decreet houdende de omvorming van het Havenbedrijf Gent tot een naamloze vennootschap van publiek recht, overw. 3.2.1: "*Waar voor de oprichting van een rechtspersoon door het Vlaamse Gewest met toepassing van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, kan worden afgeweken van de federale vennootschapswetgeving, geldt dit niet voor de oprichting of, zoals in dit geval, voor de omvorming van een rechtspersoon door een gemeente.*"; zie ook Adv.RvS nr. 62.174/3 van 19 oktober 2017 een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest houdende wijziging van het decreet van 31 juli 1990 betreffende het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap Vlaamse Vervoersmaatschappij – De Lijn, het decreet van 2 maart 1999 houdende het beleid en het beheer van de zeehavens en het decreet van 10 juli 2008 betreffende het beheer en de uitbating van de regionale luchthavens Oostende-Brugge, Kortrijk-Wevelgem en Antwerpen, overw. 4.

van State lijkt dus een strengere standpunt aan te houden dan het Grondwettelijk Hof.¹³⁵⁷

Het staat in ieder geval vast dat het Grondwettelijk Hof de toets van de impliciete bevoegdheden niet zomaar heeft verlaten. Het Hof ging in zijn arrest nr. 116/2008 na of de decreetgever niet 'op een algemene wijze' afweek van de federale regelgeving.¹³⁵⁸ Hieruit volgt dat het beleid van de federale overheid niet buitenmatig mag worden gehinderd bij het afwijken van het federale vennootschapsrecht in onder meer het organiek kader van de intercommunale. Dit maakt volgens VANPRAET een toepassing van het evenredigheidsbeginsel uit, waarbij wordt verzekerd dat het "*beleid dat de federale overheid voor ogen heeft – met name coherente types van vennootschappen en verenigingen creëren – niet buitenmatig wordt gehinderd*".¹³⁵⁹ Of de vervulling van de voorwaarden die zijn gekoppeld aan de impliciete bevoegdheden, enerzijds, en de naleving van het evenredigheidsbeginsel, anderzijds, écht van elkaar verschillen, is maar de vraag.¹³⁶⁰ Er lijkt hoe dan ook te kunnen worden besloten dat de federale

¹³⁵⁷ Zie bijvoorbeeld ook GwH 22 oktober 2015, nr. 145/2015, overw. B.3-B.7.

¹³⁵⁸ Zie ook GwH 27 januari 2011, nr. 9/2011, overw. B.8; over de relevantie van het onderscheid tussen 'op algemene wijze' afwijken van het federaal vennootschapsrecht en het 'gemeen' vennootschapsrecht, zie J. VANPRAET, "Kunnen de gemeenschappen en gewesten afwijken van het federale vennootschaps- en verenigingsrecht?" (noot onder GwH 31 juli 2008, nr. 116/2008), CDPK 2008, afl. 4, (883) 888-893, waarin wordt gesteld: "*De federale materie van het 'gemene' vennootschaps- en verenigingsrecht omvat zodoende niet de regels die betrekking hebben op rechtspersonen waarvoor de gemeenschappen en gewesten exclusief bevoegd zijn. (...) Onder het 'gemeen' vennootschaps- en verenigingsrecht dient dan ook het recht begrepen te worden dat de wijze bepaalt waarop private personen vennootschappen en verenigingen kunnen oprichten. Het omvat met andere woorden de regels die van toepassing zijn op de door de federale overheid limitatief vastgelegde types van vennootschappen en verenigingen die private personen kunnen oprichten.*". Het criterium van 'op algemene wijze afwijken' is volgens VANPRAET een criterium ter afbakening van de federale materie van het vennootschaps- en verenigingsrecht en betreft de situatie waarin de decreet- of ordonnantiegever wel degelijk teruggrijpt naar één van de bestaande private rechtsvormen en speelt dus niet indien er wordt gekozen voor een onbenoemde *sui generis*-rechtvorm. VANPRAET werpt daarbij, m.i. terecht, op dat dit mogelijk een toepassing is van het evenredigheidsbeginsel.

¹³⁵⁹ J. VANPRAET, *De latente staatsvorming*, Brugge, die Keure, 2011, 478-480; zie ook J. VANPRAET, "Kunnen de gemeenschappen en gewesten afwijken van het federale vennootschaps- en verenigingsrecht?" (noot onder GwH 31 juli 2008, nr. 116/2008), CDPK 2008, afl. 4, (883) 890.

¹³⁶⁰ "*Toch mag het praktische belang – voor zover dit er al is – hiervan niet overdreven worden. Naargelang aangenomen wordt dat het federale domein inzake het vennootschaps- en verenigingsrecht al dan niet wordt betreden wanneer de gemeenschappen en gewesten afwijken van federale types, zal een ander conceptueel*

vennootschaps- en verenigingstypes toch niet volledig gedenatureerd mogen worden door de deelstatelijke wetgever.¹³⁶¹

257. Toegepast op intergemeentelijke samenwerking – De decreet- en ordonnantiegever kunnen op basis van een autonome bevoegdheidsgrond, maar evengoed op grond van artikel 9 van de BWHI, een generieke organieke regeling uitwerken. Wat de intergemeentelijke samenwerking betreft, creëerden de deelstatelijke wetgevers een organiek kader op grond van de autonome bevoegdheidsgrond vervat in artikel 6, §1, VIII, 1^o van de BWHI. De decreetgever kan daarbij in principe vijf wetgevingstechnieken kan aanwenden. Een *eerste* mogelijkheid is dat hij een volledige *sui generis*-regeling (zuiver publiekrechtelijk) uitwerkt, en zich daarbij eventueel laat inspireren door het privaatrecht.¹³⁶² Ten *tweede* kan hij in het organiek kader verwijzen naar enkele bepalingen uit het vennootschaps- en verenigingsrecht. Ten *derde* kan hij suppletief verwijzen naar het vennootschaps- en verenigingsrecht. Dit is de techniek waarvoor de Vlaamse decreetgever opteerde bij de creatie van het organiek kader voor intergemeentelijke samenwerking in het DIS en het DLB. Een *vierde* mogelijkheid is dat de decreetgever zich principieel op een federale vennootschaps- of

mechanisme gehanteerd worden. Wanneer aangenomen wordt dat de federale bevoegdheid niet betreden wordt, zal aan de hand van het evenredigheidsbeginsel onderzocht moeten worden of de weerslag op de bevoegdheid van de ander niet onevenredig is. Wanneer aangenomen wordt dat de federale bevoegdheid betreden wordt, moet voldaan zijn aan de voorwaarden van de impliciete bevoegdheden. Het evenredigheidsbeginsel en de impliciete bevoegdheden vormen conceptueel elkaars spiegelbeeld. Zij zijn inhoudelijk echter substitueerbaar (...). De door het Grondwettelijk Hof gehanteerde evenredigheidstoets hangt immers nauw samen met voorwaarden waaronder een beroep gedaan kan worden op de impliciete bevoegdheden. In het kader van de impliciete bevoegdheden wordt de marginale weerslag op het vennootschapsrecht van om het even welke verbijzondering door een deelentiteit principieel aanvaard door het Grondwettelijk Hof. Het verschil met de situatie waar aangenomen wordt dat het federale domein niet betreden wordt en onderzocht moet worden of de weerslag op de bevoegdheid van de ander niet onevenredig is, is dus onbestaande." (eigen onderlijning) in J. VANPRAET, *De latente staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2011, 480; zie ook S. VERBEYST, "De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen", *TBP* 2017, afl. 4, (233) 236-238.

¹³⁶¹ Zie over dit denaturatiecriterium F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Hoever kan de decreetgever gaan bij de (machtiging tot) oprichting van vzw's die afwijken van het federale verenigingsrecht?" (noot onder GwH 31 juli 2008, nr. 116/2008), *T.Gem.* 2009, afl. 1, (59) 61.

¹³⁶² GwH 9 februari 2005, nr. 34/2005, overw. B.8-B.9; GwH 21 april 2016, nr. 53/2016, overw. B.43.2.

verenigingsvorm beroept waarop hij vervolgens afwijkingen voorziet.¹³⁶³ De Waalse en Brussels Hoofdstedelijke decreet- en ordonnantiegever hebben deze laatste optie gekozen voor 'hun' intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.¹³⁶⁴ Zoals hiervoor reeds uitgelegd, is het verschil tussen optie drie en vier zo goed als onbestaand aangezien er in beide gevallen voor een hybride *sui generis*-rechtsvorm wordt gekozen (zie *supra* nr. 249). *Ten vijfde* kan de decreet- en ordonnantiegever kiezen voor een zuiver private rechtsvorm. Het vraagt een inspanning van de wetgever om een rechtsvorm integraal op een *sui generis*-wijze te ontwerpen, aangezien hij daarbij de volledige werking moet uiteenzetten, een eigen ontwerp van beheersorganen moet uitwerken, het takenpakket moet bepalen, toezicht dient te organiseren, enzovoort. Maar de strikt privaatrechtelijke verenigingsvormen zijn dan weer vaak onvoldoende aangepast aan de specifieke noden van de overheid. Om hieraan tegemoet te komen is er bij de intercommunales gekozen voor een combinatie.

Al het voorgaande toegepast op de intergemeentelijke samenwerking maakt duidelijk dat de deelstatelijke wetgever binnen zijn bevoegdheden is gebleven bij de creatie van een organiek kader. In de drie gewesten voorziet de decreet- en ordonnantiegever in afwijkingen op het federale vennootschapsrecht. In het Vlaamse Gewest wordt een deel van het vennootschapsrecht aanvullend van toepassing verklaard op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, in het Waalse en Brussels Hoofdstedelijk Gewest daarentegen wordt dit principieel van toepassing verklaard. Toch is er in beide gevallen gekozen voor een hybride *sui generis*-rechtsvorm waarbij het private vennootschapsrecht geldt voor alles wat niet uitdrukkelijk door de organieke regelgever is voorzien.

¹³⁶³ D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 209-210.

¹³⁶⁴ Zie ook de discussie over de bevoegdheidsverdeling en de private rechtsvorm als uitgangspunt die zich voordeed tijdens de algemene bespreking zoals opgenomen in het Verslag gepresenteerd namens Binnenlandse Zaken en Ambtenarenzaken door mevrouw N. Docq en de heer B. Baille, *Parl.St. W. Parl.* 1995-96, 167/27, 12-16.

2.3. De impact van het WVV op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden

258. Gewestelijke initiatieven – Een vraag die aansluitend op de bevoegdheidskwestie rijst, is wat er vervolgens gebeurt indien het vennootschapsrecht en het verenigingsrecht zélf wijzigingen ondergaan.¹³⁶⁵ De Vlaamse beleidsnota Binnenlands Bestuur en Stedenbeleid 2019-2024 wijst op mogelijke problemen die de aanneming van het WVV met zich meebrengt en stelt voorop dat de gevolgen van dit WVV als aanvullend recht duidelijk moeten worden. Daartoe zou onder meer de Omzendbrief BA 2003/09 worden vervangen door een nieuwe omzendbrief die moet ophelderen welke artikels van het WVV van toepassing zijn naast hetgeen geregeld is in DEEL III, titel 3 van het DLB.¹³⁶⁶

¹³⁶⁵ MAES wees in 1992 al op het probleem dat zich daarbij kan voordoen: "*Het probleem dat niet ter sprake kwam maar evenzeer reëel blijft, betreft de impact van de wetgeving op de handelsvennootschappen éénmaal deze na de oprichting van de intercommunale wijzigingen ondergaat, al dan niet als gevolg van door de Europese Gemeenschap uitgevaardigde directieven. Of als gevolg daarvan de statuten dienen aangepast te worden is een vraag die door de rechtsleer niet op eenduidige wijze wordt beantwoord. In het licht van de tot nu toe gevolgde praktijk nemen wij aan dat de aanpassing van de statuten alleen vereist is indien duidelijk blijkt dat het toepassingsgebied van de nieuwe bepalingen ook de publiekrechtelijke rechtspersonen omvat. Minstens is daartoe vereist dat de doorgevoerde wijzigingen voor de publiekrechtelijke rechtspersonen of de intercommunales een dwingend karakter hebben, d.w.z. dat daarvan niet in de statuten mag afgeweken worden.*" (eigen onderlijning) in R. MAES, "Rechtsvorm" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (343) 358; MAES verwijst naar de memorie van toelichting bij het wetsontwerp van de wet van 22 december 1986 om te stellen dat eventuele toekomstige wijzigingen van het vennootschaps- en verenigingsrecht gelden ten aanzien van nog op te richten intercommunales, maar dat wijzigingen enkel een impact hebben op de reeds goedgekeurde statuten van bestaande intercommunales "*indien die van aard zijn dat daarvan niet mag worden afgeweken omwille van de bijzondere aard van de intercommunales.*". Hij vermeldt daarbij ook de hypothese "*dat de wetgever zelf uitdrukkelijk bepaalt dat [de later aangebrachte wijzigingen](...) van toepassing zijn op de publiekrechtelijke rechtspersonen of op de intercommunales.*" in R. MAES, "Rechtsvorm" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (343) 358, vn. 1; een belangrijke nuance daarbij is dat de organieke regelgeving toen nog was opgenomen in een wet, maar dit intussen is opgenomen in een decreet waardoor voormelde bevoegdheidselementen de discussie bemoeilijken.

¹³⁶⁶ Beleidsnota Binnenlands Bestuur en Stedenbeleid 2019-2024 ingediend door Bart Somers, viceminister-president van de Vlaamse Regering en Vlaams minister van Binnenlands Bestuur, Bestuurszaken, Inburgering en Gelijke Kansen, *Parl.St.* VI. Parl. 2019-20, nr. 143/1, 10.

In de beleidsnota van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering zijn er geen concrete plannen opgenomen om de bepalingen omtrent de intercommunales aan te passen aan de hervorming van het vennootschapsrecht.¹³⁶⁷ Ook de Waalse Regering stelde in haar beleidsnota geen aanpassing van de CDLD voorop naar aanleiding van de federale initiatieven¹³⁶⁸, maar intussen zijn er toch een ontwerp van wijzigingsdecreet en een ontwerp van Koninklijk Besluit voorgelegd aan de bevoegde minister.¹³⁶⁹

¹³⁶⁷ Wel vindt de Brusselse Hoofdstedelijke Regering het nodig om de huidige institutionele structuren, waaronder de organisatie van de gemeenten, OCMW's, politiezones en het Gewest, te evalueren. Om het vertrouwen en de transparantie te waarborgen zal de regering de regels over transparantie en openbaarheid omkaderen door de gewestelijke kanselarijdiensdienst de opdracht te geven om met gedeelde personeels- en informaticamiddelen de beslissingen van onder meer intercommunales transparant te maken. De Brusselse Hoofdstedelijke Regering wil ook inzetten op sterkere instellingen binnen het Gewest. Daartoe wordt er gesteld dat er een maximaal aantal leden zal worden vastgelegd voor de beperkte beheersorganen van de openbare instellingen die onder het toezicht staan van het Gewest. De Regering zal daarbij een opleiding inrichten voor de bestuurders die zullen zetelen in intercommunales, zie Gemeenschappelijke Algemene Beleidsverklaring van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering en het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, Regeerperiode 2019-2024, 114 en 117-119.

¹³⁶⁸ De Waalse Regering lijkt wel meer fundamentele plannen te hebben ten aanzien van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Zo wil de Waalse Regering het territoriaal bestuur stimuleren via de samenwerking van gemeenten binnen woongebieden (p. 108). Om de efficiëntie van openbare diensten beter te waarborgen, zal de regering steden en gemeenten aanmoedigen om een bovengemeentelijk beleid te ontwikkelen op het niveau van elk woongebied. Met het oog op institutionele vereenvoudiging zal de regering een werkgroep opdragen een hervorming van de provincies, intercommunales en aanverwante structuren te bestuderen (p. 101). Voorts wil ze een mechanisme onderzoeken dat de evenredigheid van de vertegenwoordiging in de bestuursorganen van intercommunales moet verbeteren (p. 99). Meer algemeen zal de regering de wetgeving inzake intercommunales versterken om 1) een onpartijdige en geobjectiveerde selectieprocedure in te stellen voor alle managementfuncties, 2) om vergoedingsplafonds te voorzien voor intermediaire managementfuncties, 3) en om de voorwaarden voor een dringend onderzoek van agendapunten en het tijd verzenden van dossiers aan te scherpen. Tot slot zullen de aanbevelingen van de onderzoekscmissie gericht aan de Enodia-Nethys-groep worden uitgevoerd (p. 101), *Déclaration de politique régionale pour la Wallonie 2019-2024*.

¹³⁶⁹ Dit bleek uit een gesprek met de Waalse administratie. De wijzigingen zouden niet fundamenteel zijn, maar voornamelijk terminologisch en betreffen volgende artikelen: art. L1511-2, art. L1512-5, art. L1512-6, art. L1512-7, art. L1523-1, art. L1523-2, art. L1523-3, art. L1523-5, art. L1523-6, art. L1523-8, art. L1523-12, art. L1523-15, art. L1523-16, art. L1523-22, art. L1523-23, art. L1523-24, art. L1532-1 CDLD.

2.3.1. *Het nieuwe vennootschapsrecht*

259. WVV – Het wetboek van vennootschappen en verenigingen van 23 maart 2019¹³⁷⁰, afgekort het WVV, dat in werking is getreden op 1 mei 2019, vervangt het bestaande Wetboek van Vennootschappen, de Wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de stichtingen en de Europese politieke partijen en stichtingen, en de Wet van 31 maart 1898 op de beroepsverenigingen. Het WVV wil het rechtspersonenrecht moderniseren door middel van een aantal krachtlijnen. Een *eerste krachtlijn* is een doorgedreven vereenvoudiging. Die vereenvoudiging moet worden bereikt door onder meer de afschaffing van het onderscheid tussen burgerlijke en handelsvennootschappen (zie hieromtrent *supra*), een nieuwe dichotomie tussen het vennootschaps- en het verenigingsrecht die in één wetboek worden geïntegreerd, de afschaffing van de publieke vennootschappen en de beperking van de regels voorgehouden aan genoteerde vennootschappen, de beperking van het aantal strafbepalingen, en – het meest relevant voor dit hoofdstuk – de beperking van het aantal vennootschapsvormen. Een *tweede krachtlijn* is de keuze voor meer aanvullend recht en flexibiliteit, en een *derde krachtlijn* is de aanpassing aan Europese evoluties.¹³⁷¹

Een aantal van de wijzigingen die zijn aangebracht aan het vennootschapsrecht hebben mogelijk een impact op de intergemeentelijke samenwerking. Zo blijkt uit de memorie van toelichting bij het WVV onder meer de wens om het aantal vennootschapsvormen te beperken. Hiertoe worden er slechts drie vennootschapsvormen *behouden*: de naamloze vennootschap (NV), de besloten vennootschap (BV), en de coöperatieve vennootschap (CV). De NV krijgt haar historische eigenheid terug. Dit betekent dat er voldoende kapitaal wordt bijeengebracht om een onderneming van zekere omvang uit te bouwen, waarbij de identiteit van de medeaandeelhouders van ondergeschikt belang is. De NV is bedoeld voor de grote vennootschappen met een ruim aandeelhouderschap. De BV wordt de 'natuurlijke vorm' voor alle andere vennootschappen. Haar

¹³⁷⁰ BS 4 april 2019.

¹³⁷¹ Samenvatting en MvT bij het wetsontwerp van 4 juni 2018 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 3-4 en 7-16.

soepelheid zorgt dat zij bruikbaar is voor zowel kleine als grote vennootschappen die beslotenheid zoeken. Tot slot krijgt de CV haar oorspronkelijke eigenheid terug. Dit wil zeggen dat zij een onderneming voert op basis van het coöperatief gedachtegoed, zoals dat vervat ligt in de coöperatieve beginselen verwoord door de International Co-operative Alliance (ICA), die ook hun weg vonden naar Verordening nr. 1435/2003.¹³⁷²

Het WVV beoogt een flexibel vennootschapsrecht in voeren dat eenvoudig en voorspelbaar is, en dat tegelijkertijd rekening houdt met Europeesrechtelijke voorschriften. Dit idee wordt doorgetrokken in de NV, BV en de CV, aldus de memorie van toelichting.¹³⁷³ Door de dwingende Europese wetgeving bestond er minder ruimte om de regelgeving voor de NV aan te passen. Maar waar mogelijk is ook de NV flexibeler gemaakt.¹³⁷⁴ De CV blijft behouden als afzonderlijke vennootschapsvorm, maar wordt voorbehouden aan die vennootschappen die een onderneming voeren op basis van het coöperatief gedachtegoed zoals vervat in de ICA-beginselen. De CV is gedefinieerd naar analogie met de Europese coöperatieve vennootschap (SCE). De flexibiliteit die de CV vandaag aantrekkelijk maakt, wordt mogelijk gemaakt in de BV, waardoor de 'oneigenlijke' coöperatieven bijgevolg niet langer deze vorm moeten aannemen en BV's (kunnen) worden.¹³⁷⁵

Een belangrijke wijziging die het WVV heeft doorgevoerd is dat zowel vennootschappen als verenigingen voortaan de mogelijkheid hebben om economische activiteiten te beoefenen. Het 'winstoogmerk' wordt vervangen door de rechtstreekse of onrechtstreekse 'winstuitkering' onder de leden. Het

¹³⁷² MvT bij het wetsontwerp van 4 juni 2018 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 11.

¹³⁷³ MvT bij het wetsontwerp van 4 juni 2018 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 12.

¹³⁷⁴ MvT bij het wetsontwerp van 4 juni 2018 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 13.

¹³⁷⁵ MvT bij het wetsontwerp van 4 juni 2018 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 14-15.

nastreven van winstuitkering, en niet de aard van de activiteiten noch enig ideëel doel/oogmerk, is voortaan het enige criterium van onderscheid.¹³⁷⁶ Zie meer over deze economische activiteiten *infra* 3.

In zijn advies van 9 oktober 2017 formuleerde de afdeling Wetgeving van de Raad van State heel wat fundamentele kritiek op het voorontwerp van wet tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen. Eén van de opmerkingen was dat er in het voorontwerp niet genoeg aandacht werd besteed aan de gevolgen die de wijzigingen van het vennootschaps- en verenigingsrecht hebben voor andere wetgeving. Daarbij werd er onder meer gewezen op de gevolgen voor het boekhoudrecht en het fiscaal recht, maar wetgeving die betrekking heeft op publiekrechtelijke rechtspersonen – zoals de wetgeving op intergemeentelijke samenwerkingsverbanden – bleef buiten beschouwing.¹³⁷⁷ Ook in zijn advies nr. 63.906 van 13 september 2018 heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State hier geen aandacht aan besteed, noch aan de bevoegdheidsverdelende regels.¹³⁷⁸ Hieronder wordt de concrete impact van het hervormde federale vennootschaps- en verenigingsrecht op de regelgeving van intergemeentelijke samenwerking onderzocht.

2.3.2. *Het principe van de dynamische verwijzing*

260. Beginselen van wetgevingstechniek – De Raad van State, afdeling Wetgeving zet een aantal beginselen van wetgevingstechniek uiteen, waarvan één het principe van 'de dynamische verwijzing' is.¹³⁷⁹ Indien de wetgever dynamisch verwijst, is de tekst waarnaar wordt verwezen van toepassing, inclusief de eventuele latere wijzigingen ervan.¹³⁸⁰ Indien een wetgever een verwijzing

¹³⁷⁶ MvT bij het wetsontwerp van 4 juni 2018 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 17.

¹³⁷⁷ Adv.RvS nr. 61.988/2 van 9 oktober 2017 over een voorontwerp van wet tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, 133-137.

¹³⁷⁸ Adv.RvS nr. 63.906/2 van 13 september over het wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen.

¹³⁷⁹ Raad van State, *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, 2008, 61.

¹³⁸⁰ Adv.RvS nr. 65.617/3 van 5 april 2019 over een ontwerp van koninklijk besluit tot wijziging van het artikel 104 van het Algemeen Reglement op de Elektrische

gebruikt, is deze in principe altijd dynamisch van aard.¹³⁸¹ Tegenover dynamisch verwijzen staat 'statisch verwijzen'. Indien er statisch wordt verwezen is de tekst waarnaar er wordt verwezen van toepassing, maar wordt er rekening gehouden met de inhoud van de tekst op een welbepaalde datum. De verwijzing betreft dan de versie van de tekst op een bepaald ogenblik en eventuele wijzigingen van die tekst hebben geen invloed op de verwijzing.¹³⁸² De Raad van State benadrukt daarbij dat er in principe dynamisch wordt verwezen, maar dat het soms nuttig of nodig kan zijn om statisch te verwijzen. Dit kan het geval zijn indien de wetgever bang is dat toekomstige wijzigingen van de tekst waarnaar wordt verwezen strijdig of onbestaanbaar zullen zijn met de tekst die de wetgever opstelt.¹³⁸³ Bij de externe verwijzing bestaat er nog een onderscheid tussen "de verwijzing naar een bepaling en de verwijzing naar een regeling".¹³⁸⁴ In het Vlaamse Gewest kiest de decreetgever bij de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voor een combinatie van beide technieken door niet enkel te verwijzen naar bepalingen van

Installaties, overw. 8; Adv.RvS nr. 65.929/3 van 9 mei 2019 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering houdende de wijzigingen van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft garanties van oorsprong voor gas en warmte en koude, overw. 5.2.; in zijn handleiding onderscheidt de afdeling Wetgeving van de Raad van State twee mogelijkheden voor de wetgever om dynamisch te verwijzen. *Vooreerst* kan de tekst waarnaar wordt verwezen, worden aangegeven zonder te verwijzen naar de lezing op een welbepaalde datum en zonder opgave van de wijzigingen die hij reeds heeft ondergaan. *Daarnaast* kan de wetgever verwijzen naar 'de wetgeving met betrekking tot ...' of naar 'de reglementering met betrekking tot ...', waarbij de bedoelde aangelegenheid wordt vermeld. Het voordeel van deze tweede verwijzingstechniek is dat de verwijzing pertinent blijft, ongeacht de teksten die de aangelegenheid op een bepaald moment regelen, zie Raad van State, *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, 2008, 61; zie ook D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 210.

¹³⁸¹ J. VAN NIEUWENHOVE, "Tips voor wetgevingstechniek", *TVW* 2006, afl. 1, (57) 57; B. DE SUTTER, "Regelgeving door verwijzing en de bekendmakingsplicht van normen. Een analyse aan de hand van de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State", *TVW* 2012, afl. 4, (242) 245; zie ook: "*La Cour de cassation a décidé que: 'Lorsque le législateur se réfère, sans réserves, a une disposition de la législation en vigueur, il vise nécessairement cette disposition telle qu'elle a été éventuellement complétée ou modifiée.'*" (eigen onderlijning) in C. LAMBOTTE en P. TAPIE, *Technique législative et codification: notes et exemples*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 65.

¹³⁸² W. DE COCK, "Lokale besturen. Definities scherpgesteld", *TVW* 2014, afl. 2, (136) 137; J. VAN NIEUWENHOVE, "Tips voor wetgevingstechniek", *TVW* 2006, afl. 1, (57) 58: "Verwijzingen die een informatieve of identificerende functie hebben, zijn in de regel statisch."

¹³⁸³ Raad van State, *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, 2008, 61.

¹³⁸⁴ H. COREMANS, M. VAN DAMME, J. DUJARDIN, B. SEUTIN en G. VERMEYLEN, *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2016, 156.

toepassing op een specifieke rechtsvorm, met name de CV, maar door tegelijkertijd ook naar het WVV te verwijzen: "*Voor alles wat niet uitdrukkelijk geregeld is in deze titel zijn op het samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid de bepalingen van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen van toepassing die gelden voor de vennootschapsvorm van de coöperatieve vennootschap.*".¹³⁸⁵

De Vlaamse decreetgever hanteert een algemene verwijzingstechniek door de CV-bepalingen als aanvullend of suppletief recht voor te schrijven. In het Waalse Gewest worden de NV en de CVBA en in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest enkel de CVBA als uitgangspunt genomen om de intercommunale vorm te geven, waarop vervolgens afwijkingen mogelijk zijn. Het feit dat het in dit geval gaat om een gewestelijke regelgeving die verwijst naar een federale regelgeving, maakt het nog complexer. In zijn adviespraktijk gaf de Raad van State reeds een aantal wetgevingstechnische opmerkingen omtrent de federale en deelstatelijke wetgeving en (dynamische) verwijzingen naar normen op het ene of het andere niveau.¹³⁸⁶ De afdeling Wetgeving gaf al advies over de situatie waarbij *gemeenschappen en gewesten* de evolutie van een bedrag in hun regelgeving koppelen aan het federaal geregelde prijsindexcijfer. Indien de federale regelgeving op dat vlak wordt gewijzigd, wordt ook de wijze van indexering zoals bepaald in de gemeenschaps- en gewestregelgeving gewijzigd. Gelet op hun eigen materiële bevoegdheid en de mogelijkheid van het gebruik van het instrument

¹³⁸⁵ Art. 397, derde lid DLB.

¹³⁸⁶ De Raad van State benadrukte bijvoorbeeld dat de *federale wetgever* er rekening mee moet houden dat als hij dynamisch verwijst naar sociale statuten die door de gemeenschappen en de gewesten worden toegekend, dit tot gevolg heeft dat het personele toepassingsgebied van zijn regelingen kan worden gewijzigd buiten zijn wil om door evoluties in de regelgeving van de gemeenschappen en de gewesten, in Adv.RvS nr. 64.911/1 van 10 januari 2019 over een voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de programmawet van 27 april 2007, overw. 3.4; bij het hanteren van een dynamische verwijzing moet er bovendien worden opgelet voor bevoegdheidsoverschrijdende delegaties, zie C. JENART, "Regelgevend verwijzen naar externe standaarden – Een toetssteen der wijzen", *TVW* 2019, afl. 4, (234) 237; H. COREMANS, M. VAN DAMME, J. DUJARDIN, B. SEUTIN en G. VERMEYLEN, *Beingselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2016, 158.

van de indexeringsmechanisme, kunnen zij evenwel een einde maken aan de verwijzing naar het (gewijzigde) federale indexeringsmechanisme.¹³⁸⁷

261. Moeilijke toepassing van de dynamische verwijzing – Intussen is het Wetboek van Vennootschappen echter opgegeven en geïntegreerd in het nieuwe WVV en bestaat de CVBA-vorm niet langer. Noch bij het invoeren van die algemene verwijzing in het DIS in 2001, noch bij de overname van die bepaling in het DLB verduidelijkte de decreetgever wat er zou moeten gebeuren indien dit of een gelijkaardig scenario zich zouden voordoen. Nochtans "*moet [u]it de verwijzing (...) voldoende blijken wat de bedoeling van de regelgever is ten aanzien van de wijzigingen die later in de tekst, waarnaar verwezen wordt, zouden worden aangebracht. (...) Het grote bezwaar nochtans vormt het zoeken naar de precieze bedoeling van de tekst, inzonderheid wanneer de wet, het decreet of het besluit waarnaar verwezen is, achteraf wordt gewijzigd of opgeheven.*" (eigen onderlijning).¹³⁸⁸ In artikel 397, derde lid van het DLB lijkt er in ieder geval sprake te zijn van een dynamische verwijzing.¹³⁸⁹ Een eventuele andere bedoeling van de decreetgever blijkt niet uitdrukkelijk uit de voorbereidende werkzaamheden

¹³⁸⁷ Adv.RvS nr. 57.195/1 van 11 maart 2015 over een voorontwerp van wet 'tot verbetering van de werkgelegenheid, overw. 7; volgens DE SUTTER "*handhaaft de Raad (op dit punt) nog te vaak een eerder conservatief standpunt.*" (...) *De opmerking van de afdeling wetgeving van de Raad van State dat een deelstaat niet bevoegd is om een norm die de federale overheid binnen haar eigen bevoegdheidssfeer heeft vastgesteld te bevestigen, getuigt van een al te stringente houding. Een dergelijke bevestiging van een federale regeling heeft immers veeleer een louter declaratieve, en geen constitutieve waarde. De deelstaat stelt in geval van een dergelijke, 'bevestigende' verwijzing, immers geen nieuwe regel vast. Een regelgever die geen nieuwe regel vaststelt, kan zijn bevoegdheid ook niet overschrijden. Een 'bevestigende verwijzing' moet derhalve mogelijk zijn, maar vereist weliswaar bijzondere aandacht. De verwijzende overheid zal er immers moeten voor waken dat haar verwijzing actueel blijft wanneer die andere, bevoegde overheid beslist om de betrokken regeling te wijzigen, te vervangen of op te heffen*" (eigen onderlijning), in B. DE SUTTER, "Regelgeving door verwijzing en de bekendmakingsplicht van normen. Een analyse aan de hand van de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State", TVW 2012, afl. 4, (242) 247.

¹³⁸⁸ H. COREMANS, M. VAN DAMME, J. DUJARDIN, B. SEUTIN en G. VERMEYLEN, *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2016, 157; de opheffing van het Wetboek van Vennootschappen is precies wat er is gebeurd met het nieuwe WVV.

¹³⁸⁹ "Wanneer in een juridische tekst wordt verwezen naar regelgeving, zonder meer, dan is er sprake van een zogenaamde dynamische verwijzing. Dat wil zeggen dat iedere eventuele later wijziging ook automatisch in aanmerking wordt genomen." in W. DE COCK, "Lokale besturen. Definities scherpgesteld", TVW 2014, afl. 2 (136) 137.

van het DIS of het DLB. Dezelfde veronderstelling kan worden gemaakt ten aanzien van de Waalse en Brussels Hoofdstedelijke regelgeving.

Gelet op het principe van de dynamische verwijzing zouden voormelde artikelen onderhevig zijn aan de wijzigingen van de tekst waarnaar wordt verwezen. De toepassing van dit principe op de casus van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden is echter niet zo vanzelfsprekend. Op het eerste gezicht zou men de verwijzing naar 'het Wetboek van Vennootschappen' simpelweg kunnen vervangen door 'het WVV' en de 'CVBA' door de 'CV'. Dit plan werd vooropgesteld in het Vlaamse voorontwerp van decreet tot wijziging van diverse decreten wat betreft versterking van de lokale democratie¹³⁹⁰, en is intussen reeds doorgevoerd (zie *supra* nr. 248). Ook VAN GERVEN stelt voorop dat "[h]et decreet verwijst naar de CVBA. Onder het WVV dient deze verwijzing te worden gelezen als die van CV".¹³⁹¹ De Waalse decreetgever wil de keuzemogelijkheid tussen de NV en de CVBA eveneens wijzigen naar respectievelijk de NV en de CV.¹³⁹² Maar is dit wel nauwkeurig genoeg en juridisch sluitend?

Stellen dat de CVBA niet is afgeschaft maar enkel is omgevormd tot CV, lijkt te kort door de bocht te zijn. Bij de nog bestaande CVBA's wordt er voortaan namelijk een opdeling gemaakt tussen de 'oneigenlijke' en de 'echte' CVBA's. De BV is voortaan de nieuwe 'flexibele' vennootschap in plaats van de CV, wiens

¹³⁹⁰ Art. 81, 3° van het voorontwerp van decreet tot wijziging van diverse decreten wat betreft versterking van de lokale democratie, *Parl.St.* VI. Parl. 2019-2020, nr. 0880/2ter; "Enkel de coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (cv) blijft bestaan. De vennootschapsvorm met onbeperkte aansprakelijkheid verdwijnt dus." in X., "De gevolgen van de nieuwe vennootschapswetgeving voor de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in Vlaanderen", te raadplegen op www.matconnect.be, 2; de Vlaamse decreetgever stelt ook kleinere aanpassingen voorop om tegemoet te komen aan het WVV, o.a. de schrapping van de vereiste voor de dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging om een minimumkapitaal aan te houden, zie hiervoor art. 81, 3°, 83, 85 en 88 van het voorontwerp van decreet tot wijziging van diverse decreten wat betreft versterking van de lokale democratie, *Parl.St.* VI. Parl. 2019-2020, nr. 0880/2ter.

¹³⁹¹ W. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Brussel, Larcier, 2016, 102, vn. 473; vgl. P. ERNST, "Het nieuwe vennootschapslandschap" in D. BRULOOT, P. ERNST, A. FRANCOIS, K. MARESCEAU, C. PIETTE, R. TAS en M. WYCKAERT, *De nieuwe vennootschapswet*, Mechelen, Kluwer, 2018, (1) 41.

¹³⁹² Zie voor het Vlaamse Gewest: art. 81, 2°-3° van het voorontwerp van decreet tot wijziging van diverse decreten wat betreft versterking van de lokale democratie, *Parl.St.* VI. Parl. 2019-2020, nr. 0880/2ter; wat het Waalse Gewest betreft, rijst er nog twijfel over of de BV eveneens als keuzemogelijkheid zal worden opgenomen.

toepassingsgebied is verengd. Oneigenlijke coöperatieven moeten daardoor niet langer de CV-vorm, maar de BV-vorm aannemen.¹³⁹³ Dit lijkt te worden versterkt door het feit dat bestaande CVBA's die niet voldoen aan de definitie van CV in artikel 6:1 van het WVV op 1 januari 2024 van rechtswege worden omgezet naar een BV.¹³⁹⁴ Bovendien blijven CVBA's die niet beantwoorden aan de definitie van CV, tot hun omzetting in een andere rechtsvorm, beheerst door het Wetboek van vennootschappen¹³⁹⁵, met dien verstande dat de dwingende bepalingen uit het WVV die van toepassing zijn op de BV, toepasselijk zijn op voormelde CVBA.¹³⁹⁶ Ook moest vanaf 1 januari 2020 de benaming 'coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid' als 'coöperatieve vennootschap' worden gelezen, maar dit enkel voor zover de vennootschap aan de definitie van CV in artikel 6:1 van het WVV beantwoordt.¹³⁹⁷

Het is met andere woorden te onnauwkeurig om te stellen dat de CVBA-vorm is omgevormd tot of werd vervangen door de CV-vorm. Juister is dat de CVBA is afgeschaft en er met de CV geen rechtsvorm is gecreëerd louter ter vervanging van de CVBA. De CV is in dat opzicht een *nieuwe* rechtsvorm aan dewelke het coöperatieve gedachtegoed aan de basis moet liggen.

¹³⁹³ MvT bij het wetsontwerp van 4 juni 2018 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 14-15.

¹³⁹⁴ Art. 41, §2 WVV; M. MONARD en M. THEYSKENS, "Het nieuwe vennootschapsrecht – One size fits all: de BV als nieuwe standaard-vennootschap.", *T.Not.* 2019, afl. 5, (367) 385-386.

¹³⁹⁵ MvT bij het wetsontwerp van 4 juni 2018 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 352-353; E. LEROUX, "Nieuw Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: tijd voor actie", *TEP* 2019, afl. 1, (4) 8.

¹³⁹⁶ Art. 41, §1 WVV; art. 39, §2 van de wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, schrijft meer algemeen voor dat de dwingende bepalingen van het WVV van toepassing zijn vanaf 1 januari 2020. Statutaire bepalingen die in strijd zijn met deze dwingende bepalingen worden vanaf die dag voor niet geschreven gehouden. De aanvullende bepalingen van het WVV worden slechts van toepassing in zoverre zij niet door statutaire clausules worden uitgesloten.

¹³⁹⁷ De memorie van toelichting voegt daar nog aan toe dat de afkorting 'CV' in de plaats komt van 'CVBA', MvT bij het wetsontwerp van 4 juni 2018 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3119/001, 349; over de overgangsbepalingen bij het WVV, zie E. LEROUX, "Nieuw Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: tijd voor actie", *TEP* 2019, afl. 1, 4-9.

Van een automatische aanpassing die de dynamische verwijzing impliceert, kan er dus geen sprake zijn. In eerste instantie was mijn reflex dat de intussen opgeheven CVBA-bepalingen daardoor als een *lex specialis* gelden ten aanzien van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in de drie gewesten en dit tot nader optreden van de decreet- en ordonnantiegever. De dynamische interpretatie zou zo een statische interpretatie worden, wat in ieder geval meer rechtszekerheid zou bieden dan het tweede – juistere – mogelijke gevolg. Maar meer doorgeredeneerd, vindt er volgens mij een dynamische interpretatie plaats naar niet langer bestaande bepalingen, waardoor er eenvoudigweg geen kader als terugvalbasis meer is en het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 als enig geldende regelgeving overblijven. Ten aanzien van de bepaling in de Waalse regelgeving dat 'intercommunales de vorm aannemen van een NV' lijkt de dynamische interpretatie wel doorgang te kunnen vinden, aangezien de 'nieuwe' NV duidelijk ter vervanging van de 'oude' is ingevoerd. Artikel L1523-1 van de CDLD wordt in dat opzicht automatisch aangepast. Een optreden van de decreet- en ordonnantiegever naar aanleiding van de aanname het WVV is dus niet per se vereist.

De wetgevingstechniek van de regelgeving door verwijzing biedt duidelijk niet enkel voordelen, integendeel.¹³⁹⁸ De Raad van State wijst in zijn adviespraktijk onder meer op de verminderde leesbaarheid en verminderde toegankelijkheid van de verwijzende regelgeving.¹³⁹⁹ "[D]e rechtzoekende [zal] immers steevast (...), in geval van een zogeheten externe verwijzing, minstens twee wetteksten ter hand moeten nemen om de geraadpleegde rechtsregel ten volle te kunnen

¹³⁹⁸ Voor een kritische beschouwing van de regelgeving door verwijzing, zie M. NIHOUL en C. VISART DE BOCARME, "Le risque accru de légiférer par référence en droit pénal: un exemple récent en matière d'écoutes téléphoniques", *JT* 2002, afl. 16, (318) 318; T. CORTHAUT, J. RIEMSLAGH, F. VANNESTE en J. VAN NIEUWENHOVE, "Behoorlijke wetgeving in de adviespraktijk van de afdeling Wetgeving van de Raad van State (2017 en 2018)", *TVW* 2019, afl. 2, (82) 106; H. COREMANS, M. VAN DAMME, J. DUJARDIN, B. SEUTIN en G. VERMEYLEN, *Beginnelsen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2016, 155.

¹³⁹⁹ Adv.RvS nr. 20.325 van 30 oktober 1990 over artikel 60 van het ontwerp van decreet bestuurlijk beleid, meer bepaald betreffende de nieuwe artikelen 32*septies* e.v. van de wet van 26 maart 1971 op de bescherming van de oppervlaktewateren tegen verontreiniging vervat in dat artikel 60, 11; zie ook Adv.RvS 19.808 van 20 april 1990 over een voorontwerp van decreet tot oprichting van de Vlaamse Vervoermaatschappij, overw, 3.4; zie ook Omz. van 9 mei 2014, nr. VR/2014/4 'Wetgevingstechniek', nr. 141.

vatten", aldus DE SUTTER.¹⁴⁰⁰ Bij de Vlaamse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zijn dit tot op heden zelfs drie wetgevingsinstrumenten, met name het DLB, het WVV en de verouderde Omzendbrief van in 2003. Om een volledig beeld te hebben van de intercommunale komen daar bovendien nog de statuten bij, die bovendien verschillen van entiteit tot entiteit.

262. Weloverwogen wil van de decreetgever – De in het verleden gemaakte keuze om suppletief naar de CVBA-bepalingen te verwijzen, was gestoeld op het feit dat deze rechtsvorm het best overeenstemt met de structuur van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.¹⁴⁰¹ Het argument dat de Vlaamse decreetgever naar voren heeft geschoven, namelijk dat de 'nieuwe' CV aansluit bij de vroegere rechtsvorm van de CVBA, lijkt me te ongenueanceerd te zijn.¹⁴⁰² Om de redenen die hierboven zijn vermeld, kan dit immers in twijfel worden getrokken. De decreetgever laat de vraag of de CV op heden het best overeenstemt met de structuur van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in vergelijking met de andere vennootschaps- en verenigingsvormen, onbeantwoord.

Nu de verschillen tussen de CV en de BV beperkt(er) zijn geworden en de BV uitdrukkelijk als *default*-vorm naar voren wordt geschoven, lijkt de afweging of de CV dan wel de BV als suppletieve rechtsvorm moet gelden nochtans een zinvolle oefening.¹⁴⁰³ Gelet op de onduidelijkheid die een dynamische verwijzing met zich meebrengt¹⁴⁰⁴, is het spijtig dat de creatie van een volledig *sui generis*-statuut op zijn minst niet werd overwogen (zie *infra* DEEL III).

¹⁴⁰⁰ B. DE SUTTER, "Regelgeving door verwijzing en de bekendmakingsplicht van normen. Een analyse aan de hand van de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State", *TVW* 2012, afl. 4, (242) 242-249.

¹⁴⁰¹ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 13.

¹⁴⁰² MvT bij het ontwerp van decreet tot wijziging van diverse decreten, wat betreft versterking van de lokale democratie, *Parl.St.* VI.Parl. 2020-21, nr. 790/1, 46.

¹⁴⁰³ Zie ook P. ERNST, "Het nieuwe vennootschapslandschap" in D. BRULOOT, P. ERNST, A. FRANÇOIS, K. MARESCEAU, C. PIETTE, R. TAS en M. WYCKAERT, *De nieuwe vennootschapswet*, Mechelen, Kluwer, 2018, (1) 46: "De bv wordt daartoe door de wetgever als onthaalstructuur opgezet (...). Het aantal verschilpunten tussen cv en bv is beperkt."

¹⁴⁰⁴ Dat verschillende entiteiten twijfelen over het statuut van de intercommunale blijkt bijvoorbeeld uit de lijst publieke eenheden van het Instituut voor de Nationale Rekeningen, waarin er naast de 'categorie van de eenheid: intercommunale' weliswaar

2.4. Doorkruisingsleer en tweewegenleer

263. Kunnen gemeenten zich ook op het privaatrecht beroepen? – De bevoegde organieke wetgever greep al vanaf de beginjaren van de intercommunalisatie terug naar het privaatrecht bij de vormgeving van de intercommunale. Hierboven werd die creatie van hybride rechtsvormen door de wetgever geanalyseerd, getoetst aan de bevoegdheidsverdelende regels, en werd er nagegaan wat de impact is van het nieuwe WVV. Dat de bevoegde wetgever gebruik maakt en mág maken van het privaatrecht in het kader van de intercommunalisatie is duidelijk. Maar kunnen gemeenten zich naast de rechtsgrond in de organieke regeling omtrent intergemeentelijke samenwerking ook op het privaatrecht beroepen om intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op te richten? Ook al is die vraag al uitvoerig behandeld in de rechtsleer, kan het antwoord hier niet ontbreken aangezien er in DEEL III een blik wordt geworpen op Nederland waar die privaatrechtelijke weg openstaat.

De vraag of gemeenten van het privaatrecht gebruik kunnen maken om zich te verenigen via de oprichting van een rechtspersoon kadert in het leerstuk van de (organisatierechtelijke) tweewegenleer. Kort samengevat houdt de tweewegenleer in dat een overheid de principiële vrije keuze heeft om het algemeen belang te behartigen door middel van het publiekrecht of het privaatrecht. De overheid volgt daarbij respectievelijk de 'publiekrechtelijke weg' of de 'privaatrechtelijke weg' om zijn discretionaire bevoegdheid uit te oefenen.

264. Nederland: doorkruisingsleer – De tweewegenleer die in België op een algemene wijze wordt aanvaard, vindt haar oorsprong in Nederland.¹⁴⁰⁵ Het arrest van de Nederlandse Hoge Raad van 8 juni 1882 stelde de tweewegenleer voor het

een opdeling is gemaakt tussen 'type' en 'rechtsvorm', maar waarbij er enkel bij de Vlaamse intercommunales bij 'type' is aangegeven dat zij 'IGS' (cf. intergemeentelijke samenwerkingsverbanden) zijn. Bij de Waalse intercommunales is niets aangegeven in de categorie 'type' – zie de lijst op <https://inr-icn.fgov.be/nl/publicatie/nationale-en-regionale-rekeningen>.

¹⁴⁰⁵ Zie bijvoorbeeld omtrent de tweewegenleer en doorkruisingsleer in België en Nederland, de bijdragen geschreven in het kader van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER, K.-J. VANDORMAEL, P. HUISMAN, F. VAN OMMEREN e.a., *Preadviezen 2015*, Den Haag, Boom juridisch, 2015, 362 p.

eerst voorop door te oordelen dat de overheid ter behartiging van publieke belangen en om publieke bevoegdheden te vervullen, mag kiezen of ze privaatrechtelijke of publiekrechtelijke technieken gebruikt.¹⁴⁰⁶ Zelfs als er een specifieke publiekrechtelijke bevoegdheid of procedure bestond, mocht de overheid voor een privaatrechtelijke werkwijze kiezen. Mettertijd wees de Nederlandse Hoge Raad toch op twee beperkingen. In zijn Kruseman-arrest van 13 april 1962 stelt de Hoge Raad voorop dat de overheid de privaatrechtelijke weg mag inslaan als dit, *ten eerste*, niet in strijd is met de wet en, *ten tweede*, als ze daarbij geen misbruik maakt van haar bevoegdheden of van een feitelijke machtspositie.¹⁴⁰⁷ Tot aan het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw werd het privaatrecht dan ook als het 'gemene' recht beschouwd dat gold voor zover het publiekrecht er niet van afweek.¹⁴⁰⁸

De laatste decennia begon de Nederlandse rechtsleer zich echter vragen te stellen bij de traditionele tweewegenleer zoals hierboven omschreven. DUIJKERSLOOT, DE GIER, JURGENS en SCHUELER stellen enkele belangrijke punten van kritiek voorop bij de hantering van het privaatrecht, met name dat de bevoegdheidsverdeling hierdoor kan worden doorkruist, dat bepaalde publiekrechtelijke waarborgen in dat geval niet gelden, dat de bestuursrechtelijke rechtsbescherming niet speelt, dat de overheid zich soms van meer rechten, bevoegdheden en een grotere vrijheid ten opzichte van de contractspartner kan verzekeren indien ze zich beroept op het privaatrecht en, ten slotte, dat het publiekrechtelijke regime voor eenieder geldt maar dat dit niet het geval is bij de hantering van het privaatrecht.¹⁴⁰⁹

¹⁴⁰⁶ Hoge Raad (NL), 8 juni 1882.

¹⁴⁰⁷ Hoge Raad (NL) 13 april 1962, ECLI:NL:HR:1962:34, Kruseman; S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek Bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 100.

¹⁴⁰⁸ A.P.W. DUIJKERSLOOT, A.A.J. DE GIER, G.T.J.M. JURGENS en B.J. SCHUELER, *De doorkruisingsleer in perspectief. Een onderzoek naar de mogelijke inzet van het privaatrecht ter behartiging van publieke belangen in de gemeentelijke praktijk*, Den Haag, Drukkerij Excelsior, 2010, 11-12; D. D'HOOGHE, "De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen", *T.Gem.* 1995, afl. 2, (75) 76.

¹⁴⁰⁹ A.P.W. DUIJKERSLOOT, A.A.J. DE GIER, G.T.J.M. JURGENS en B.J. SCHUELER, *De doorkruisingsleer in perspectief. Een onderzoek naar de mogelijke inzet van het privaatrecht ter behartiging van publieke belangen in de gemeentelijke praktijk*, Den Haag, Drukkerij Excelsior, 2010, 12; F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten

De Nederlandse Hoge Raad had oor naar deze argumenten en nuanceerde zijn tweewegenrechtspraak in het Windmill-arrest van 26 januari 1990.¹⁴¹⁰ In dit arrest stelde de Hoge Raad voor het eerst grenzen aan het gebruik van het privaatrecht door de overheid. Hiertoe creëerde de Hoge Raad de leer van de onaanvaardbare doorkruising, of de doorkruisingsleer, die een aantal stappen voorop stelt. Een eerste stap in de doorkruisingsleer is het beantwoorden van de zogenaamde 'voorzwaag'. Daarmee wordt gepolst of het wettelijk is voorzien dat de overheid de privaatrechtelijke weg mag gebruiken. Indien de wet zelf het antwoord biedt of indien blijkt uit de bedoeling van de wetgever dat de privaatrechtelijke weg toegelaten of verboden is, is dit uiteraard respectievelijk mogelijk of onmogelijk. Indien er niets is bepaald, mag het privaatrecht enkel worden gehanteerd indien de publiekrechtelijke regeling niet op een onaanvaardbare wijze wordt doorkruist.¹⁴¹¹

Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een dergelijke onaanvaardbare doorkruising, spelen er drie criteria. *Ten eerste* wordt de inhoud en de strekking van de betrokken regeling in aanmerking genomen. Die kunnen blijken uit de geschiedenis, één en ander tegen de achtergrond van de overige (on)geschreven regels van het publiekrecht. *Ten tweede* wordt de wijze waarop en de mate waarin de belangen van de burgers zijn beschermd door de regeling in de beoordeling betrokken – opnieuw één en ander tegen de achtergrond van de overige (on)geschreven regels van het publiekrecht. *Ten derde* wordt onderzocht of de overheid een vergelijkbaar resultaat kan bereiken met de publiekrechtelijke weg als met de privaatrechtelijke weg. Indien het mogelijk is om een vergelijkbaar resultaat te bekomen met de publiekrechtelijke weg is dit een belangrijke aanwijzing dat er geen plaats is voor het inslaan van de privaatrechtelijke weg. Indien uit de afweging van deze criteria blijkt dat er sprake is van een onaanvaardbare doorkruising, dan is het gebruik van het privaatrecht niet

UGent, 2003, 79; S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek Bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 101.

¹⁴¹⁰ Hoge Raad (NL) 26 januari 1990, nr. 13724, ECLI:NL:HR:1990:AC0965, Windmill.

¹⁴¹¹ Hoge Raad (NL) 26 januari 1990, nr. 13724, ECLI:NL:HR:1990:AC0965, Windmill, overw. 3.2.

toegestaan – anders vormt dit geen probleem.¹⁴¹² De keuzevrijheid van de overheid is bijgevolg niet langer absoluut.¹⁴¹³ In de jaren die daarop volgden, verfijnde de Nederlands Hoge Raad de doorkruisingsleer in zijn rechtspraak.¹⁴¹⁴ Tot op vandaag wordt deze doorkruisingsleer nog bijgeschaafd en besproken in de rechtsleer. Zo stelde HUISMAN bijvoorbeeld recent nog dat "[h]et [goed] zou (...) zijn als de wetgever zich daar meer bewust van zou worden en zich meer dan nu (in de wettekst of de toelichting daarbij) uitlaat over de toelaatbaarheid van de privaatrechtelijke weg".¹⁴¹⁵

265. Doorwerking in België – De van oorsprong Nederlandse tweewegenleer en doorkruisingsleer kende haar doorwerking in België. Bijgevolg is het ook in België algemeen aanvaard dat de overheid zich niet enkel op het publiekrecht maar ook op het privaatrecht kan beroepen bij de uitoefening van haar taken.¹⁴¹⁶

¹⁴¹² Hoge Raad (NL) 26 januari 1990, nr. 13724, ECLI:NL:HR:1990:AC0965, Windmill, overw. 3.2.

¹⁴¹³ Voor een duidelijk overzicht van de doorkruisingsleer in Nederland, zie A.P.W. DUIJKERSLOOT, A.A.J. DE GIER, G.T.J.M. JURGENS en B.J. SCHUELER, *De doorkruisingsleer in perspectief. Een onderzoek naar de mogelijke inzet van het privaatrecht ter behartiging van publieke belangen in de gemeentelijke praktijk*, Den Haag, Drukkerij Excelsior, 2010, 9-37; zie ook M.W. SCHELTEMA en M. SCHELTEMA, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, 6.3.1.2 De doorkruisingsleer van de Hoge Raad; zie voor recente rechtspraak G.A. VAN DER VEEN, "Afscheid van de twee-wegenleer? De doorkruisingsleer", *Groene Serie Verbintenissenrecht* Boek 6 BW, aant. 102.3, te raadplegen via <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D07E21&cpid=WKNL-LTR-Nav2>, en zie de aldaar aangehaalde Nederlandse rechtsleer.

¹⁴¹⁴ Het valt buiten de scope van dit onderzoek om hier uitgebreid op in te gaan, maar de belangrijkste arresten in dit kader zijn: Hoge Raad (NL) 9 juli 1990, nr. 13952, ECLI:NL:PHR:1990:AN1176, De Pina/Helmond; Hoge Raad (NL) 11 oktober 1996, 16048, ECLI:NL:HR:1996:ZC2167, Wernsen/Amsterdam; Hoge Raad (NL) 18 februari 1994, nr. 15239, ECLI:NL:HR:1994:ZC1267, Staat/Kabayel; Hoge Raad (NL) 15 juni 2001, nr. C99/350HR, ECLI:NL:HR:2001:AB2149, Wessels/Almelo; Hoge Raad (NL) 8 juli 1991, nr. 14290, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315, Kunst- en Antiekstudio/Lelystad; Hoge Raad (NL) 20 december 2002, nr. C01/035HR, ECLI:NL:HR:2002:AE9249, SKV III; Hoge Raad (NL) 22 oktober 1993, nr. 15164, ECLI:NL:HR:1993:ZC1107, Staat/Magnus; Hoge Raad (NL) 7 april 2000, nr. C98/223HR, ECLI:NL:HR:2000:AA5401, Parkeerexploitatie/Amsterdam; Hoge Raad (NL) 5 juni 2009, nr. 07/10902, ECLI:NL:HR:2009:BH7845, Amsterdam/Geschiere; Hoge Raad (NL) 11 december 1992, nr. 14484, ECLI:NL:HR:1992:ZC0788, Brandweerkosten; Hoge Raad (NL) 2 mei 2003, nr. C02/209HR, ECLI:NL:PHR:2003:AF2848, Nunspeet/Mulder.

¹⁴¹⁵ P. HUISMAN, "De toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen: de doorkruisingsformule en enige andere maatstaven", *JBplus* 2020, afl. 1, 5.

¹⁴¹⁶ Al in 1948 wees MERTENS op deze "*basisregel van het administratief recht, nl. dat de overheidslichamen voor de voorziening in de hun toevertrouwde belangen, d.w.z. voor de oprichting en werking der openbare diensten, de keuze hebben tussen het*

Ze heeft met andere woorden de principiële vrije keuze om het algemeen belang te behartigen door middel van het publiekrecht of het privaatrecht en dus om de publiekrechtelijke weg of de privaatrechtelijke weg te bewandelen.¹⁴¹⁷

De Belgische tweewegenleer – gebaseerd op haar Nederlandse variant – voorziet dat de overheid gebruik kan maken van het privaatrecht indien er is voldaan aan vier voorwaarden. *Ten eerste* mag het gebruik van het privaatrecht niet in strijd zijn met enige dwingende positiefrechtelijke regeling. *Voorts* mag er geen afbreuk worden gedaan aan de belangen van derden. *Ten derde* mag het gebruik van het privaatrecht niet in strijd zijn met de algemene beginselen van het publiek recht en, *ten slotte*, mag er geen sprake zijn van een schending van de bevoegdheidsverdelende regels.¹⁴¹⁸

privaatrechtelijk en het publiekrechtelijk procedé. Zij passen van beide datgene toe dat hun het meest oordeelkundig voorkomt, derwijze dat ook voor het werken van een openbare dienst naar de regelen van het privaat recht, en nl. naar het privaat overeenkomstenrecht kan verwezen worden." in J. MERTENS, "De contractuele verantwoordelijkheid van de Openbare Besturen", *TBP* 1948, (111) 117; "Volgens de tweewegenleer kan de overheid, bij de behartiging van haar taken van algemeen belang, naast de publiekrechtelijke weg ook de privaatrechtelijke weg bewandelen." zie S. VERBEYST, "De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen", *TBP* 2017, afl. 4, (233) 234.

¹⁴¹⁷ De tweewegenleer regelt het gebruik van het privaatrecht door de overheid 'in het algemeen' en niet enkel ten aanzien van de vormgeving en oprichting van rechtspersonen. Hoewel het leerstuk van de tweewegenleer in het hoofdstuk over de rechtsvorm van de intercommunale aan bod komt, is het te onthouden dat de tweewegenleer een ruimere draagwijdte kent dan enkel het gebruik van het privaatrecht op het vlak van de rechtsvorm – zie voor de tweewegenleer in het kader van overeenkomsten onder meer S. LIERMAN en S. VERBEYST, "Het contractueel beleidsinstrument in het omgevingsrecht: een casusbespreking van de activiteitencontracten en convenanten", *TROS* 2019, afl. 95, 189-201 en K. LEUS, "Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene, de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?" in X., *Bijzondere overeenkomsten 2007-2008. Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, 405-437; S. BAETEN, *De overheid als ondernemer*, Brugge, die Keure, 2003, 144 e.v.

¹⁴¹⁸ D. D'HOOGHE, "De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen", *T.Gem.* 1995, afl. 2, (75) 78-79; S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER en K.-J. VANDORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht", *TPR* 2016, afl. 2-3, (489) 494-495; S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek Bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 102-103; zie voor een bespreking van de voorwaarden van de tweewegenleer: D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 19-39.

Indien de overheid er binnen de organisatierechtelijke tweewegenleer voor kiest om de publiekrechtelijke weg te volgen bij het oprichten van een rechtspersoon, dan baseert zij zich op een wet, een decreet of een ordonnantie om de rechtspersoon op te richten.¹⁴¹⁹ Indien de voorwaarden van de tweewegenleer zijn vervuld, staat op grond van de organisatierechtelijke tweewegenleer voor de overheid naast deze publiekrechtelijke weg in beginsel ook een privaatrechtelijke weg open. Als die 'private' weg wordt gevolgd, beroept de overheid zich niet op een specifieke wettelijke grondslag maar op het private vennootschaps- of verenigingsrecht om een entiteit op te richten.¹⁴²⁰ Een sneller privaatrechtelijk beslissingsproces, een lagere personeelskost via contractuelen, het ontbreken van een log publiekrechtelijk statuut met een aantal inherente verplichtingen, bedrijfsvriendelijkheid, enzovoort zijn allemaal beweegredenen die de overheid ertoe aanzetten om zich op het privaatrecht te beroepen bij de vormgeving van overheidsentiteiten.

Voor de wettelijke grondslag van de tweewegenleer wordt – in het kader van het contractenrecht – op aangeven van D'HOOGHE traditioneel teruggegrepen naar artikel 1123 van het Burgerlijk Wetboek.¹⁴²¹ Dit artikel betreft de vrijheid van

¹⁴¹⁹ "Het publiekrechtelijke procedé houdt in dat de gemeente gebruik maakt van haar publiekrechtelijke bevoegdheid om welbepaalde gemeentelijke taken te behartigen (b.v. opleggen belastingen, heffen retributies, onteigenen, oprichten van een autonoom gemeentebedrijf, ...)." in F. VANDENDRIESSCHE, "Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2007, afl. 1, (27) 27; "Wordt gebruikgemaakt van de publiekrechtelijke weg, dan richten de gemeenten, provincies en OCMW's een rechtspersoon op overeenkomstig het specifieke publiekrechtelijke statuut dat uitgewerkt werd door de decreetgever op basis van de autonome bevoegdheidsgronden zoals deze hierboven beschreven zijn." in J. VANPRAET, *De latente staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2011, 457; D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 151.

¹⁴²⁰ "De privaatrechtelijke weg houdt in dat de gemeente beroep doet op privaatrechtelijke rechtstechnieken, zoals het sluiten van contracten of het oprichten van of deelnemen in private rechtspersonen. De gemeente gebruikt dan – net zoals een privépersoon – de bestaande privaatrechtelijke kaderreglementeringen om een contract te sluiten of een rechtspersoon op te richten." in F. VANDENDRIESSCHE, "Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2007, afl. 1, (27) 27; "De privaatrechtelijke weg impliceert dat de gemeenten, provincies en OCMW's een rechtspersoon oprichten zonder bijzondere wettelijke machtiging en dit overeenkomstig de regels van het federale vennootschaps- en rechtspersonenrecht. Dit zou hen de mogelijkheid bieden om het specifieke decretale kader naast zich neer te leggen." in J. VANPRAET, *De latente staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2011, 457.

¹⁴²¹ D. D'HOOGHE, "De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen", *T.Gem.* 1995, afl. 2, (75) 78; volgens D'HOOGHE wordt "[d]e algemene bevoegdheid van de overheid om

contractsluiting. Er rijst echter discussie omtrent de vraag of een overheid de privaatrechtelijke weg mag bewandelen zonder wettelijke machtiging, en zo ook over de verenigbaarheid van de oprichting van een rechtspersoon via de privaatrechtelijke weg met het legaliteitsbeginsel.¹⁴²² Volgens het Rekenhof, de Raad van State en de meerderheid van de rechtsleer is artikel 1123 van het Burgerlijk Wetboek onvoldoende als grondslag om een rechtspersoon op te richten. Zij lijken een *machtiging* bij wet, decreet of ordonnantie te vereisen opdat een overheid een rechtspersoon kan oprichten op grond van het vennootschaps- en het verenigingsrecht. Dit wordt ook wel 'de privaatrechtelijke weg na publiekrechtelijke machtiging' genoemd of 'een publiekrechtelijke weg in privaatrechtelijke vorm'.¹⁴²³ Indien de wetgever tussenkomt en de overheid een machtiging verleent om het privaatrecht te gebruiken bij de oprichting van een rechtspersoon, kan die machtiging bovendien worden gekoppeld aan bepaalde voorwaarden. Andere rechtsleer stelt dat een machtiging niet nodig is en dat de gemeenten de 'zuiver' private weg kunnen volgen.¹⁴²⁴ Die mogelijkheid wordt

te contracteren (...) overigens impliciet bevestigd in andere bepalingen van het Burgerlijk Wetboek", zie dezelfde bijdrage, zelfde pagina, vn. 11 en de aldaar aangehaalde wetsartikelen; K. LEUS, "Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene, de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?" in X., *Bijzondere overeenkomsten 2007-2008. Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (405) 410; zie ook D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 21-22.

¹⁴²² "Betwist is met name of een gemeente zonder meer van het private verenigings- en vennootschapsrecht gebruik kan maken ("de zuivere private weg") om een rechtspersoon op te richten, dan wel slechts nadat ze hiertoe bij wet, decreet of ordonnantie is gemachtigd ("de privaatrechtelijke weg na publiekrechtelijke machtiging").", aldus VANDENDRIESSCHE in F. VANDENDRIESSCHE, "Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2007, afl. 1, (27) 27.

¹⁴²³ Zie de aangehaalde rechtsleer in F. VANDENDRIESSCHE, "Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2007, afl. 1, (27) 27 en S. BAETEN, "Variaties op verzelfstandigingsthema's: enkele bedenkingen over de tweewegenleer en het annulatiecontentieux naar aanleiding van het Cassatiearrest van 8 november 1996", *CDPK* 1999, (83) 86, vn. 21; S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek Bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 103; F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 109.

¹⁴²⁴ Zie de aangehaalde rechtsleer in F. VANDENDRIESSCHE, "Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2007, afl. 1, (27) 27; D. D'HOOGHE, "De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen", *T.Gem.* 1995, afl. 2, (75) 88 e.v.; F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 109.

gesteund op voormeld artikel 1123 van het Burgerlijk Wetboek dat inhoudt dat eenieder contracten kan afsluiten voor zover daartoe niet onbekwaam verklaard, en op het vennootschaps- en verenigingsrecht dat in beginsel eenieder – en dus ook de overheid – machtigt om een vennootschap of vereniging op te richten of erin deel te nemen. In het licht van wat hierboven reeds werd uiteengezet, nl. dat de federale bevoegdheid voor het vennootschaps- en verenigingsrecht beperkt is tot het 'gemeen' vennootschapsrecht en dit moet worden geïnterpreteerd als het recht dat de wijze bepaalt waarop *private personen* vennootschappen en verenigingen kunnen oprichten¹⁴²⁵, rijst de vraag of dit wel opgaat.

Indien er bij elke oprichting van een rechtspersoon evenwel een machtiging is vereist, kan er bezwaarlijk nog sprake zijn van een tweewegenleer en een bijhorende vrije keuze voor de overheid om zich al dan niet op het privaatrecht te beroepen. Dit lijkt mij het voornaamste argument te zijn om te kunnen stellen dat er géén machtiging is vereist bij het oprichten van een rechtspersoon op grond van het privaatrecht, uiteraard indien de voorwaarden van de tweewegenleer zijn gerespecteerd.¹⁴²⁶ De oprichting van rechtspersonen in private vorm vindt zijn grondslag dan eenvoudigweg in het vennootschaps- en het verenigingsrecht in combinatie met artikel 1123 van het Burgerlijk Wetboek.¹⁴²⁷

Op deze machtigingsvraag wordt hier niet verder ingegaan aangezien er ten aanzien van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden een relatieve eensgezindheid bestaat, zoals hieronder blijkt. Ten aanzien van de gemeente lijkt er wat meer onduidelijkheid te bestaan.¹⁴²⁸

¹⁴²⁵ J. VANPRAET, *De latente staatsvorming*, Brugge, die Keure, 2011, 450-451.

¹⁴²⁶ Zie ook F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 109.

¹⁴²⁷ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 83-96; zie ook S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsel, Intersentia, 2017, 139-140.

¹⁴²⁸ "De uitvoering van gemeentelijke en provinciale opdrachten moet principieel gebeuren binnen de eigenlijke gemeentelijke en provinciale organisatie zelf. Daarvan uitgaande kunnen zij niet overgedragen worden aan natuurlijke personen of rechtspersonen tenzij in de wettelijke toegelaten vormen. Gemeenten en provincies zijn organen van publiek recht. Geen enkele wet staat hen toe hun opdrachten geheel of gedeeltelijk te laten behartigen door het privaatrecht." in Omz. van 21 april 1993 BA-93/03 betreffende de

Vermeldenswaardig is nog het recht van vereniging dat vervat is in artikel 27 van de Grondwet. In 2014 oordeelde het Grondwettelijk Hof dat de vrijheid van vereniging tot doel heeft om de oprichting van private verenigingen en de deelname aan hun activiteiten te waarborgen en dat zij niet van toepassing is op gemeenten.¹⁴²⁹ Gemeenten kunnen zich bijgevolg niet op dit grondwetsartikel beroepen om een intergemeentelijk samenwerkingsverband op te richten.¹⁴³⁰

266. Toegepast op intergemeentelijke samenwerking – Met de grondwettelijke verankering van de mogelijkheid voor gemeenten om intergemeentelijk samen te werken en de decreten en de ordonnantie die ter uitvoering van de grondwetsbepaling zijn aangenomen, staat er een publiekrechtelijke weg voor de gemeenten open. Door intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op te richten op grond van deze bepalingen, kiest de gemeente bijgevolg voor de publiekrechtelijke weg of het publiekrechtelijk procedé en maakt zij "*gebruik (...) van haar publiekrechtelijke bevoegdheid om welbepaalde gemeentelijke taken te behartigen*".¹⁴³¹

De vraag of twee of meer gemeenten zich op het privaatrechtelijke vennootschaps- en verenigingsrecht kunnen beroepen bij de oprichting van een intergemeentelijk samenwerkingsverband maakte reeds het voorwerp uit van een procedure voor de Raad van State en de gewone hoven en rechtbanken.¹⁴³² Intussen bestaat er nog weinig discussie over: het is *niet* mogelijk voor gemeenten om de privaatrechtelijke weg te volgen om intergemeentelijke

uitoefening van gemeentelijke en provinciale belangen in samenwerking met private rechtspersonen - toelagen - vereisten inzake openbaarheid en inzagerecht, 1-2.

¹⁴²⁹ GwH 27 februari 2014, nr. 36/2014, overw. B.3.

¹⁴³⁰ Zie ook I. MATHY, "Le droit organique des intercommunales en Région de Bruxelles-Capitale" in P.-O. DE BROUX, B. LOMBAERT en D. YERNAULT, *Le droit bruxellois. Un bilan après 25 ans d'application (1989 – 2014)*, Brussel, Bruylant, 2015, (523) 523, vn. 1.

¹⁴³¹ F. VANDENDRIESSCHE, "Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2007, afl. 1, (27) 27; zie hieromtrent F. VANDENDRIESSCHE, "De overheid als oprichter, lid en/of vertegenwoordigde binnen de vzw" in M. DENEFF (ed.), *De VZW*, Brugge, die Keure, 2015, (75) 77-80.

¹⁴³² Zie hieromtrent F. VANDENDRIESSCHE, "De oprichting van een intergemeentelijke vereniging op grond van de v.z.w.-wet en de burgerlijke rechter", *CDPK* 2003, afl. 1, 107-111 en F. VANDENDRIESSCHE, "Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2007, afl. 1, (27) 27-28.

samenwerkingsverbanden op te richten en zich daarbij op het private vennootschaps- en verenigingsrecht te beroepen.¹⁴³³ Eén van de voorwaarden van de (organisatierechtelijke) tweewegenleer, namelijk de voorwaarde dat het gebruik van het privaatrecht niet in strijd mag zijn met enige dwingende positiefrechtelijke regeling, is immers niet vervuld. Indien de gemeenten gebruik zouden maken van de privaatrechtelijke weg, zou de publiekrechtelijke weg – die bestaat uit de Grondwettelijke bepaling die voorziet in de mogelijkheid voor gemeenten om intergemeentelijk samen te werken en die vervolgens is vormgegeven in decreten en de ordonnantie – op een onaanvaardbare wijze worden doorkruist. Zowel in de Grondwet als in het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 is een dwingende regeling opgenomen waar de gemeenten niet aan voorbij kunnen gaan.¹⁴³⁴ De Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak stelde dit ten aanzien van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden uitdrukkelijk voorop in zijn arrest *Driessens e.a.* van 15 september 1992.¹⁴³⁵ De regels omtrent intergemeentelijke samenwerking worden bijgevolg als 'exclusief' beschouwd.¹⁴³⁶ Er is daarbij geen uitdrukkelijk verbod om

¹⁴³³ Cass. 14 oktober 2002; K. LEUS, "Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene, de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?" in X., *Bijzondere overeenkomsten 2007-2008. Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (405) 417.

¹⁴³⁴ "Artikel 162 van de Grondwet en de intercommunale wetgeving werden geacht in de weg te staan aan het gebruik van het private verenigingsrecht door de gemeenten. Er blijkt derhalve een dwingende positiefrechtelijke regeling te bestaan die de 'echte privaatrechtelijke weg' afsluit." in F. VANDENDRIESSCHE, "De oprichting van een intergemeentelijke vereniging op grond van de v.z.w.-wet en de burgerlijke rechter", *CDPK* 2003, afl. 1, (108) 111; F. VANDENDRIESSCHE, "Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2007, afl. 1, (27) 28.

¹⁴³⁵ RvS 15 september 1992, nr. 40.314, *Driessens e.a.*; zie ook RvS 21 december 1999, nr. 84.268, *NV Van Reyenant e.a.*, overw. 3.4; zie over de rechtspraak over de oprichting van de vzw Vlaamse Operastichting (VLOS): F. VANDENDRIESSCHE, "De oprichting van een intergemeentelijke vereniging op grond van de v.z.w.-wet en de burgerlijke rechter", *CDPK* 2003, afl. 1, 108-111; de Raad van State oordeelde ook al gelijkaardig ten aanzien van het OCMW Wingene in RvS 9 december 2002, nr. 113.428, overw. 5.3.6-5.3.7.

¹⁴³⁶ K. GEENS en L. VAN BEVER, "Bestuur en controle in de intercommunale en het autonoom gemeentebedrijf" in S. BAETEN, K. BYTTEBIER en K. LEUS (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2000, (129) 131; D. D'HOOGHE, "De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen", *T.Gem.* 1995, afl. 2, (75) 95.

de privaatrechtelijke weg te bewandelen, maar de private weg is op een impliciete wijze afgesloten.¹⁴³⁷

VANPRAET stelt dat "[h]et onderscheid tussen de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke weg (...) aldus zijn relevantie [verliest]. De gemeenten, provincies en OCMW's die rechtspersonen oprichten, moeten steeds de specifieke toepasselijke decretale bepalingen respecteren. Uiteraard geldt dit slechts voorzover er specifieke bepalingen zijn opgenomen in de organieke wetgevingen. Niets belet dat gemeenten, OCMW's en provincies terugvallen op het federale vennootschaps- en verenigingsrecht voor aangelegenheden die niet uitdrukkelijk geregeld worden door een specifieke wetsbepaling. De tweewegenleer met een strikte scheiding tussen de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke weg, heeft aldus plaatsgemaakt voor een unieke weg waarbij dwingende vereisten uit de toepasselijke organieke wetgevingen moeten worden gerespecteerd."¹⁴³⁸ Méér nog, misschien zou er zelfs kunnen worden gesteld dat de organisatierechtelijke tweewegenleer ten aanzien van de gemeenten eigenlijk is uitgehold: "De gemeenten komt geen wet- of decreetgevende bevoegdheid toe. De vereiste van een wetskrachtige grondslag om een publiekrechtelijk vormgegeven rechtspersoon te kunnen oprichten, heeft dan ook verreichende gevolgen. De gemeenten kunnen slechts publiekrechtelijk vormgegeven rechtspersonen oprichten indien de wet-, decreet- of ordonnantiegever hiervoor een regeling heeft uitgewerkt waarin de (wijze van) oprichting door de gemeenten, de bevoegdheden en de werking van de personen wordt geregeld."¹⁴³⁹ Indien er een dergelijke regeling bestaat, lijkt de overheid gewoon het legaliteitsbeginsel zoals dit is vervat in artikel 108 van de Grondwet te moeten respecteren. Aangezien er steeds een wettelijke of decretale grondslag is vereist om te opteren voor de oprichting van

¹⁴³⁷ "Aldus is aan te nemen dat de decretale regeling inzake publiekrechtelijke intergemeentelijke verenigingen impliciet maar zeker uitsluit dat gemeenten – tenzij een specifieke wet of decreet hen dit alsnog toestaat – zich via een privaatrechtelijke vzw met elkaar verenigen om gemeenschappelijk gemeentelijke belangen te behartigen." in F. VANDENDRIESSCHE, "De overheid als oprichter, lid en/of vertegenwoordigde binnen de vzw" in M. DENEFF (ed.), *De VZW*, Brugge, die Keure, 2015, (75) 80.

¹⁴³⁸ J. VANPRAET, *De latente staatsvorming*, Brugge, die Keure, 2011, 457-458.

¹⁴³⁹ D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 158-159.

een rechtspersoon via publiekrechtelijke weg¹⁴⁴⁰, moeten gemeenten steeds gebruik maken van het privaatrecht indien er niets is bepaald, en als er wél iets bepaald is door wet of decreetgever, dan geldt verplicht de publiekrechtelijke weg. Doordat er een afhankelijkheid is van de decreetgever, lijkt er geen vrije keuze te bestaan voor de gemeenten om vrij te kiezen tussen een publiekrechtelijke en privaatrechtelijke weg, aangezien zij te allen tijde afhankelijk zijn van wetgevend optreden.

Zoals hierboven al meegegeven, kunnen de gemeenten de privaatrechtelijke weg wel nog bewandelen indien zij daar een wettelijke machtiging voor krijgen.¹⁴⁴¹ In dat geval is er geen sprake van een zuiver private weg, maar van een publiekrechtelijke weg die privaatrechtelijk gekleurd is. Om in de materie van intergemeentelijke samenwerking te blijven, lijkt het erop dat de privaatrechtelijke weg bovendien ook is afgesloten bij de oprichting van filialen door intercommunales aangezien de rechtsgrond in de organieke regelgeving is begrepen en er bijgevolg in een dwingende publiekrechtelijke regeling op dit vlak is voorzien (zie meer over de filialisering *infra* 3.).¹⁴⁴² Dit is eveneens het geval bij filialiseringmogelijkheden voorzien in bepaalde sectorale regelgeving, zoals in artikel 180 van de Programmawet van 21 december 1994 houdende sociale en diverse bepalingen.¹⁴⁴³

¹⁴⁴⁰ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 100.

¹⁴⁴¹ "Na het arrest van het Hof van Cassatie staat vast dat zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter zich verzetten tegen gemeentelijke verenigingen opgericht op grond van het private verenigings- en (allicht ook) vennootschapsrecht, tenzij een specifieke wet dit toestaat. De v.z.w.- en vennootschapswetgeving bieden de gemeenten geen voldoende grondslag om zich te verenigen om gemeentelijke doelstellingen te realiseren." (eigen onderlijning) in F. VANDENDRIESSCHE, "De oprichting van een intergemeentelijke vereniging op grond van de v.z.w.-wet en de burgerlijke rechter", *CDPK* 2003, afl. 1, (108) 110.

¹⁴⁴² "Niets belet dat gemeenten, OCMW's en provincies terugvallen op het federale vennootschaps- en verenigingsrecht voor aangelegenheden die niet uitdrukkelijk geregeld worden door een specifieke wetsbepaling." in J. VANPRAET, *De latente staatsvorming*, Brugge, die Keure, 2011, 457-458.

¹⁴⁴³ Art. 180, eerste lid Programmawet van 21 december 1994 houdende sociale en diverse bepalingen, *BS* 23 december 1994: "De gemeenten kunnen rechtstreeks of onrechtstreeks participeren in bedrijven voor productie, vervoer en distributie van energie."

267. Tweewegenleer ter regulering van uitvoerende macht – De decreet- en ordonnantiegever gebruiken zowel publiekrechtelijke elementen als privaatrechtelijke elementen bij de vormgeving van het intergemeentelijk samenwerkingsverband. Ook ten aanzien van tal van andere rechtspersonen voorziet de bevoegde wetgever vaak in een hybride vormgeving. Sommige rechtsleer beschrijft dit proces als het volgen door de decreetgever van een *derde* weg in het licht van de tweewegenleer, die dan de 'hybride' of 'hybridische' weg wordt genoemd.¹⁴⁴⁴ In de rechtsleer wordt het gebruik van het privaatrecht door de wetgever in het kader van het bevoegdheidsvraagstuk, enerzijds, en het volgen van de privaatrechtelijke weg door de overheid in het kader van de tweewegenleer, anderzijds, dikwijls in één adem vermeldt.¹⁴⁴⁵ Daarbij wordt er vaak in één beweging overgestapt van 'de overheid' als onderwerp naar 'de decreetgever' en omgekeerd, en wordt er aangenomen dat de tweewegenleer ook geldt ten aanzien van de *decreetgever* door te stellen dat die laatste er ook voor kan kiezen om de *privaat-, publiekrechtelijke of hybride* weg te volgen.

¹⁴⁴⁴ "Die wetgevende of decretale interventies beperken zich dan zelden tot een loutere machtiging om van het privaatrecht gebruik te maken. Vaak omvatten ze ook publiekrechtelijke afwijkingen of aanvullingen op de privaatrechtelijke reglementering. Door die vermenging van publiek- en privaatrechtelijke technieken wordt in bepaalde rechtsleer niet van twee maar van drie wegen gesproken. Vooral die 'derde' hybride weg, waarin elementen van publiek- en privaatrecht worden vermengd, wordt erg kritisch benaderd." in D. D'HOOGE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 150 en 208-209.

¹⁴⁴⁵ Zie onder meer: "Als de decreetgever kiest voor de publiekrechtelijke weg, maakt hij gebruik van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid om een rechtspersoon op te richten." en "Op grond van de tweewegenleer heeft de overheid de vrije keuze om de behartiging van het algemeen belang via privaatrechtelijke of publiekrechtelijke weg te verwezenlijken, en dit geldt ook voor de oprichting en vormgeving van rechtspersonen door gemeenschappen en gewesten." (eigen onderlijning) in F. VANDENDRIESSCHE en A. CARTON, "Hoever kan de decreetgever gaan bij de (machtiging tot) oprichting van vzw's die afwijken van het federale verenigingsrecht?" (noot onder GwH 31 juli 2008, nr. 116/2008), *T.Gem.* 2009, afl. 1, (59) 60; S. VERBEYST, "De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen", *TBP* 2017, afl. 4, (233) 234-235; D. D'HOOGE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 152: "Hoewel de Grondwet die bevoegdheid niet op uitdrukkelijke wijze toekent, wordt doorgaans zonder meer aangenomen dat de federale wetgevende macht bij wet kan overgaan tot oprichting van rechtspersonen volgens publiekrechtelijke weg, althans binnen de federale bevoegdheidssfeer. Een mogelijke grondslag voor die bevoegdheid kan o.i. worden gevonden in de residuaire bevoegdheden van de federale overheid."; "Ingeval de regelgever in het kader van de publiekrechtelijke weg verwijst naar het private vennootschapsrecht, beoogt hij niet in te grijpen in het vennootschaps- of verenigingsrecht." in F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de vormgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 105.

Dit lijkt me echter niet te kloppen. Er kan niet worden aangenomen dat de bevoegde wetgever voor de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden de hybride weg insloeg, aangezien de tweewegenleer niet geldt ten aanzien van diezelfde bevoegde wetgever. Zoals *supra* bij de inleiding van dit hoofdstuk reeds aangehaald, moet er een onderscheid worden gemaakt tussen, enerzijds, de wetgevende macht die gebruik maakt van het privaatrecht bij de creatie van organieke regelgeving en het bijhorende bevoegdheidsvraagstuk, anderzijds, de uitvoerende macht die zich op het privaatrecht kan beroepen om rechtspersonen op te richten. Dit zijn twee afzonderlijke problematieken die een afzonderlijke bespreking vragen. Het gebruik van het privaatrecht in de bevoegdheidsverdeling tussen de federale en deelstatelijke wetgevende macht kwam *supra* 2.2. al aan bod en staat los van de tweewegenleer die gericht is tot de uitvoerende macht. De uitvoerende macht die zich op het privaatrecht beroept, kadert dan weer wel in het leerstuk van de tweewegenleer.

Hierdoor wordt er volgens mij echter een didactische lacune in stand gehouden waarbij begrippen door elkaar lopen en er een gebrek aan onderscheid rijst. Het is belangrijk om te benadrukken dat de tweewegenleer dient ter regulering van de uitvoerende macht en gericht is tot 'een overheid'. Dit veronderstelt een entiteit die gezagshandelingen kan stellen en met andere woorden een publiekrechtelijk instrumentarium ter beschikking heeft om zijn discretionaire bevoegdheden uit te oefenen. De tweewegenleer geldt niet ten aanzien van niet-overheden.

Indien de wetgevende macht bijgevolg gebruik maakt van elementen uit het publiekrecht of het privaatrecht, of van een combinatie van beide kiest ze in dat geval niet voor respectievelijk de publiekrechtelijke weg, de privaatrechtelijke weg of de hybride weg. Wel is er eenvoudigweg sprake van een publiekrechtelijke, privaatrechtelijke of hybride *vormgeving*. De wetgever mag kiezen voor een publiekrechtelijke-, privaatrechtelijke- of hybride vormgeving op basis van zijn algemene bevoegdheid als wetgever. De wetgever is immers niet gebonden door een wetgevend kader aangezien hij dit kader zelf creëert. Indien er in de rechtsleer wordt gesproken over de gemeenschappen of gewesten die een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke weg volgen, moet de dubbele hoedanigheid in acht worden genomen en moet er een onderscheid worden gemaakt tussen de

gemeenschap en het gewest als deel van de uitvoerende macht en de gemeenschap en het gewest als deel van de wetgevende macht. Het valt buiten het bestek van dit proefschrift om hier op algemene wijze verder op in te gaan, aangezien er ten aanzien van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden weinig vragen onbeantwoord zijn.

2.5. Tussentijdse conclusie

268. In dit hoofdstuk werd de rechtsvorm van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden onderzocht. De creatie door de wetgever van hybride rechtsvormen werd geanalyseerd, getoetst aan de bevoegdheidsverdelende regels, en de impact van het nieuwe WVV werd onderzocht. Tot slot kwam de vraag aan bod of gemeenten zich naast de organieke regeling ook op het privaatrecht mogen beroepen om intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op te richten. Het gebruik van het privaatrecht bij de vormgeving van overheidsrechtspersonen, zoals intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, is in elk geval geen nieuw fenomeen. De bevoegde wetgever doet sinds het ontstaan van het wettelijk kader omtrent intergemeentelijke samenwerking naast eigen ontworpen bepalingen steeds (in meer of mindere mate) beroep op het privaatrecht.

269. Bevoegdheidskwestie – Bij de uitwerking van de rechtsvormen die de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kunnen aannemen, hanteert de bevoegde wetgever het privaatrecht in de drie gewesten op het eerste gezicht op een verschillende wijze. Toch is er telkens gekozen voor een hybride en tegelijkertijd ook een *sui generis*-rechtsvorm: op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in de drie gewesten is het vennootschapsrecht van toepassing voor alles wat niet geregeld is in het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018.

Hoewel de decreet- en ordonnantiegever in afwijkingen op het federale vennootschapsrecht voorzien, zijn ze binnen hun bevoegdheden gebleven bij de creatie van de hybride rechtsvormen. Het *qui peut le plus peut le moins*-argument overtuigt in die zin dat als het gewest een volledig eigen *sui generis*-regeling kan

ontwerpen en "zodoende op de meest absolute wijze [kan] afwijken van het federale recht, zij a fortiori het vennootschaps- of verenigingsrecht van toepassing kunnen verklar[en] en op bepaalde punten hiervan afwijken".¹⁴⁴⁶ De deelstatelijke wetgever mag de federale vennootschaps- en verenigingstypes immers enigszins denatureren. Zijn vrijheid wordt wel beperkt door het evenredigheidsbeginsel en/of de voorwaarden die zijn gekoppeld aan de theorie van de impliciete bevoegdheden zoals vervat in artikel 10 van de BWHI, die bovendien elkaars 'spiegelbeeld' zijn.

270. Impact van het WVV – De recente hervorming van het vennootschaps- en verenigingsrecht resulteerde in de aanneming van een nieuw wetboek van vennootschappen en verenigingen, afgekort het WVV. Gelet op het principe van de dynamische verwijzing zouden de decretale verwijzingen naar het federale vennootschapsrecht onderhevig zijn aan de wijzigingen van de tekst waarnaar wordt verwezen. Ten aanzien van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden blijkt de toepassing van dit principe echter niet zo vanzelfsprekend. De CVBA bestaat niet langer als afzonderlijke rechtsvorm en de CV is niet louter gecreëerd ter vervanging van de CVBA. De dynamische verwijzing in de organieke regelgeving gaat bijgevolg niet op waardoor er geen dynamische interpretatie kan plaatsvinden. Dit heeft als ingrijpend gevolg dat er een dynamische interpretatie plaatsvindt naar niet langer bestaande bepalingen (cf. want opgegeven), waardoor er eenvoudigweg geen kader als terugvalbasis meer is en het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 als enig geldende regelgeving overblijven (naast een verouderde Vlaamse omzendbrief en de statuten van de intercommunale). De Vlaamse decreetgever is intussen echter opgetreden en heeft artikel 397, tweede lid van het DLB gewijzigd. Ten aanzien van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in het Waalse Gewest die de vorm aannemen van een NV lijkt de dynamische interpretatie wel te kunnen worden aangehouden, aangezien de 'nieuwe' NV duidelijk ter vervanging van de 'oude' is ingevoerd.

¹⁴⁴⁶ J. VANPRAET, "Kunnen de gemeenschappen en gewesten afwijken van het federale vennootschaps- en verenigingsrecht?" (noot onder GwH 31 juli 2008, nr. 116/2008), *CDPK* 2008, afl. 4, (883) 892.

Dat de Vlaamse decreetgever de verwijzing naar de CVBA heeft vervangen door de CV vormt op zich geen probleem, maar de wetgevingstechniek van de regelgeving door verwijzing zorgt duidelijk voor moeilijkheden. Keerzijden zijn in ieder geval een verminderde leesbaarheid en een verminderde toegankelijkheid van de verwijzende regelgeving. Bij de Vlaamse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden moeten er zowaar drie wetgevingsinstrumenten in acht worden genomen, met name het DLB, het WVV en de verouderde omzendbrief van 2003 – dit bovenop de statuten. De Vlaamse decreetgever heeft bij de aanpassing in 2021 bitter weinig stilgestaan bij de precaire verhouding tussen het WVV en de intercommunales. Alternatieven voor de externe verwijzing lijken niet te zijn afgewogen. Het argument in het voorontwerp dat de CV aansluit bij de vroegere rechtsvorm van de CVBA lijkt me bovendien onvoldoende onderbouwd te zijn, aangezien de verschillen tussen de CV en de BV beperkt(er) zijn geworden en de BV uitdrukkelijk als *default* naar voren wordt geschoven. De afweging of de CV dan wel de BV het best overeenstemt met de structuur van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden lijkt me nochtans een fundamentele oefening. Hopelijk maakt de Waalse decreetgever een meer overwogen afweging (zie *infra* DEEL III).

271. Tweewegenleer – Niettegenstaande gemeenten bij het samenwerken gebruik maken van een hybride kader waarin er een rol is weggelegd voor het privaatrecht, slaan ze de publiekrechtelijke weg in t.a.v. de organisatierechtelijke tweewegenleer. De kwestie of gemeenten zich naast de publiekrechtelijke weg – die bestaat uit de decreten en de ordonnantie die zijn aangenomen ter uitvoering van hun grondwettelijk verankerd verenigingsrecht – ook zuiver op het privaatrecht kunnen beroepen om intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op te richten, kon niet ontbreken.

Er rijst weinig discussie over het feit dat gemeenten 'de privaatrechtelijke weg' *niet* kunnen inslaan om intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op te richten en dat ze zich dus niet op het private vennootschaps- en verenigingsrecht kunnen beroepen. Eén van de voorwaarden van de (organisatierechtelijke) tweewegenleer, namelijk dat het gebruik van het privaatrecht niet in strijd mag zijn met enige dwingende positiefrechtelijke regeling, is immers niet vervuld. Ten

aanzien van deze organisatierechtelijke tweewegenleer valt wel op te merken dat de gemeenten – gelet op het legaliteitsbeginsel – te allen tijde afhankelijk zijn van de wetgever aangezien er steeds een wettelijke of decretale grondslag is vereist om rechtspersonen op te richten via publiekrechtelijke weg. Indien er een publiekrechtelijke weg is voorzien, moeten gemeenten steeds gebruik van maken van deze dwingende positiefrechtelijke regeling. Indien er niets is geregeld, zijn ze verplicht om zich op het privaatrecht te beroepen wegens gebrek aan wettelijke of decretale grondslag. Van een vrije keuze in het kader van de tweewegenleer lijkt er dan ook nauwelijks sprake te zijn.

272. Hybriditeit vergemakkelijkt net niet... – Er kan in ieder geval worden besloten dat er een verhoogde waakzaamheid nodig is bij de hybride vormgeving van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Aan het begin van de 20^{ste} eeuw onderbouwde de wetgever het gebruik van het privaatrecht bij de vormgeving met het argument dat dit 'louter de werking van de intercommunale vergemakkelijkt'.¹⁴⁴⁷ Op vandaag lijkt die wetgevingstechniek de intergemeentelijke werking echter niet langer te vergemakkelijken, maar daarentegen net nodeloos complex te maken – dit onder meer als gevolg van het federaliseringsproces. Het blijft bovendien gewoonweg onduidelijk in welke mate het vennootschapsrecht concreet van toepassing is op intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. De recente wijziging die het Vlaamse Gewest doorvoerde, laat de bestaande bezorgdheden dan ook volledig bestaan. Wat het Waalse en Brussels Hoofdstedelijke Gewest zullen doen, valt af te wachten. Indien de deelstatelijke wetgever ervoor kiest om de verwijzing naar federale regelgeving in zijn organieke bepalingen te behouden, kan het hoe dan ook nuttig zijn om hun onderlinge verhouding op voorhand vast te leggen (meer hierover *infra* DEEL III).¹⁴⁴⁸

¹⁴⁴⁷ "Ces mots signifient que les sociétés de distribution d'eau ne seront pas des sociétés commerciales. Elles formeront des sociétés civiles, justiciables des tribunaux civils, n'ayant la forme des sociétés commerciales que pour la facilité de leur fonctionnement." in MvT bij le projet de loi relatif aux associations de communes et de particuliers pour l'établissement de services de distribution d'eau, Parl.St. Kamer 1906-07, nr. 124, 8; *Pasin.* 1907, 204.

¹⁴⁴⁸ "Het gaat in beide gevallen dan ook over interpretatieregels waarmee men achteraf probeert zo goed als mogelijk een conflict tussen twee rechtsregels van gelijke rang op te lossen. Veel beter is het om op voorhand, bij het stellen van die rechtsregels zelf,

3. Doel en activiteiten: de verplichting tot de behartiging van het gemeentelijk belang

"Alors que jusqu'ici l'une des caractéristiques du fonctionnement des associations intercommunales à vocation industrielle ou commerciale était l'escamotage du marché, l'un des aspects importants de la mutation de ces entreprises publiques consiste dans leur intervention dans un marché concurrentiel."

– QUERTAINMONT, Les intercommunales à l'heure des régions, 1994

273. Opbouw – Het eerste hoofdstuk van DEEL II betrof de aard en het karakter van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en het tweede hoofdstuk hun rechtsvorm. Dit derde hoofdstuk gaat in op het doel en de activiteiten die de entiteiten vooropstellen. Welke problemen en aandachtspunten duiken er in het kader van de verplichting tot de behartiging van het gemeentelijk belang op? Net zoals de aard en het karakter en de rechtsvorm, is er ook sprake van een hybriditeit t.a.v. de doelstellingen en activiteiten van het intergemeentelijk samenwerkingsverband. De organieke wetgever schrijft enerzijds voor dat de intercommunales 'te allen tijde het gemeentelijk belang moeten behartigen'. Anderzijds leggen bepaalde intercommunales (en hun filialen) zich (op concurrentiële wijze) toe op economische en commerciële activiteiten en op private activiteiten op een markt. In dit hoofdstuk zal onder meer blijken dat dit een (ongewilde?) impact heeft op de werking van die intergemeentelijke entiteiten. Die doelstellingen en activiteiten hebben namelijk tot gevolg dat delen van het privaatrecht binnensijpelen, wat de hybriditeit versterkt.

Eerst wordt de wettelijke vereiste dat de intercommunale te allen tijde het gemeentelijk belang dient te behartigen, onderzocht (3.1.). Wat dient er onder die verplichting tot het nastreven van het gemeentelijk belang te worden verstaan? Krijgt die vereiste vandaag de dag een andere invulling dan vroeger? Welke gevolgen zijn er voor de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden aan

de onderlinge verhouding te regelen." in J. VAN NIEUWENHOVE, "Regeling van de verhouding tot gelijksoortige rechtsregels", *TVW* 2015, afl. 4, (290) 290-291.

die vereiste gekoppeld? De begrenzings van het gemeentelijk belang worden samengebracht in een toetsingskader (3.2.). Daarna wordt er ingegaan op de concrete doelstellingen en activiteiten van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Wat zijn de maatschappelijke evoluties en welke ontwikkelingen doen er zich voor in het takenpakket van 'de overheid' in het algemeen en van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in het bijzonder? Wat zijn de gevolgen van de uitoefening van commerciële, industriële en economische activiteiten op de toepasselijkheid van (Europese) regelgeving en delen van het privaatrecht op de samenwerkingsverbanden (3.3.)? Tot slot ligt de focus op de mogelijke problemen die de doelstellingen en activiteiten (van filialen) teweegbrengen en op de implicaties van het overschrijden van het gemeentelijk belang door de intercommunale (3.4.). De overkoepelende bevindingen worden samengevat in een tussentijdse conclusie (3.5.).

3.1. Wettelijke verankering

274. (Organieke) wetgeving t.a.v. de gemeenten – Op grond van artikel 389, eerste lid van het DLB kunnen twee of meer gemeenten samenwerkingsverbanden tot stand brengen "met het oog op de gemeenschappelijke behartiging van doelstellingen van gemeentelijk belang". In het Waalse en Brussels Hoofdstedelijk Gewest is dit principe vervat in respectievelijk artikel L1512-3, eerste alinea van de CDLD ("*des associations ayant des objets déterminés d'intérêt communal*") en artikel 52 van de ordonnantie van 5 juli 2018 ("*verenigingen vormen met een welbepaald doel van gemeentelijk belang*"). In artikel L1512-6, §1, eerste lid van de CDLD, is bijkomend opgenomen dat de Waalse projectverenigingen en de intercommunales, "*[q]uel que soit leur objet, (...) exercent des missions de service public et à ce titre sont des personnes morales de droit public*" (eigen onderlijning). Het feit dat gemeenten zich dienen te verenigen met het oog op het *gemeentelijk* belang vloeit voort uit het feit dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband een functioneel gedecentraliseerde entiteit is die als een verlengstuk van de gemeente is te beschouwen en in essentie een entiteit is die door en voor gemeenten wordt opgericht.¹⁴⁴⁹

Dat de *Vlaamse gemeenten* het gemeentelijk belang dienen te behartigen, is opgenomen in artikel 2 van het DLB.¹⁴⁵⁰ Op grond van de eerste paragraaf van dit artikel beogen de gemeenten om op het lokale niveau duurzaam bij te dragen aan het welzijn van de burgers en een burgers nabije, democratische, transparante en doelmatige uitoefening van hun bevoegdheden te verzekeren, waarbij ze de inwoners zo veel als mogelijk betrekken bij het beleid en waarbij ze zorgen voor openheid van bestuur. De tweede paragraaf bevestigt dat de gemeenten

¹⁴⁴⁹ "*Intergemeentelijke verenigingen zijn te beschouwen als verlengd lokaal bestuur en behoren hulpstructuren van de gemeenten te zijn*" in MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 5, zie ook de uiteenzetting van de directeur van de VVSG waarin de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden als "*hulpstructuren, die de gemeenten op vrijwillige basis oprichten voor de doelmatige uitoefening van welomschreven taken van gemeentelijk belang*" worden omschreven, waarbij "*[d]e rechtstreekse band met de gemeenten die ze hebben opgericht, moet gevrijwaard blijven*" in dezelfde MvT, 3-4.

¹⁴⁵⁰ Dit artikel is licht gewijzigd (maar louter redactioneel) ten opzichte van zijn voorganger in het Gemeentedecreet, zie over die wijziging S. FEYEN, "Ligt de weg naar delegatie open?", *TBP* 2019, afl. 3, (123) 124-125.

overeenkomstig artikel 41 van de Grondwet bevoegd zijn voor 'de aangelegenheden van gemeentelijk belang'. Daarbij wordt benadrukt dat de gemeenten alle initiatieven kunnen nemen om dit belang te verwezenlijken.¹⁴⁵¹ Voor de *Waalse gemeenten* is in artikel L1122-30 van de CDLD opgenomen dat de gemeenteraad alles regelt wat van gemeentelijk belang is, en dat hij beraadslaagt over elk ander onderwerp dat hem door een hogere autoriteit is voorgelegd.¹⁴⁵² Artikel 117 van de Nieuwe Gemeentewet voorziet hetzelfde principe voor de gemeenteraden van de *Brusselse gemeenten*.¹⁴⁵³ Meer algemeen is er ook in artikel 6, §1, VIII, 1^o, derde lid van de BWHI opgenomen dat de gemeenteraden alles regelen wat van gemeentelijk belang is, en dat zij beraadslagen en besluiten over elk onderwerp dat hen door de federale overheid of door de gemeenschappen is voorgelegd.¹⁴⁵⁴ Overeenkomstig artikel 6, § 1, VIII, tweede lid, van de BWHI en artikel 46 van de gewone wet van 9 augustus 1980 tot hervorming der instellingen¹⁴⁵⁵ en met toepassing van het subsidiariteitsbeginsel, oefenen de gemeenten de bevoegdheden uit die hen door of krachtens de wet of het decreet zijn toevertrouwd.¹⁴⁵⁶

De wetgever heeft de vereiste dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden het gemeentelijk belang moeten nastreven altijd sterk benadrukt. Op grond van artikel 1 van de wet van 1 maart 1922 omtrent de vereniging van gemeenten tot nut van 't algemeen konden twee of meer gemeenten een vereniging vormen "*voor zaken van een welbepaald gemeentelijk belang*".¹⁴⁵⁷ Dit is een algemene formulering, in tegenstelling tot de specifieke wetten die aan het eind van de 19^{de} en het begin van de 20^{ste} eeuw werden aangenomen waarbij de concrete doelstelling van de intercommunale *a priori* werd bepaald (nl. de waterbedeling, de uitbating van verzorgingsinstellingen en de exploitatie van buurtspoorwegen). De tweede kaderwet van 22 december 1986

¹⁴⁵¹ Art. 2, §1-§2 DLB.

¹⁴⁵² Art. L1122-30, eerste lid CDLD.

¹⁴⁵³ Art. 117, eerste lid Nieuwe Gemeentewet, *BS* 3 september 1988.

¹⁴⁵⁴ Art. 6, §1, VIII, 1^o, derde lid BWHI.

¹⁴⁵⁵ *BS* 15 augustus 1980.

¹⁴⁵⁶ Art. 2, §2, tweede en derde lid DLB.

¹⁴⁵⁷ Art. 1 wet 1 maart 1922 omtrent de vereniging van gemeenten tot nut van 't algemeen: "*Deux ou plusieurs communes peuvent former des associations pour des objets d'un intérêt communal bien déterminé.*".

betreffende de intercommunales had het niet langer over 'doelstellingen' maar over 'oogmerken' van gemeentelijk belang. Voor het overige bepaalde ook die wet niets over het doel of de activiteiten van de intercommunale. De Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt benadrukte in 1986 wel dat de kaderwet niet ingaat "*op de taak van de intercommunales (elektriciteit, gas of een andere materie). De enige vereiste is dat de intercommunale zaken van gemeentelijk belang moet regelen. Het ontwerp duidt dan ook slechts het kader aan waarbinnen de gemeenten hun bevoegdheden kunnen delegeren.*".¹⁴⁵⁸ Ook deze wet hanteerde het gemeentelijk belang als het enige criterium. Multifunctionele intergemeentelijke samenwerkingsverbanden werden aanvaard.¹⁴⁵⁹

Het principe dat intergemeentelijke samenwerking enkel kan met het oog op de realisatie van het gemeentelijk belang werd onverminderd doorgetrokken in het decreet van 5 december 1996 *relatif aux intercommunales wallonnes*¹⁴⁶⁰ en in het DIS¹⁴⁶¹. Toch werd er destijds in het Vlaamse Gewest meermaals de bezorgdheid geuit dat intercommunales een te ruim palet aan doelstellingen nastreefden waardoor er "*sprake was van een overdreven concentratie van macht in de intercommunales omdat deze meervoudige doelstellingen aanhielden*".¹⁴⁶² Uit het rechtshistorisch onderzoek bleek reeds dat er in 2001 in artikel 10, eerste lid van het DIS werd voorzien dat samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid

¹⁴⁵⁸ Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 125/11, 11.

¹⁴⁵⁹ "*Indien men het trouwens zou houden bij louter unifunctionele samenwerkingsverbanden dan zou het aantal intercommunale verenigingen nog in aanzienlijke mate moeten toenemen en zou de bestuurlijke organisatie ook nog meer onoverzichtelijk worden. Op zichzelf is deze ontwikkeling naar multifunctionele samenwerkingsverbanden dan ook eerder toe te juichen dan te verwerpen. Wel moeten de na te streven oogmerken welbepaald zijn en moeten zij tevens behoren tot de gemeentelijke bevoegdheidsfeer.*" in R. MAES, "Doeleinden" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (299) 302.

¹⁴⁶⁰ Art. 2, eerste lid *décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes*, *BS* 7 februari 1997.

¹⁴⁶¹ Art. 3 decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking, *BS*, 31 oktober 2001.

¹⁴⁶² MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 3, zie ook Verslag namens de Commissie voor Binnenlandse Aangelegenheden, Stadsvernieuwing en Huisvesting, *Parl.St.* VI.Parl. 1998-99, nr. 1240/1, 15.

kunnen worden tot stand gebracht "om doelstellingen te verwezenlijken die behoren tot een of meer inhoudelijk samenhangende beleidsdomeinen".¹⁴⁶³ Dit om tegemoet te komen aan het risico dat de intercommunale zou verworden tot een feitelijke bestuurslaag. Met andere woorden, de Vlaamse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden met een algemeenheid van doelstellingen behoorden tot het verleden.¹⁴⁶⁴

Achteraf beschouwd, bleek die bezorgdheid niet van lange duur te zijn. Met het wijzigingsdecreet van 13 mei 2016 tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005 kwam de Vlaamse decreetgever terug op zijn beslissing om intergemeentelijke samenwerking enkel mogelijk te maken voor functioneel en inhoudelijk samenhangende doelstellingen.¹⁴⁶⁵ Voortaan hield artikel 10, §1, eerste lid van het DIS in dat een samenwerkingsverband mogelijk is om "doelstellingen te verwezenlijken die behoren tot een of meer beleidsdomeinen" (eigen onderlijning).¹⁴⁶⁶ Er werd wel benadrukt dat dit geen vrijgeleide is tot de creatie van 'overall'-intergemeentelijke samenwerkings-

¹⁴⁶³ Art. 10, eerste lid DIS; volgens de artikelsgewijze bespreking zijn voorbeelden van die samenhangende beleidsdomeinen "het aanwenden van dezelfde of gelijkaardige infrastructuur, zoals leidingen, de integratie van verschillende operationele fasen die deel uitmaken van één proces, zoals de afvalverwerking, de exploitatie van instellingen die behoren tot hetzelfde beleidsdomein, zoals in de medisch-sociale of in de sportieve sector. Een precieze definitie is uiteraard onmogelijk; overleg tussen de initiatiefnemers en de overheid zal in concreto uitsluitel geven." in MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 13; in de statuten van de dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging moesten de maatschappelijke doelstellingen bovendien duidelijk en beperkend zijn omschreven, zie hiervoor art. 38, 2° DIS.

¹⁴⁶⁴ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 18.

¹⁴⁶⁵ De Vlaamse decreetgever verantwoordt die aanpassing door te wijzen op het feit dat het aantal intercommunales in het afgelopen anderhalf decennium sterk is toegenomen en dat één van de oorzaken is dat er "voor elk maatschappelijk probleem nieuwe structuren (...) [worden opgericht]". Het gevolg hiervan is een overheidslandschap dat steeds meer onoverzichtelijk wordt en "beslissingsstructuren die soms ver af staan van de rechtstreeks verkozen gemeenteraden." in MvT bij het ontwerp van decreet tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 668/1, 7. Vooral dit laatste is opmerkelijk, aangezien deze maatregel in 2001 juist was ingegeven om de gemeenten te versterken en om de intercommunale te democratiseren. Een groot aantal intercommunales heeft mijns inziens niet noodzakelijk een impact op 'het ver af staan' van de gemeenteraden.

¹⁴⁶⁶ Art. 3 wijzigingsdecreet 2016.

verbanden' die 'van alles en nog wat' als taakomschrijving hebben en die *de facto* de bevoegdheid en de werking van de rechtstreeks verkozen gemeenteraad/gemeentelijke administratie uithollen.¹⁴⁶⁷ Op vandaag is er nog steeds opgenomen in het DLB dat de doelstelling van gemeentelijk belang dient te zijn en dat een samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid tot stand kan worden gebracht om doelstellingen te verwezenlijken die behoren tot een of meer beleidsdomeinen.¹⁴⁶⁸

Het is belangrijk om te vermelden dat de Vlaamse decreetgever in 2016 – in tegenstelling tot de andere gewesten – een organiek onderscheid invoerde naargelang de activiteit die de intercommunale vooropstelt. Artikel 3, §2 van het wijzigingsdecreet van 2016 roept een nieuwe rechtsvorm in het leven: de *opdrachthoudende vereniging met private deelname*, die onder bepaalde voorwaarden kan worden opgericht voor activiteiten in de energie- en afvalsector.¹⁴⁶⁹ Voor het eerst neemt een gewest een bepaling aan die sectorafhankelijk is opgesteld. De reden die de Vlaamse decreetgever aanhaalt om private deelname toe te laten in die twee sectoren, is driedelig: 1) de kapitaalintensiviteit van de sectoren, 2) de technische complexiteit en schaalgrootte die merkelijke groter is dan in andere sectoren, en 3) de vooropgestelde uittreding van private deelnemers tegen 31 december 2018. Het is duidelijk dat de Vlaamse decreetgever terugkomt op de in 2001 gemaakte fundamentele keuze om elke private deelname onmogelijk te maken. De motieven

¹⁴⁶⁷ De decreetgever eist dat (meerdere) doelstellingen "*steeds duidelijk en duidelijk aflijnbaar worden geschreven en statutair verankerd*" en dat "[o]pen' omschrijvingen [niet] kunnen (...)." in MvT bij het ontwerp van decreet tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 668/1, 7-8.

¹⁴⁶⁸ Art. 389, eerste lid DLB *jo.* art. 396, §1, eerste lid DLB.

¹⁴⁶⁹ De deelname van privaatrechtelijke personen aan de opdrachthoudende vereniging met private deelname is wel aan een aantal beperkingen onderworpen. Zo kan de inbreng van de private personen geen controlerende of blokkerende macht opleveren, kunnen zij geen beslissende invloed uitoefenen op de vereniging en mag de gezamenlijke inbreng van de privaatrechtelijke personen niet meer dan 49% van het totale maatschappelijk kapitaal bedragen (art. 18 wijzigingsdecreet 2016 *jo.* art. 452 DLB). Bovendien moeten de deelnemende gemeenten altijd over de meerderheid van de stemmen in de algemene vergadering beschikken en mogen de deelnemende privaatrechtelijke personen samen over niet meer dan 25% van het totale aantal statutair bepaalde stemmen beschikken (art. 13 wijzigingsdecreet 2016 *jo.* art. 432, vijfde lid DLB).

die in 2001 werden vooropgesteld, waren het feit dat privaatrechtelijke participatie leidt tot onduidelijke verantwoordelijkheden, aanleiding kan geven tot belangenvermenging en dat de schrapping van de deelname tegemoetkomt aan de vrije concurrentie die door de privésector wordt bepleit. Toch kan de vraag worden gesteld of de bezorgdheden van toen nu plots zijn verdwenen.¹⁴⁷⁰ Zie *supra* nr. 153 e.v. voor een bespreking van deze motieven.

Voor de volledigheid dient tot slot te worden vermeld dat lokale overheden zich soms ook met andere belangen dan gemeentelijke belangen mogen inlaten. Zo worden gemeenten ingeschakeld om het *algemeen* belang te behartigen, via de realisatie van medebewindstaken en taken van gemengd belang.¹⁴⁷¹ Er bestaan wetten en decreten die een entiteit toelaten om het *algemeen* belang te behartigen, terwijl die entiteit zich tegelijkertijd dient te schikken naar de bepalingen die van toepassing zijn op de intercommunales.¹⁴⁷² In dit laatste geval lijkt er volgens mij echter bezwaarlijk nog sprake te zijn van een intergemeentelijk samenwerkingsverband in de strikte zin van het woord.

275. Grondwettelijke verankering – Tot een aantal jaren geleden was het principe dat intergemeentelijke samenwerking enkel mogelijk was met het oog op de behartiging van het gemeentelijk belang bovendien verankerd in artikel 162, vierde lid van de Grondwet.¹⁴⁷³ In 1993 is die zinsnede in de Grondwet geschrapt

¹⁴⁷⁰ In ieder geval is over het 'waarom' van de keuze voor de afval- en energiesector en de reden waarom de private deelname niet tot andere sectoren is uitgebreid, niet veel uitgeweid tijdens de voorbereiding van het decreet. Het valt op dat er ook in de beginjaren van de intercommunalisatie specifieke wetten per sector werden aangenomen met een verschillende regeling naargelang de activiteit van de intercommunale. Dit komt in zekere mate terug nu er een afzonderlijke regelgeving bestaat voor intercommunales in de afval- en de energiesector.

¹⁴⁷¹ Zie hieromtrent J. VANDE LANOTTE, T. DE PELSMAEKER en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 1214; S. FEYEN, "Ligt de weg naar delegatie open?", *TBP* 2019, afl. 3, (123) 125; B. WARNEZ, "Artikel 162" in B. DALLE, D. KEYAERTS, W. PAS, J. THEUNIS en W. VERRIJDT (eds.), *Duiding Federale Staatsstructuur*, Gent, Larcier, 2018, (206) 208; K. VANWINCKELEN, "Het gemeentelijk belang" in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeenteraad. Bevoegdheden*, Brugge, die Keure, 2011, (1) 14-15.

¹⁴⁷² A.-L. DURVIAUX en I. GABRIEL, *Droit administratif – Tome 2*, Brussel, Larcier, 2012, 103-104.

¹⁴⁷³ Art. 108, 2° Gw.; voor de discussie over de hantering van 'een gemeentelijk belang' of 'een intercommunaal belang' in de Grondwet, zie *supra* nr. 46 en zie ook over het gebruik van de terminologie 'intercommunaal belang' en 'gemeentelijk belang' X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 199-200; verslag aan de Kamer van de commissie

en is enkel nog het verenigingsrecht voor gemeenten in dit grondwetsartikel opgenomen. De achterliggende reden hiervoor is dat het gemeentelijk belang inherent is aan het gemeentelijk optreden.¹⁴⁷⁴

Het principe dat de uitsluitend gemeentelijke belangen door de gemeenteraden worden geregeld volgens de beginselen bij de Grondwet vastgesteld, is uitdrukkelijk vervat in artikel 41, eerste lid van de Grondwet. Die beginselen zijn op hun beurt geregeld in artikel 162 van de Grondwet. In het tweede lid, 2^o van artikel 162 is uitdrukkelijk opgenomen dat de gemeenteraden bevoegd zijn voor *alles wat van gemeentelijk belang is*, behoudens goedkeuring van hun handelingen in de gevallen en op de wijze bij de wet bepaald. Het Grondwettelijk Hof bevestigde reeds dat die bepalingen (artikel 41 en 162 van de Grondwet en artikel 6, §1, VIII, 1^o, derde lid van de BWHI) de gemeenten een recht van initiatief toekennen om zich te verenigen met het oog op de gezamenlijke behartiging van aangelegenheden van gemeentelijk belang.¹⁴⁷⁵ Ook de Raad van State, afdeling Wetgeving bevestigde dit in het verleden al verschillende keren.¹⁴⁷⁶

voor de grondwetsherziening, *Pasin.* 1921, 576-577; *note explicative présentée par le Gouvernement, Pasin.* 1921, 577 en P. BIDDAR, *Loi communale*, Frameries et Bruxelles, Imprimerie centrale des communes, 1923, 204.

¹⁴⁷⁴ Volgens DUJARDIN was die bepaling overbodig: "*In de huidige tekst van artikel 162, vierde lid van de Grondwet is de bepaling weggelaten dat gemeenten zich enkel kunnen verenigen om zaken van gemeentelijk belang gemeenschappelijk te regelen en te beheren. Deze bepaling was immers overbodig daar artikel 41 van de Grondwet duidelijk stelt dat de uitsluitend gemeentelijke belangen door de gemeenteraden worden geregeld volgens de beginselen bij de Grondwet vastgesteld en de gemeenten zich bijgevolg alleen kunnen verenigen voor de uitoefening van gemeentelijke belangen.*" in J. DUJARDIN e.a., *Praktisch handboek voor gemeenterecht*, Brugge, die Keure, 2018, 496; zie ook J. DUJARDIN, "Verzelfstandiging van gemeentediensten als instrument voor een modern management" in J. KRINGS (ed.), *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, Story-Scientia, 1997, (479) 490, vn. 19.

¹⁴⁷⁵ GwH 8 mei 2014, nr. 73/2014, overw. B.17.3; het Grondwettelijk Hof benadrukt bovendien dat die bepalingen de bevoegdheid van de gemeenten voor alles wat tot het gemeentelijk belang behoort, waarborgen. Zij verankeren het beginsel van de lokale autonomie, dat veronderstelt dat de lokale overheden zich elke aangelegenheid kunnen toe-eigenen waarvan zij menen dat het tot hun belang behoort en ze kunnen regelen zoals zij dat opportuun achten, zie o.a. GwH 22 maart 2012, nr. 47/2012, overw. B.5.1 en GwH 12 februari 2015, nr. 16/2015, overw. B.14.2.

¹⁴⁷⁶ In één van zijn adviezen stelde de Raad onder meer voorop dat de artikelen 41 en 162 van de Grondwet andere autoriteiten dan de gemeente beletten om rechtstreeks ten gronde in te grijpen bij beslissingen over wat het gemeentelijk belang betreft: "*Ces dispositions s'opposent ainsi à ce que d'autres autorités que celles de la commune interviennent directement quant au fond dans les décisions déterminant ce que requiert l'intérêt communal*" in Adv.RvS van 23 januari 1995 betreffende het voorontwerp van decreet *relatif à la gestion distincte des hôpitaux gérés par les centres publics d'aide*

Toch is de grondwettelijk gewaarborgde gemeentelijke bevoegdheid niet onbegrensd, wat op zijn beurt implicaties heeft voor de bevoegdheid van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Gemeenten moeten *de hiërarchie der rechtsnormen* in acht nemen wanneer zij optreden op grond van het gemeentelijk belang. Dit impliceert dat wanneer de federale Staat, een gemeenschap of een gewest een aangelegenheid regelt die onder zijn/haar bevoegdheid valt, de gemeenten aan die reglementering zijn onderworpen bij de uitoefening van hun bevoegdheid in diezelfde aangelegenheid.¹⁴⁷⁷ Het beginsel van lokale autonomie doet evenmin afbreuk aan de bevoegdheid van de federale Staat, de gemeenschappen of de gewesten om te oordelen wat het meest geschikte niveau is om een aangelegenheid te regelen die hen toekomt.¹⁴⁷⁸ Indien de federale Staat, een gemeenschap of een gewest beslist dat een aangelegenheid het best wordt geregeld op federaal of deelstatelijk niveau, zal die aangelegenheid niet langer tot de bevoegdheid van de gemeenten behoren.¹⁴⁷⁹ Daarnaast kan de

sociale, une association de centres publics d'aide sociale, une intercommunale ou une province, nr. 23.716/9, overw. 2, b); in een ander advies maakt de Raad duidelijk dat op zijn minst de essentiële regels met betrekking tot een aangelegenheid van gemeentelijk belang door de gemeenteraad worden vastgesteld, in Adv.RvS van 15 juni 2016 betreffende een voorstel van decreet van het Waals Parlement modifiant les articles L1122-18, L1124-1, L1211-3 et L1212-1 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation et visant à créer un service public local, nr. 59.294/4, vn. 3; in datzelfde advies nr. 59.294/4, overw. 3.2 volgt volgens de Raad van State, afdeling Wetgeving, uit de artikelen 41 en 162 van de Grondwet dat de regeling van aangelegenheden van gemeentelijk belang uitsluitend bij de gemeenteraad berust, waarbij het gemeentelijk belang niet, zelfs niet gedeeltelijk en voorwaardelijk, kan worden toevertrouwd aan een andere gedecentraliseerde overheid.

¹⁴⁷⁷ J. RIEMSLAGH, "Niet alles wat voor de gemeente van belang is, is van gemeentelijk belang: de gemeentelijke (on)bevoegdheid inzake wedkantoren", *RABG* 2018, afl. 14, (1321) 1323-1326.

¹⁴⁷⁸ GwH 29 juli 2010, nr. 89/2010, overw. B.18.2-B.18.3; GwH 25 mei 2005, nr. 95/2005, overw. B.25-26; GwH 29 juli 2010, nr. 89/2010, overw. B.18.2-B.18.3; GwH 22 maart 2012, nr. 47/2012, overw. B.5.5; GwH 12 februari 2015, nr. 16/2015, overw. B.14.3; RvS 12 maart 2002, nr. 104.577, overw. 5.4; RvS 30 april 2002, nr. 106.211, 7-8; zie ook J. THEUNIS, "De bevoegdheidsoverdrachten inzake lokale besturen" in A. ALLEN, B. DALLE, K. MUYLLE, W. PAS, J. VAN NIEUWENHOVE en W. VERRIJDT (eds.), *Het federale België na de Zesde Staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2014, (547) 550-551; V. DE SCHEPPER, "Artikel 41" in B. DALLE, D. KEYAERTS, W. PAS, J. THEUNIS en W. VERRIJDT (eds.), *Duiding Federale Staatsstructuur*, Gent, Larcier, 2018, (39) 39-41; B. WARNEZ, "Artikel 162" in B. DALLE, D. KEYAERTS, W. PAS, J. THEUNIS en W. VERRIJDT (eds.), *Duiding Federale Staatsstructuur*, Gent, Larcier, 2018, (206) 208; W. DE COCK, "Lokale besturen. De impact van de hiërarchie der rechtsnormen en het medebewind op de gemeentelijke reglementaire bevoegdheid", *TVW* 2012, afl. 3, 207-210.

¹⁴⁷⁹ Vb. art. 3, eerste lid wet van 15 april 1994 betreffende de bescherming van de bevolking en van het leefmilieu tegen de uit ioniserende stralingen voortvloeiende gevaren en betreffende het Federaal Agentschap voor Nucleaire Controle, *BS* 29 juli

hogere overheid ook beslissen dat het gemeentelijke niveau juist het meest geschikt is om een aangelegenheid te regelen.¹⁴⁸⁰ In dat geval onttrekt de hogere overheid geen aangelegenheid aan de gemeentelijke bevoegdheid, maar kent ze die juist uitdrukkelijk toe.¹⁴⁸¹ De onttrekking of toekenning van aangelegenheden aan de gemeenten mag evenwel niet kennelijk onevenredig zijn.¹⁴⁸²

276. Europees Handvest inzake lokale autonomie – Naast de wettelijke en grondwettelijke verankering van het gemeentelijk belang als leidraad voor het

1994: "De Koning kan, met uitsluiting van de gemeentelijke overheid, maatregelen nemen ter bescherming van de werknemers, de volksgezondheid of het leefmilieu." (eigen onderlijning).

¹⁴⁸⁰ Vb. art. 6, eerste lid, 2° van de Vlaamse Wooncode van 15 juli 1997: "De gemeenteraad kan bij verordening (...) strengere veiligheids- en kwaliteitsnormen voor kamers opleggen dan vastgesteld door de Vlaamse Regering met toepassing van artikel 5, § 2."; vb. art. 164 Gw: "Het opmaken van de akten van de burgerlijke stand en het houden van de registers behoren bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de gemeentelijke overheid." (eigen onderlijning); vb. art. 2, eerste en tweede lid decreet van 16 januari 2004 op de begraafplaatsen en de lijkbezorging, BS 10 februari 2004: "Iedere gemeente moet over ten minste één begraafplaats beschikken. (...) Enkel een gemeente of een intergemeentelijk samenwerkingsverband kan een crematorium oprichten en beheren."

¹⁴⁸¹ Over die positieve en negatieve kwalificatie, zie M. DENYS, "De begrippen Gemeentelijk en Provinciaal belang", RW 1962, afl. 26, (1321) 1328-1332.

¹⁴⁸² Het Grondwettelijk Hof benadrukte al verschillende keren dat de inbreuk op de bevoegdheid van de gemeenten en bijgevolg op het beginsel van de lokale autonomie die elk optreden, hetzij positief, hetzij negatief, van de federale Staat, de gemeenschappen of de gewesten inhoudt in een aangelegenheid die tot hun bevoegdheid behoort, enkel strijdig is met artikel 6, §1, VIII, eerste lid, 1°, en X, van de BWHI, met artikel 41 en 162 van de Grondwet, en met artikel 4 van het Europees Handvest inzake lokale autonomie (die artikelen waarborgen de bevoegdheid van de gemeenten voor alles wat van gemeentelijk belang is), wanneer ze kennelijk onevenredig is. Er is dus een grens aan gekoppeld: de onttrekking of toekenning van aangelegenheden aan de gemeenten mag niet kennelijk onevenredig zijn. Volgens het Grondwettelijk Hof is dit onevenredig indien de gemeenten daardoor het geheel of de essentie van hun bevoegdheden wordt ontzegd, of als de beperking van de bevoegdheid niet kan worden verantwoord door het feit dat die beter zou worden uitgeoefend op een ander bevoegdheidsniveau, zie GwH 29 juli 2010, nr. 89/2010, overw. B.18.4; GwH 25 mei 2005, nr. 95/2005, overw. B.25-26; GwH 29 juli 2010, nr. 89/2010, overw. B.18.4; GwH 16 juni 2011, nr. 109/2011, overw. B.8.3; GwH 22 maart 2012, nr. 47/2012, overw. B.5.5; GwH 12 februari 2015, nr. 16/2015, overw. B.14.4; GwH 15 januari 2009, nr. 7/2009, overw. B.6.3; zie ook J. THEUNIS, "De bevoegdheidsoverdrachten inzake lokale besturen" in A. ALEN, B. DALLE, K. MUYLLE, W. PAS, J. VAN NIEUWENHOVE en W. VERRIJDT (eds.), *Het federale België na de Zesde Staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2014, (547) 550-551; K. VANWINCKELEN, "Het gemeentelijk belang" in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeenteraad. Bevoegdheden*, Brugge, die Keure, 2011, (1) 5-8; zie over het subsidiariteitsbeginsel en de lokale autonomie: W. VANDENBRUWAENE, "Het subsidiariteitsbeginsel naar Belgisch Grondwettelijk Recht", TBP 2013, afl. 2-3, (150) 156-157; T. LAUWERS, "De beperking van de autonome lokale bevoegdheden", LRB 2011, afl. 2-3, (1) 25-26.

(inter)gemeentelijk optreden, schrijft artikel 10 van het Europees Handvest inzake lokale autonomie¹⁴⁸³ het recht van de lokale autoriteiten voor om, bij de uitoefening van hun bevoegdheden, samen te werken en zich – binnen het kader van de wet – te verenigen met andere lokale autoriteiten '*ten einde taken van gemeenschappelijk belang*' uit te voeren. Noch het artikel zelf, noch de toelichting bij het Handvest¹⁴⁸⁴ verwijst naar het *gemeentelijk* belang *an sich*, maar in artikel 3, eerste paragraaf van het Handvest is opgenomen dat de lokale autonomie het recht en de mogelijkheden van lokale autoriteiten inhoudt, binnen de grenzen van de wet, "*to regulate and manage a substantial share of public affairs under their own responsibility and in the interests of the local population.*" (eigen onderlijning).¹⁴⁸⁵ De Belgische omzetting van dit artikel spreekt over 'openbare aangelegenheden' die 'in het belang van de plaatselijke bevolking' worden geregeld en worden beheerd.¹⁴⁸⁶ In de toelichting bij het Handvest worden die openbare aangelegenheden niet verduidelijkt, maar er is wel in opgenomen dat het recht en de mogelijkheden van lokale autoriteiten nader kan worden gedefinieerd door wetgeving.¹⁴⁸⁷ Bovendien is ook in artikel 4 van het Handvest opgenomen dat de grondwet of wet de fundamentele bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de lokale autoriteiten vaststelt.¹⁴⁸⁸

277. Noch wettelijke definiëring, noch oplisting – Dat de Grondwet en de wet niet uiteenzetten wat er onder 'een welbepaald gemeentelijk belang', 'doelstellingen van gemeentelijk belang', of '*objets déterminés d'intérêt communal*' moet worden begrepen, is duidelijk. Dit neemt niet weg dat het wel mogelijk zou zijn om het begrip 'gemeentelijk belang' te definiëren in de Grondwet, zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving reeds vooropstelde in een van zijn adviezen.¹⁴⁸⁹ Het opstellen van een lijst met activiteiten die van

¹⁴⁸³ Gedaan te Straatsburg op 15 oktober 1985, *BS* 23 september 2004.

¹⁴⁸⁴ Explanatory Report to the European Charter of Local Self-Government, Raad van Europa, European Treaty Series - No. 122, <https://rm.coe.int/16800ca437>.

¹⁴⁸⁵ Art. 3, §1 Europees Handvest inzake lokale autonomie, <https://rm.coe.int/168007a088>.

¹⁴⁸⁶ Art. 3, §1 Europees Handvest inzake lokale autonomie, *BS* 23 september 2004.

¹⁴⁸⁷ Explanatory Report to the European Charter of Local Self-Government, Raad van Europa, European Treaty Series - No. 122, <https://rm.coe.int/16800ca437>, 4.

¹⁴⁸⁸ Art. 4, §1 Europees Handvest inzake lokale autonomie, *BS* 23 september 2004.

¹⁴⁸⁹ "*In die context zou de doeltreffendheid van die bevoegdheidsuitbreiding beter gewaarborgd kunnen worden indien de begrippen provinciaal en gemeentelijk belang*

gemeentelijk belang zijn, lijkt dan weer moeilijker verzoenbaar te zijn met het grondwettelijk verankerd principe van de gemeentelijke autonomie (*infra* DEEL III).¹⁴⁹⁰

Tot op vandaag bestaat er echter (nog steeds) geen wettelijke definiëring van de notie 'gemeentelijk belang', noch een lijst of een opsomming van doelstellingen en activiteiten die als van gemeentelijk belang kunnen worden beschouwd. Over de vraag wat er onder het gemeentelijk belang dient te worden verstaan en welke doelstellingen en activiteiten al dan niet van gemeentelijk belang zijn, ontstond er doorheen de jaren wel een ruime verzameling aan bijdragen. Het valt buiten het bestek van dit proefschrift om het abstracte begrip van het 'gemeentelijk belang' en daarbij aansluitend de 'lokale autonomie' in detail te gaan ontleden. In hetgeen volgt, worden de belangrijkste contouren van dit leerstuk geschetst en komt het gemeentelijk belang hoofdzakelijk ter sprake in de mate dat het wordt vormgegeven en wordt toegepast in het licht van de doelstellingen en activiteiten van het intergemeentelijk samenwerkingsverband.

3.2. 'Het gemeentelijk belang': onbepaald maar niet onbegrensd

3.2.1. *Het gemeentelijk belang in het algemeen*

278. Het gemeentelijk belang – Al in 1922 gaf het Hof van Cassatie een invulling aan het gemeentelijk belang: "*Attendu que doit être considéré comme étant d'intérêt communal, l'acte ou le service public qui intéresse la collectivité*

in de Grondwet zelf gedefinieerd zouden worden, in het licht eventueel van het begrip subsidiariteit, dat ter zake als volgt gedefinieerd wordt in artikel 4, lid 3, van het Europees Handvest inzake de lokale autonomie (...)" (eigen onderlijning) in Adv.RvS nr. 42.186/AV van 6 februari 2007 bij het voorstel van bijzondere wet tot wijziging van artikel 1 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, teneinde het hof bevoegd te maken voor de toetsing aan de artikelen 41 en 162 van de Grondwet inzake de gemeentelijke en provinciale autonomie, overw. 17.

¹⁴⁹⁰ Zie ook A.-L. DURVIAUX en I. GABRIEL, *Droit administratif – Tome 2*, Brussel, Larcier, 2012, 104; *contra*: M. DENYS, "De begrippen Gemeentelijk en Provinciaal belang", *RW* 1962, afl. 26, (1321) 1329: "Het is dus niet onmogelijk dat de wetgever in een restrictieve tekst de aangelegenheden zou opsommen welke de provincie- en gemeenteraden mogen of moeten regelen zonder andere aangelegenheden tot zich te trekken."

des habitants d'une commune." (eigen onderlijning).¹⁴⁹¹ Volgens het Hof van Cassatie moet een openbare handeling of dienst die de gemeenschap van inwoners van een gemeente interesseert, als zijnde van gemeentelijk belang worden beschouwd.¹⁴⁹²

Sommige auteurs doen eveneens een poging om dit gemeentelijk belang een invulling te geven. Volgens DE TOLLENAERE is het gemeentelijk belang "*l'intérêt public pour la commune, pour la collectivité territoriale de ses habitants: ce n'est pas purement et simplement tout qui peut bénéficier à la caisse communale.*" (eigen onderlijning).¹⁴⁹³ WILKIN stelt dat "*[l]'intérêt communal comporte le nécessaire, l'utile et l'agréable de la collectivité communale. (...) En général, les devoirs administratif communaux sont dictés par les besoins de la population. (...) Du moment que le service public communal procure quelque bien à la collectivité, il a sa raison d'être, mais en tout il y a une juste mesure.*" (eigen onderlijning).¹⁴⁹⁴ Volgens VAN GARSSE e.a. wordt "*[i]n de praktijk (...) onder 'gemeentelijk belang' verstaan alle zaken die een duidelijk lokaal en territoriaal karakter hebben en die door de wetgever niet aan het beslissingsrecht van andere instanties werden toegewezen.*" (eigen onderlijning).¹⁴⁹⁵ De definiëring gebeurt door auteurs al dan niet op een 'negatieve' wijze: zo is het gemeentelijk belang volgens MAST e.a. "*het belang (...) dat niet provinciaal, communautair, gewestelijk of algemeen is.*"¹⁴⁹⁶ Ook BUTTGENBACH definieert het gemeentelijk belang als "*toute activité et tout objet*

¹⁴⁹¹ Cass. 6 april 1922, *Pas.* 1922, 236.

¹⁴⁹² Dit dient volgens DENYS te worden genuanceerd. Volgens hem wordt het probleem van de invulling van het gemeentelijk belang louter verplaatst door deze cassatierechtspraak en is het op basis van deze omschrijving nog steeds onmogelijk om aan te duiden wat er nu precies van gemeentelijk belang is: "*Hiermee wordt het probleem eigenlijk alleen maar verplaatst: welke maatregel belangt eigenlijk de gemeenschap der gemeentenaren aan en wie zal er over oordelen of een bepaalde maatregel wel die gemeenschap aanbelangt? Tenslotte is het dus hier ook onmogelijk aan te duiden wat uiteraard van gemeentelijk belang is.*" in M. DENYS, "De begrippen Gemeentelijk en Provinciaal belang", *RW* 1962, afl. 26, (1321) 1327; zie eveneens B. BEELEN, G. DE CUYPER en H. DRIESSEN, "De intercommunale vandaag en morgen", *Jura Falc.* 1977-1978, (187) 187; O.V., "Het 'gemeentelijk belang' in de Intercommunale Vennootschappen", *RW* 1940, afl. 3, (1233) 1242.

¹⁴⁹³ V. DE TOLLENAERE, *Nouveau commentaire de la loi communale*, Brussel, Larcier, 1955, tome I, 285.

¹⁴⁹⁴ R. WILKIN, *Précis du droit communal*, Brussel, Bruylant, 1959, 93-94.

¹⁴⁹⁵ S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 155-156.

¹⁴⁹⁶ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 716.

que les autorités (...) communales estiment devoir s'attribuer dans la mesure où ceux-ci n'ont pas été réservés par la Constitution ou par la loi à un autre pouvoir." (eigen onderlijning).¹⁴⁹⁷ Die laatste techniek sluit aan bij de principes inzake bevoegdheidsverdeling die hierboven onder nr. XX werden uiteengezet.

De meeste auteurs blijven echter wat 'vager', en leggen de nadruk op de variërende invulling die het begrip dient te krijgen, zoals DÉOM en DE KERCHOVE: "*il n'y a pas un intérêt communal dans l'absolu; il y a l'intérêt de chaque commune du Royaume dont elle seule, par nature, peut préciser la teneur. L'intérêt communal est une notion essentiellement contingente et tributaire de contraintes spatio-temporelles.*" (eigen onderlijning).¹⁴⁹⁸ Volgens DENYS is de rechtsleer het er "*over het algemeen over eens dat het onmogelijk is objectieve maatstaven aan te wijzen ten einde het (...) gemeentelijk belang naar de inhoud zelf te kenmerken.*"¹⁴⁹⁹ Ook volgens COENEN "*[i]l est impossible de cerner la notion d'intérêt communal au départ de critères matériels. Les autorités communales sont susceptibles d'intervenir dans quasiment tous les aspects de la vie quotidienne des citoyens.*"¹⁵⁰⁰ De laatste auteur koppelt het feit dat het privé-initiatief niet onder bevredigende voorwaarden kan voorzien in een bepaalde taak bovendien aan het gemeentelijk belang: "*Dès qu'un besoin est perçu dans la population et que le pouvoir local estime que l'initiative privée ne pourra y faire face dans des conditions satisfaisantes – notamment en ce qui concerne son coût pour l'usager –, il pourra intervenir, pour autant qu'aucune disposition légale ne lui interdise*" (eigen onderlijning).¹⁵⁰¹ Ook WILKIN verwijst op een gelijkaardige manier naar het tekortkomend privé-initiatief, door de stellen dat de openbare activiteit de bevolking over het algemeen diensten verschaft waarin zij zelf niet

¹⁴⁹⁷ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larquier, 1954, 439.

¹⁴⁹⁸ D. DÉOM en G. DE KERCHOVE, "L'intérêt communal", *Ann.Droit.Louvain*. 1980, (147) 165.

¹⁴⁹⁹ M. DENYS, *De begrippen gemeentelijk, provinciaal en algemeen belang*, Heule, UGA, 1969, 23-24; zie ook M. DENYS, "De begrippen Gemeentelijk en Provinciaal belang", *RW* 1962, afl. 26, (1321) 1327.

¹⁵⁰⁰ A. COENEN, *Les communes à la croisée des chemins*, Brugge, die Keure, 2003, 159; zie ook samengevat A. COENEN, *Les services publics locaux au cœur de l'effervescence sociale*, Brugge, die Keure, 2017, 118.

¹⁵⁰¹ A. COENEN, *Les communes à la croisée des chemins*, Brugge, die Keure, 2003, 149-150; zie ook A. COENEN, *Les services publics locaux au cœur de l'effervescence sociale*, Brugge, die Keure, 2017, 116.

kunnen voorzien en die hen ook niet worden aangeboden door particuliere activiteiten.¹⁵⁰²

Sommige auteurs geven dan weer concrete voorbeelden van zaken van gemeentelijk belang, zoals VANDE LANOTTE e.a. die de handhaving van de openbare orde, de openbare veiligheid en de huisvuilophaling naar voren schuiven.¹⁵⁰³ Ook WARNEZ geeft een aantal voorbeelden, zoals straten vernieuwen, woon- en zorgcentra oprichten, en de bouw van sporthallen.¹⁵⁰⁴ Volgens HAVARD zijn onder meer het onderhoud van het wegennet, de verkoop van gemeentegronden, en sport- en culturele infrastructuur van gemeentelijk belang.¹⁵⁰⁵ WILKIN somde in 1955 al de bouw van zwembaden en oprichting van bibliotheken, de organisatie van campings en van crèches, de distributie van water, gas en elektriciteit, het havenbeheer, en de organisatie van een gemeentelijke toeristische dienst op. Volgens hem zijn dit allemaal taken die een uiting zijn van het gemeentelijk belang.¹⁵⁰⁶ In elk geval strekt de bevoegdheid van de gemeente om op te treden in het gemeentelijk belang zich in principe uit *tot gelijk welk domein*.¹⁵⁰⁷ Dit volgt uit het beginsel van de lokale autonomie zoals verankerd in artikel 41 en 162 van de Grondwet, dat inhoudt dat lokale overheden zich elke aangelegenheid kunnen toe-eigenen en regelen zoals zij dat opportuun achten, als ze menen dat dit tot hun belang behoort.¹⁵⁰⁸ Zoals hierboven vermeld, bestaan er wel enkele beperkingen op dit principe.

¹⁵⁰² R. WILKIN, *Précis du droit communal*, Brussel, Bruylant, 1959, 94: "En général, l'activité publique rend à la population les services qu'elle ne peut se procurer elle-même et que ne lui offrent pas non plus les activités privées." (eigen onderlijning).

¹⁵⁰³ J. VANDE LANOTTE, T. DE PELSMAEKER en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 1225.

¹⁵⁰⁴ B. WARNEZ, "Artikel 162" in B. DALLE, D. KEYAERTS, W. PAS, J. THEUNIS en W. VERRIJDT (eds.), *Duiding Federale Staatsstructuur*, Gent, Larcier, 2018, (206) 208.

¹⁵⁰⁵ C. HAVARD, *Manuel pratique de droit communal en Wallonie - Edition 2018*, Brugge, die Keure, 2018, 260.

¹⁵⁰⁶ Zoals aangehaald in V. DE TOLLENAERE, *Nouveau commentaire de la loi communale*, Brussel, Larcier, 1955, tome I, 281-282.

¹⁵⁰⁷ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 440; M. DENYS, "De begrippen Gemeentelijk en Provinciaal belang", *RW* 1962, afl. 26, (1321) 1335.

¹⁵⁰⁸ GwH 22 maart 2012, nr. 47/2012, overw. B.5.1 en GwH 12 februari 2015, nr. 16/2015, overw. B.14.2.

279. Samengevat – Samengevat is het gemeentelijk belang niet vastgelegd. Er bestaat niet zoiets als een aangelegenheid die 'van nature' aan de gemeente toekomt.¹⁵⁰⁹ Hierdoor is het gemeentelijk belang *onbepaald*, maar zeker niet *onbegrensd*.¹⁵¹⁰ Nadat er door de 'hogere' overheid is bepaald wat er wordt onttrokken of wordt toebedeeld aan de gemeenten¹⁵¹¹, is het in de eerste plaats aan de gemeenten *zelf* om initiatief te nemen en daarbij te oordelen wat er al dan niet van gemeentelijk belang is.¹⁵¹² DENYS gaat zelf zo ver dat hij dit 'subjectieve appreciatierecht' van de gemeenteraad als "*het enige middel (ziet) om aan deze*

¹⁵⁰⁹ K. VANWINCKELEN, "Het gemeentelijk belang" in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeenteraad. Bevoegdheden*, Brugge, die Keure, 2011, (1) 4.

¹⁵¹⁰ K. REYBROUCK, "De grondwettelijke waarborg van de gemeentelijke autonomie, federalisme en Brussel" in S. VAN GARSSE en K. WILLEMS (eds.), *Themis 114 - Actualia gemeenterecht*, Brugge, die Keure, 2020, (83) 90.

¹⁵¹¹ "Het is inderdaad algemeen aanvaard dat het in ruime mate aan de verschillende wetgevers toekomt om te bepalen wat het gemeentelijk en het provinciaal belang inhouden (...)." in J. VANDE LANOTTE, T. DE PELSMAEKER en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 1216-1217; "Tegelijkertijd zijn het in de eerste plaats het decreet en de wet die (verder) bepalen wat kan ressorteren onder het gemeentelijk belang." in S. FEYEN, "Ligt de weg naar delegatie open?", *TBP* 2019, afl. 3, (123) 124; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 717; S. KEUNEN, "Lokale autonomie als (essentieel) kenmerk voor de democratische legitimiteit van lokale besturen", *TBP* 2016, afl. 4-5, (248) 256; *supra* zagen we reeds dat de gemeenten altijd onderschikt zijn aan de Staat, zie ook A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 438.

¹⁵¹² "Les autorités décentralisées disposent du pouvoir de qualification primaire de ce qui relève de l'intérêt local" in Adv.RvS van 6 februari 2007 betreffende een voorstel van bijzondere wet *modifiant l'article 1er de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, en vue d'habiliter la Cour à effectuer un contrôle de conformité aux articles 41 et 162 de la Constitution en ce qui concerne l'autonomie communale et provinciale*, nr. 42.186/AG, overw. 3; Adv.RvS nr. 42.186/AV van 6 februari 2007 bij voorstel van bijzondere wet tot wijziging van artikel 1 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, teneinde het hof bevoegd te maken voor de toetsing aan de artikelen 41 en 162 van de Grondwet inzake de gemeentelijke en provinciale autonomie, overw. 3; "Voici donc énoncés les deux paradigmes qui - conjugués - révèlent les attributions communales. Jeu dialectique de deux principes - droit initiative et pouvoir de qualification (...)." in D. DÉOM en G. DE KERCHOVE, "L'intérêt communal", *Ann.Droit.Louvain*. 1980, (147) 152; M. DENYS, "De begrippen Gemeentelijk en Provinciaal belang", *RW* 1962, afl. 26, (1321) 1321; B. WARNEZ, "Artikel 162" in B. DALLE, D. KEYAERTS, W. PAS, J. THEUNIS en W. VERRIJDT (eds.), *Duiding Federale Staatsstructuur*, Gent, Larcier, 2018, (206) 208; "*Par leur action, les communes définissent elles-mêmes les matières qui relèvent de leur compétence exclusive. Elles disposent de la sorte d'un droit d'initiative qui leur permet de se saisir – motu proprio – des objets qu'elles estiment d'intérêt communal.*" (eigen onderlijning) in D. DÉOM en G. DE KERCHOVE, "L'intérêt communal", *Ann.Droit.Louvain*. 1980, (147) 152; K. VANWINCKELEN, "Het gemeentelijk belang" in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeenteraad. Bevoegdheden*, Brugge, die Keure, 2011, (1) 9.

begrippen enige inhoud te verlenen".¹⁵¹³ Dat het aan de gemeente zelf is om te bepalen wat er al dan niet van gemeentelijk belang is, brengt niet met zich mee dat elke activiteit die de gemeente uitvoert ook ontegenzeggelijk van gemeentelijk belang *is*. Belangrijk is dat het optreden van de gemeente(raad) slechts een *weerlegbaar vermoeden* behelst dat dit optreden van gemeentelijk belang is en dus tot haar bevoegdheid behoort.¹⁵¹⁴ *"Het behoort de toezichhoudende overheid, de gewone en administratieve rechtbanken dit vermoeden eventueel te weerleggen."*¹⁵¹⁵ Het gemeentelijk belang is tegelijkertijd een evolutief begrip, wat een sluitend antwoord op de vraag welke concrete activiteiten nu eigenlijk het gemeentelijk belang betreffen, bemoeilijkt.¹⁵¹⁶ Wat enige tijd geleden als van gemeentelijk belang werd beschouwd, is op vandaag mogelijk niet langer van gemeentelijk belang, en *vice versa*.¹⁵¹⁷

Ten slotte is er ook nog de 'ondergrens', zoals KEUNEN het formuleert, die 'niet-publieke belangen' uitsluit van het gemeentelijk belang: *"Het open begrip 'gemeentelijke belang' kan aldus langs twee kanten worden begrensd. Aan de onderkant door de niet-publieke sfeer, zijnde de niet-publieke belangen. Aan de bovenkant door het uitgangspunt dat lokale besturen niet in strijd mogen handelen met hogere regelgeving, gekoppeld aan de mogelijkheid van hogere bestuursniveaus om bevoegdheden van lokale besturen naar zich toe te*

¹⁵¹³ M. DENYS, "De begrippen Gemeentelijk en Provinciaal belang", *RW* 1962, afl. 26, (1321) 1335.

¹⁵¹⁴ *"Hieruit volgt als het ware een vermoeden dat alles wat de provincie- of gemeenteraad regelt van provinciaal of gemeentelijk belang is. Dit vermoeden is nochtans wederlegbaar en het komt toe aan de voogdij-overheid, de rechterlijke en administratieve rechtbank de opportuniteits- en/of wettigheidscontrole uit te oefenen."* (eigen onderlijning) in M. DENYS, "De begrippen Gemeentelijk en Provinciaal belang", *RW* 1962, afl. 26, (1321) 1335.

¹⁵¹⁵ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 76.

¹⁵¹⁶ *"Le système belge présent l'avantage de la souplesse: en ne définissant pas l'intérêt régional ou local, il abandonne à la compétence des autorités décentralisées toutes possibilités d'interventions, s'adaptant constamment à l'évolution des nécessités sociales."* in A. BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 440.

¹⁵¹⁷ *"Si - dans un avenir proche ou lointain - de nouvelles attentes se manifestent, les institutions communales pourront directement les prendre en charge, continuant ainsi à jouer le rôle de laboratoires sociaux qui a si souvent été le leur depuis des siècles."* in A. COENEN, *Les communes à la croisée des chemins*, Brugge, die Keure, 2003, 161.

trekken."¹⁵¹⁸ Deze ondergrens houdt in dat gemeenten zich in beginsel niet mogen inlaten met activiteiten die in wezen tot het domein van de particuliere handel behoren.¹⁵¹⁹ Ze mogen in beginsel geen agrarische, commerciële of industriële ondernemingen organiseren die uitsluitend winst beogen.¹⁵²⁰ Enkel als het privé-initiatief tekort schiet of machteloos staat, kunnen gemeenten zich met privé-taken inlaten, maar dan kan de officiële tussenkomst enkel tijdelijk en aanvullend zijn.¹⁵²¹ Dit neemt niet weg dat gemeenten wel commerciële handelingen kunnen stellen indien dit noodzakelijk is ter realisatie van het gemeentelijk belang.¹⁵²² Volgens D'HOOGHE kunnen de gemeenten "ter behartiging van gemeentelijke belangen in het algemeen, immers ook hetzelfde activiteitsdomein betreden als de particulieren of privaatrechtelijke ondernemingen. Wanneer een gemeente dit doet, door b.v. samenwerkingsverbanden aan te gaan met het oog op de behartiging van doelstellingen van commerciële, sportieve, culturele of sociale aard, ongeacht of het gaat om een intercommunaal samenwerkingsverband, draagt zij geen van de aan de gemeente toegewezen bevoegdheden over. De gemeente blijft ter zake haar volledige discretionaire bevoegdheid behouden."¹⁵²³ Hieronder zal blijken

¹⁵¹⁸ S. KEUNEN, "Lokale autonomie als (essentieel) kenmerk voor de democratische legitimiteit van lokale besturen", *TBP* 2016, afl. 4-5, (248) 257.

¹⁵¹⁹ "Handelsvennootschappen stellen handelsdaden met de bedoeling winst te verwezenlijken. Noch hun activiteit zelf, noch hun doelstellingen zijn verenigbaar met de verrichtingen van een gemeente, die het plaatselijk algemeen belang behartigt, behoudens algemene of specifieke uitzonderingen toegelaten of mogelijk gemaakt door een algemene wettelijke regeling of door een bijzondere wet." in D. D'HOOGHE, "De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen", *T.Gem.* 1995, afl. 2, (75) 93.

¹⁵²⁰ R. WILKIN, *Précis du droit communal*, Brussel, Bruylant, 1959, 94.

¹⁵²¹ V. DE TOLLENAERE, *Nouveau commentaire de la loi communale*, Brussel, Larcier, 1955, tome I, 285-286: "Les communes doivent s'abstenir de se livrer à des opérations qui appartiennent essentiellement au domaine du négoce ou du commerce privé." (eigen onderlijning); R. WILKIN, *Précis du droit communal*, Brussel, Bruylant, 1959, 94.

¹⁵²² Ze kunnen daarbij geen winkels vestigen, maar ze kunnen wel maaltijden en drankjes aan hun personeel aanbieden en hen de voordelen van een medische of sociale dienst bieden, aldus WILKIN in R. WILKIN, *Précis du droit communal*, Brussel, Bruylant, 1959, 94.

¹⁵²³ D. D'HOOGHE, "De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen", *T.Gem.* 1995, afl. 2, (75) 97. In dezelfde bijdrage stelt D'HOOGHE op pagina 93 wel dat "noch [de] activiteit[en]/[van handelsvennootschappen], noch hun doelstellingen (...) verenigbaar [zijn] met de verrichtingen van een gemeente, die het plaatselijk algemeen belang behartigt, behoudens algemene of specifieke uitzonderingen toegelaten of mogelijk gemaakt door een algemene wettelijke regeling of door een bijzondere wet." (eigen onderlijning).

dat het meermaals benadrukt is dat niet-publieke belangen (hoofdzakelijk commerciële, industriële of economische activiteiten¹⁵²⁴) in principe niet het voorwerp kunnen uitmaken van intercommunalisatie.

3.2.2. *Het gemeentelijk belang en de intercommunale*

"Les communes, en s'associant, ne visent pas un but lucratif; elles cherchent à réaliser un service public dans le seul intérêt de la population."

– HALLET, Ann.parl. Kamer 1920-21.

280. "Plus grand que la commune; mais elle ne peut faire autre chose" –

In het licht van het gebrek aan definiëring van het begrip gemeentelijk belang, werd in de randnummers hierboven een poging gedaan om de grootste gemene deler t.a.v. dit begrip weer te geven. Ook specifiek in de context van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden werd er reeds geprobeerd om die lacune te verhelpen en invulling te geven aan het doel en de activiteiten van de intercommunale. Hieronder worden de belangrijkste aandachtspunten vermeld en waar nodig uitgewerkt, om zo – ondanks het gebrek aan wettelijke definiëring – een zo volledig mogelijke invulling te geven aan 'het gemeentelijk belang' in het licht van het doel en de activiteiten die de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden mogen vooropstellen. Hierbij wordt er – na een aantal algemene aandachtspunten – een opdeling gemaakt tussen de personele begrenzing (A.), de territoriale begrenzing (B.) en de materiële/inhoudelijke begrenzing (C.) van het gemeentelijk belang ten aanzien van de intercommunale doelstellingen en activiteiten. Deze begrenzingen samengenomen vormen een toetsingskader (zie voor schematische weergave *infra* nr. 310).

Het bestaan van zowel een personele, territoriale als een functionele bevoegdheidsbegrenzing van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, volgt uit het feit dat de doelstellingen die ze vooropstelt en activiteiten die ze mag uitoefenen effectief binnen de belangen- of bevoegdheidssfeer van de gemeenten

¹⁵²⁴ "Il est admis toutefois que l'acte de commerce ne peut être l'objectif principal de l'administration locale." in V. DE TOLLENAERE, *Nouveau commentaire de la loi communale*, Brussel, Larcier, 1955, tome I, 285.

moeten vallen en bijgevolg de gemeentelijke bedrijvigheid moeten betreffen.¹⁵²⁵ DURVIAUX en GABRIEL stellen dat de intercommunale "*ne peut ainsi faire autre chose que ce qui est permis aux communes dans le cadre de la décentralisation territoriale. Les intercommunales constituent une manifestation de la décentralisation par service dans un cadre limité.*".¹⁵²⁶ BUTTGENBACH haalt HARION aan die stelt dat "*l'association intercommunale peut faire plus grand que la commune; mais elle ne peut faire autre chose*" (eigen onderlijning).¹⁵²⁷ Meer concreet vloeit dit voort uit het feit dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden een functioneel en territoriaal gedecentraliseerd bestuur zijn: in dat opzicht zijn ze juridisch gezien een verlengstuk van de gemeenten en zullen ze in principe niet méér kunnen doen dan hetgeen de deelnemende gemeenten afzonderlijk op hun grondgebied kunnen doen. Ook de Vlaamse minister van Binnenlandse Aangelegenheden benadrukte in 1994 nogmaals dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden niets méér mogen doen dan gemeenten: "*Zij vermogen alleen in verenigingsverband te doen wat de gemeenten die er deel van uitmaken, afzonderlijk zouden kunnen doen.*".¹⁵²⁸

In dat opzicht is het opvallend dat het Grondwettelijk Hof in een recent arrest oordeelt dat de gemeente en het intergemeentelijk samenwerkingsverband zich van elkaar onderscheiden door de wijze waarop de activiteit van gemeentelijk belang wordt uitgeoefend: "*in tegenstelling tot een gemeente kan een intercommunale structuur op grote schaal commerciële methodes en strategieën aanwenden, verrichtingen van winstgevende aard doen, concurrentiële markten opsporen en ontwikkelen, winsten realiseren en dividenden uitkeren.*".¹⁵²⁹ Het

¹⁵²⁵ R. MAES, "Doeleinden" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (299) 305.

¹⁵²⁶ A.-L. DURVIAUX en I. GABRIEL, *Droit administratif – Tome 2*, Brussel, Larcier, 2012, 103.

¹⁵²⁷ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 164; ook aangehaald door B. BEELEN, G. DE CUYPER en H. DRIESEN, "De intercommunale vandaag en morgen", *Jura Falc.* 1977-1978, (187) 187; zie ook R. MAES, "Doeleinden" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (299) 311.

¹⁵²⁸ Omz. BA-94/05 van 10 mei 1994 betreffende de deelneming in privaatrechtelijke of publiekrechtelijke vennootschappen, *BS* 2 juli 1994.

¹⁵²⁹ Het Grondwettelijk Hof oordeelt dat een gemeente die zelf een bepaalde opdracht van gemeentelijk belang uitvoert en een intercommunale die speciaal is opgericht om een

eerste element in de opsomming – nl. dat een intercommunale op grote schaal kan opereren en een gemeente niet – klopt helemaal. Schaalvoordelen creëren is net inherent aan intergemeentelijke samenwerking en een van de belangrijkste drijfveren voor gemeenten om te kiezen voor die samenwerking. Het Hof vermeldt evenwel nog andere "technieken", nl. 1) commerciële methodes en strategieën aanwenden, 2) verrichtingen van winstgevende aard doen, 3) concurrentiële markten opsporen en ontwikkelen, en 4) winsten realiseren en dividenden uitkeren. In tegenstelling tot wat het Hof beweert, klopt het niet dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband deze vier zaken zou kunnen ondernemen en de gemeente niet – hoewel dit in de praktijk misschien gebeurt (zie *infra* 3.3.). De regelgeving voorziet dergelijk onderscheid nergens en intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kunnen enkel doen wat gemeenten doen.

281. Grondwettelijk verbod om samen te beraadslagen – Tegelijkertijd kunnen de deelnemende gemeenten niet *alles* wat van gemeentelijk belang is aan *één* intercommunale toevertrouwen. Gelet op het grondwettelijk verankerd verbod voor gemeenteraden om samen te beraadslagen, zou dit een schending uitmaken van artikel 162, vijfde lid van de Grondwet.¹⁵³⁰ Het doel van de intercommunale moet wel tot de bevoegdheid van *iedere* aangesloten gemeente behoren.¹⁵³¹ Bovendien kunnen de activiteiten die door de Grondwet of de wet zijn voorbehouden of zijn onttrokken aan de gemeenten (cf. o.a. medebewindstaken, zie *supra* nr. 274) ook niet het voorwerp uitmaken van intergemeentelijke samenwerking.¹⁵³²

dergelijke opdracht te vervullen, geen categorieën van rechtspersonen die dermate gelijk zijn dat het nodig zou zijn hen op dezelfde wijze te behandelen, GwH 1 december 2016, nr. 151/2016, overw. B.19.4.

¹⁵³⁰ A.-L. DURVIAUX en I. GABRIEL, *Droit administratif – Tome 2*, Brussel, Larcier, 2012, 103.

¹⁵³¹ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 164.

¹⁵³² Dit betreft onder meer het opmaken van de akten van burgerlijke stand, het uitvaardigen van politieverordeningen met strafbepalingen, het aannemen van belastingreglementen, het afleveren van bouwvergunningen, ... zie onder meer D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 78; R. MAES, "Doeleinden" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (299) 307-308.

282. Het specialiteitsbeginsel – Nog een belangrijke beperking van de mogelijke doelstellingen/taken van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, is ingegeven door het specialiteitsbeginsel. Gelet op dit specialiteitsbeginsel, kan het samenwerkingsverband enkel optreden om de specifieke doelstellingen te behartigen die zijn vastgelegd in de statuten.¹⁵³³ De intercommunale kan dus niet zomaar op eigen initiatief gelijk welk gemeentelijk belang behartigen. De statuten moeten door elke deelnemende gemeente afzonderlijk worden goedgekeurd, waardoor elke gemeente op die manier bepaalt welke gemeentelijke belangen of bevoegdheden ze aan "haar" intercommunale toekent. De statuten moeten de doelstellingen en activiteiten van de intercommunale opsommen en moeten bovendien restrictief worden geïnterpreteerd.¹⁵³⁴ Uit het eindrapport dat de parlementaire onderzoekscommissie recent opstelde n.a.v. het Publifinschandaal blijkt nogmaals dat het belangrijk is dat de deelnemers van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zich kunnen uitspreken over beslissingen m.b.t. de

¹⁵³³ R. WILKIN, *Précis du droit communal*, Brussel, Bruylant, 1959, 118; C. GOETHALS, "La physionomie des intercommunales en Belgique", *Les @nalyses du CRISP en ligne*, 14 maart 2017, www.crisp.be, 7; K. LEUS en J. DEBIÈVRE, "De gemeente en de publiek-private samenwerking" in S. VANSTEENKISTE en L. VENY (eds), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, (61) 129; K. LEUS, "Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene, de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?" in X., *Bijzondere overeenkomsten 2007-2008. Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (405) 426-427; R. MAES, "Doelinden" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (299) 322; S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER en K.-J. VANDORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht", *TPR* 2016, afl. 2-3, (489) 495; S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsel, Intersentia, 2017, 276; S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek Bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 69 ev; K. LEUS en J. DEBIÈVRE, "De gemeente en de publiek-private samenwerking" in S. VANSTEENKISTE en L. VENY (eds), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, (61) 140 e.v.

¹⁵³⁴ "De plus, ces objets d'intérêt communal doivent être déterminés en application du principe de spécialité." (eigen onderlijning) in A.-L. DURVIAUX en I. GABRIEL, *Droit administratif – Tome 2*, Brussel, Larcier, 2012, 103 ; D.RENDERS, *Droit administratif général*, Brussel, Bruylant, 2018, 304: "L'on précise que le texte qui procure à l'autorité administrative la compétence doit toujours être interprété de façon restrictive. Compte tenu de sa nature, l'autorité administrative est, en effet, instituée à la seule fin de réaliser les missions qui lui sont expressément dévolues. Ce qui n'entre pas dans les prévisions du texte doit ainsi être exclu du cercle des compétences de l'autorité administrative. En droit administratif, cette réalité porte un nom: c'est le principe de la spécialité des personnes morales de droit public. Le principe ne s'applique, dès lors, pas seulement aux autorités administratives, mais à toute autorité publique qui exerce une mission d'intérêt public, quels que soient ses traits caractéristiques." (eigen onderlijning).

diversificatie van activiteiten, aangezien dit gaat over de interpretatie van de doelstellingen van gemeentelijk belang die aan de intercommunale zijn toevertrouwd.¹⁵³⁵

A. Personele beperking van het gemeentelijk belang

283. 'Ten goede komen aan de inwoners' – Het gemeentelijk belang impliceert dat het doel dat de intercommunale vooropstelt ten goede moet komen aan de *inwoners van de deelnemende gemeenten*.¹⁵³⁶ "*La notion d'objet 'd'intérêt communal' couvre une grande diversité de domaines d'activités incluant toutefois un service de type communal à destination des citoyens.*" (eigen onderlijning), aldus SURDIACOURT. De gemeentelijke belangen- of bevoegdheidssfeer *ratione personae* is met andere woorden in principe beperkt tot de inwoners van de betrokken gemeenten, net zoals het gemeentelijk optreden ook in principe de inwoners ten goede moet komen.¹⁵³⁷ Het feit dat de inwoners van de deelnemende gemeenten baat moeten hebben bij het doel van het intergemeentelijk samenwerkingsverband, betekent evenwel niet dat die doelstelling ook elke inwoner moet aanbelangen. Een activiteit waarvan het belang zich enkel uitstrekt tot bepaalde categorieën van burgers is dus voldoende. In het DLB is trouwens ten aanzien van de 'dienstverlenende vereniging' uitdrukkelijk bepaald dat de dienst wordt verleend "*aan de deelnemende gemeenten*".¹⁵³⁸

¹⁵³⁵ "*Il importe que les associés de l'intercommunale puissent directement prendre part aux décisions relatives à la diversification des activités, puisqu'il s'agit en définitive d'interpréter les objets déterminés d'intérêt communal qui sont confiés à l'intercommunale. Lorsqu'il s'agit de modifier les objets confiés, il faut encore revenir vers les communes, seules compétentes pour apprécier cette question. Les différentes décisions relatives à la diversification des activités ou à la modification des objets déterminés doivent être contrôlées par la tutelle.*" in *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin, Parl.St. W.Parl. 2016-17, nr. 861/1, 34.*

¹⁵³⁶ Volgens MAES houdt het gemeentelijk belang specifiek ten aanzien van de intercommunale in dat "*het doel ten goede moet komen van de inwoners van de betrokken gemeenten*" (eigen onderlijning) in R. MAES, "Doeleinden" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (299) 305.

¹⁵³⁷ Zie *supra*. Volgens bijvoorbeeld DE TOLLENAERE is het gemeentelijk belang "*l'intérêt public pour la commune, pour la collectivité territoriale de ses habitants*" (eigen onderlijning) in V. DE TOLLENAERE, *Nouveau commentaire de la loi communale*, Brussel, Larcier, 1955, tome I, 285.

¹⁵³⁸ Art. 398, §2, 2° DLB.

284. Derden: niet-deelnemers en private bedrijven – In de praktijk kunnen ook niet-inwoners genieten van de activiteiten die intercommunales uitvoeren (bv. het bezoeken van een bibliotheek/zwembad/sportcomplex, dit mogelijk aan een andere prijssetting dan voor inwoners). Er is evenwel een verschil tussen het sporadisch uitbreiden van intergemeentelijke activiteiten tot deze 'externe bezoekers' – wat om pragmatische redenen geen probleem zou mogen zijn, en het uitvoeren van activiteiten door intercommunales ten behoeve van niet-inwoners (op het grondgebied van niet-deelnemers – zie hierover *infra* B.). In het licht van de personele beperking van het gemeentelijk belang dat het doel en activiteiten de *inwoners van de deelnemende gemeenten* moet aanbelangen, zijn activiteiten voor niet-inwoners (lees: inwoners van niet-deelnemers) niet mogelijk. In dat opzicht staat bijvoorbeeld afvalophaling niet open voor niet-inwoners, en dit zou buiten de grens *ratione personae* van het gemeentelijk belang vallen indien het afval van niet-inwoners zou worden opgehaald (op het grondgebied van niet-deelnemers). Indien de niet-deelnemende gemeente haar inwoners wil laten genieten van de activiteiten van de intercommunale, dan zal ze moeten toetreden tot het intergemeentelijk samenwerkingsverband. Het alternatief van het sluiten van een overeenkomst op grond waarvan de intercommunale activiteiten stelt die niet-inwoners ten goede komen, kan in het licht van de begrenzing *ratione personae* ook kritisch worden bekeken.

Indien we dit anders zouden benaderen, ontstaat er immers een situatie waarin een intergemeentelijk samenwerkingsverband t.a.v. gelijk welke niet-deelnemer (misschien zelfs t.a.v. buitenlandse niet-deelnemende gemeenten¹⁵³⁹) doelstellingen vooropstelt en activiteiten gaat ontwikkelen ten behoeve van niet-inwoners. Het feit dat de activiteiten voor niet-deelnemers (louter financieel) *bijdragen tot het doel* van de intercommunale, kan geen excuus zijn omdat dit eenvoudigweg niet te rijmen valt met de personele beperking van het gemeentelijk belang dat de doestelling en de activiteit de *inwoners* van de gemeenten moet aanbelangen. Een louter financieel belang volstaat niet om een

¹⁵³⁹ "Het is immers onmogelijk om de bevoegdheden van een gemeente over te hevelen naar het buitenland.", in het verslag namens de commissie voor de herziening van de Grondwet, voor de institutionele hervormingen en voor de regeling van conflicten uitgebracht door de heer Reynders, *Parl.St.* Kamer 1992-93, nr. 736/3, 9.

doelstelling of activiteit als van gemeentelijk belang te kwalificeren (zie *supra*, maar ook *infra* C.). Het aanhouden van doelstellingen en het uitoefenen van activiteiten door de intercommunale voor niet-deelnemende *private ondernemingen*, valt eveneens buiten het toepassingsgebied *ratione personae* van het gemeentelijk belang.

Overeenkomsten afsluiten met niet-deelnemers om het eigen doel t.a.v. de inwoners van de deelnemende gemeenten te kunnen realiseren (bv. om grondstoffen aan te kopen), is uiteraard wel mogelijk. Dit verschilt immers van het optreden *ten behoeve van* niet-inwoners en lijkt te passen binnen het feit dat gemeenten wel commerciële handelingen kunnen stellen indien dit noodzakelijk is ter realisatie van het gemeentelijk belang.¹⁵⁴⁰ De ruime interpretatie door de Raad van State van statuten waaruit hij afleidt dat overeenkomsten ter uitoefening van activiteiten kunnen worden gesloten met rechtssubjecten van *buiten* dat territorium (zie onder B.), is mijns inziens dus legitiem – maar enkel als de statuten dit uitdrukkelijk toelaten (cf. het specialiteitsbeginsel en het vermijden van risico op *free riding* door de intercommunale) en om het eigen doel t.a.v. de inwoners te kunnen realiseren. De vraag of het *ratione personae* van gemeentelijk belang is om overeenkomsten af te sluiten met *private ondernemingen* om het eigen doel t.a.v. de inwoners van de deelnemende gemeenten te kunnen realiseren, lijkt op het eerste gezicht eveneens bevestigend te kunnen worden beantwoord indien de statuten dit voorzien. Toch mag het verbod op *private* deelname dat in het Vlaamse Gewest is vooropgesteld¹⁵⁴¹ daarbij niet uit het oog worden verloren. Statutaire bepalingen kunnen immers geen afbreuk doen aan dit verbod, en de decretale beperkingen mogen niet via statutaire weg worden ontweken.

¹⁵⁴⁰ Ze kunnen daarbij geen winkels vestigen, maar ze kunnen wel maaltijden en drankjes aan hun personeel aanbieden en hen de voordelen van een medische of sociale dienst bieden, aldus WILKIN in R. WILKIN, *Précis du droit communal*, Brussel, Bruylant, 1959, 94.

¹⁵⁴¹ In de energie- en afvalsector is *private* deelname daarentegen wel mogelijk.

B. Territoriale beperking van het gemeentelijk belang

285. Grondgebied van de deelnemende gemeenten – Naast een personele beperking, bestaat er ook een territoriale beperking waarmee de intercommunales rekening moeten houden. Het doel en de activiteit van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden moet in verband staan met het actieterrein/grondgebied van de deelnemende gemeenten. Het intergemeentelijk optreden "*est en principe limitée au territoire des collectivités qu'elle associe.*", aldus GOETHALS.¹⁵⁴² Ook die beperking *ratione loci* vloeit als 'logisch gevolg' voort uit de wettelijke – en tot in 1993 de grondwettelijke – beperking dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden enkel kunnen worden opgericht met het oog op de gemeenschappelijke behartiging van doelstellingen van *gemeentelijk* belang.¹⁵⁴³ Dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband in principe niet buiten het grondgebied van de deelnemende gemeenten kan optreden¹⁵⁴⁴, volgt bijgevolg uit het feit dat de gemeentelijke bevoegdheid *ratione loci* beperkt is tot het gemeentelijk grondgebied (cf. het gevaar voor het schenden van de gemeentelijke autonomie van andere gemeenten). Een gemeente kan dus in principe niet buiten haar grondgebied ageren.¹⁵⁴⁵

¹⁵⁴² C. GOETHALS, "La physionomie des intercommunales en Belgique", Les @nalyses du CRISP en ligne, 14 maart 2017, www.crisp.be, 7.

¹⁵⁴³ Art. 389, lid 1 DLB; art. L1512-3, alinea 1 CDLD; art. 52 ordonnantie van 5 juli 2018.

¹⁵⁴⁴ RvS 7 maart 2017, nr. 237.577, NV Sita Treatment & Recycling, overw. 5.2.4: "*Dit betekent dat in de regel IMOG hier optreedt als administratieve overheid en dat het actieterrein van de intergemeentelijke samenwerking inzake onder meer de verwerking en het beheer van afval afkomstig uit de betrokken gemeenten, beperkt is tot het grondgebied van de betrokken gemeenten.*" (eigen onderlijning).

¹⁵⁴⁵ Een gemeente mag in principe niet optreden buiten haar grondgebied, aangezien ze – als ze dit wél zou doen – inbreuk zou plegen op de autonomie van de andere gemeente(n). De beslissingsbevoegdheid van de gemeenteraad is bijgevolg beperkt en reikt niet verder dan het gemeentelijk grondgebied, zie D. DÉOM en G. DE KERCHOVE, "L'intérêt communal", *Ann.Droit.Louvain*. 1980, (147) 156: "*Géographiquement ensuite. Le territoire c'est d'abord, pour les communes, l'assise d'un pouvoir. (...) Assise d'un pouvoir, principe de définition de ses attributions, le territoire est aussi un principe d'autonomie. Songeons que c'est par le biais des fusions de communes que l'on tenta de raffermir celles-ci.*" (eigen onderlijning); L. MOUREAU, "Het territoriaal karakter van de gemeentelijke macht", *TBP* 1967, (353) 353: "*Het beginsel van de territorialiteit van de gemeentelijke macht betekent vooral voor de juristen, dat de gemeenteoverheden geen bevoegdheid bezitten buiten het grondgebied van de gemeente. Hun macht houdt op te bestaan aan de grens van de gemeente, tenzij de wet er anders over beschikt heeft. Deze regel wordt algemeen aanvaard. Deze opvatting is gebaseerd op het beginsel van de Grondwet (artt. 3, 31 en 108) volgens welk de gemeenten entiteiten vormen, rechtspersonen die verschillend zijn en onafhankelijk zijn van de andere instellingen.*" (eigen onderlijning); P. ORIANNE, "Samenvattend verslag", *TBP* 1967, (403) 405: "*De bevoegdheid van de gemeente is van territoriale aard, d.w.z. dat zij*

In artikel 3 van het voorontwerp van het DIS was bovendien uitdrukkelijk opgenomen dat, ongeacht de gekozen formule van samenwerking, het principe van toepassing is dat "*het werkingsgebied [van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden] wordt bepaald door het grondgebied van de deelnemende gemeenten*".¹⁵⁴⁶ De Raad van State, afdeling Wetgeving, gaf toen aan dat dit artikel zonder bezwaar uit het voorontwerp kon worden weggelaten – wat dan uiteindelijk ook is gebeurd, aangezien de bepaling dat het werkingsgebied van het samenwerkingsverband beperkt is tot het grondgebied van de deelnemende gemeenten 'een evidentie bevestigt'.¹⁵⁴⁷ De *ratio legis* is hoe dan ook duidelijk: het territoriaal actieterrein beperken in het licht van de fundamentele verplichting voor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden om het gemeentelijk belang te behartigen.

286. RvS 10 februari 2009, nr. 190.341 – In zijn arrest nr. 190.341 van 10 februari 2009 oordeelde de Raad van State evenwel dat dit grondgebied onder bepaalde voorwaarden tóch kan worden overschreden.¹⁵⁴⁸ Volgens de Raad verbiedt "geen enkele bepaling op algemene wijze een intercommunale vereniging (...) om diensten te verstrekken op het grondgebied van gemeenten die er geen deel van uitmaken, net zoals in het verleden werd toegestaan dat een gemeente water levert op het grondgebied van een buurgemeente, met dien verstande evenwel dat de relaties met de gebruikers in dat geval van contractuele aard zijn, terwijl ze op het grondgebied zelf van reglementaire aard kunnen zijn." (eigen

een algemene aard en roeping heeft met als enige beperking die van haar grondgebied. Op dit laatste beschikt zij over uitgebreide actiemogelijkheden, zo in feite als in rechte." (eigen onderlijning); zie ook art. 2, §2 DLB op grond waarvan de gemeenten overeenkomstig art. 41 Gw. bevoegd zijn voor de aangelegenheden van gemeentelijk belang, waarvoor ze alle initiatieven kunnen nemen ter verwezenlijking daarvan en waarbij ze beogen om 'bij te dragen aan de duurzame ontwikkeling van het gemeentelijk gebied.'

¹⁵⁴⁶ Art. 3 van het voorontwerp van decreet tot regeling van de intergemeentelijke samenwerking in het Vlaamse Gewest, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 26.

¹⁵⁴⁷ Adv.RvS bij het voorontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 137-138; in de memorie van toelichting wordt bevestigd dat de redactie van de tekst van art. 3 rekening houdt met de opmerkingen van de Raad van State, zie MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 12.

¹⁵⁴⁸ In deze zaak betwist een privaat bedrijf (NV van Gansewinkel) de gunning van een overheidsopdracht door de Universiteit Gent aan de intercommunale IVAGO – de intercommunale heeft de stad Gent en de gemeente Destelbergen als deelnemende gemeenten.

onderlijning).¹⁵⁴⁹ In het licht van de net vermelde adviesverlening van de Raad van State (cf. het bevestigen van een evidentie) is die bewering natuurlijk opvallend: eerst wordt de beperking van het werkingsgebied geschrapt uit het voorontwerp van decreet (*nota bene* op advies van de afdeling Wetgeving) waarna de afdeling Bestuursrechtspraak zich vervolgens net op het ontbreken van een verbod beroept bij het staven van zijn oordeel. Het algemeen verbod voor een intercommunale om diensten te verstrekken op het grondgebied van niet-deelnemers, vloeit volgens mij nochtans – zoals hierboven net uiteengezet – voort uit de invulling van het 'gemeentelijk belang' zelf, zoals opgenomen in artikel 41 van de Grondwet, artikel 2 van het DLB, artikel L1122-30 van de CDLD, artikel 117 van de Nieuwe Gemeentewet, artikel 6, §1, VIII, 1^o, derde lid van de BWHI, artikel 46 van de gewone wet van 9 augustus 1980 tot hervorming der instellingen en – wat de intercommunales betreft – in artikel 389 van het DLB, artikel L1512-3, eerste alinea van de CDLD en artikel 52 van de ordonnantie van 5 juli 2018), en de daarbijhorende 'evidente' principiële beperking van het (inter)gemeentelijk optreden tot het (inter)gemeentelijk grondgebied.

De Raad van State voegt daar vervolgens aan toe dat de opdracht *in casu* – zelfs indien mogelijke beperkingen daarvan zouden voortvloeien uit het gemeentelijk belang – te dezen nog inpasbaar lijkt in het werkingsgebied van de intercommunale, aangezien de opdracht zich voor het overgrote deel (voor 98%) op het grondgebied van de gemeenten-vennoten bevindt.¹⁵⁵⁰ Ook bij deze redenering kunnen vragen worden gesteld, aangezien een opdracht, ofwel, inpasbaar, ofwel, niet-inpasbaar is in een werkingsgebied. Een activiteit kan niet 'een beetje' inpasbaar zijn, aangezien het werkingsgebied van een intercommunale ontegenzeggelijk is omlijnd (*in casu* het grondgebied van de stad Gent en de gemeente Destelbergen). In dat opzicht valt het volgens mij niet te

¹⁵⁴⁹ RvS 10 februari 2009, nr. 190.341, NV Van Gansewinkel, overw. 12; zie ook RvS 22 novembre 2007, nr. 177.029, Telenet Bidco NV, p. 30: "*Considérant, (...) qu'aucune disposition n'interdit de manière générale qu'une association intercommunale fournisse des services sur le territoire de communes qui ne comptent pas parmi leurs associées, tout comme il a été admis qu'une commune distribue de l'eau sur le territoire d'une commune voisine, étant entendu qu'en pareil cas, ses relations avec le consommateur sont de nature contractuelle alors que, sur son territoire, elles peuvent être de nature réglementaire*" (eigen onderlijning).

¹⁵⁵⁰ RvS 10 februari 2009, nr. 190.341, NV Van Gansewinkel, overw. 12.

betwisten dat de taken die *buiten het grondgebied* van Gent en Destelbergen zouden worden uitgeoefend, vanzelfsprekend ook *buiten het werkingsgebied* van IVAGO vallen. Net zoals onder A., kan ook hier de bedenking worden gemaakt dat het alternatief van het sluiten van een overeenkomst met die gemeente-niet-deelnemer om extraterritoriale activiteiten uit te oefenen eveneens niet mogelijk is gelet op de begrenzing *ratione loci* (én ook *ratione personae*) van het gemeentelijk belang.

287. RvS 7 maart 2017, nr. 237.577 – Ook in zijn recenter arrest nr. 237.577 van 7 maart 2017 oordeelde de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak op een gelijkaardige wijze dat de intercommunale onder bepaalde voorwaarden buiten het 'intergemeentelijk grondgebied' kan optreden en dus 'extraterritoriale activiteiten' kan stellen. In zijn overweging 5.2.4. hanteerde de Raad van State het uitgangspunt dat "*de territoriale bevoegdheid van IMOG in de eerste plaats betrekking heeft op de taken die haar zijn overgedragen door de deelnemende gemeenten (...) en de juridische verhoudingen en gevolgen die daaruit voortvloeien. Dit betekent dat in de regel IMOG hier optreedt als administratieve overheid en dat het actieterrein van de intergemeentelijke samenwerking inzake onder meer de verwerking en het beheer van afval afkomstig uit de betrokken gemeenten, beperkt is tot het grondgebied van de betrokken gemeenten." (eigen onderlijning).¹⁵⁵¹*

In zijn verdere beoordeling, wijst de Raad evenwel op de mogelijkheid om *andere taken* uit te oefenen dan deze *kernbevoegdheden* en *kerntaken*. Volgens de Raad beschikt de opdrachthoudende vereniging IMOG *in casu* "*naast deze kernbevoegdheden en -taken (...) als rechtspersoon ook over de juridische mogelijkheid om buiten dit kader verhoudingen aan te gaan, zoals overeenkomsten die het haar mogelijk moeten maken haar taken uit te oefenen zoals het aankopen van materieel of die de inrichting of optimale exploitatie van haar afvalverwerkingsinstallaties betreffen. Deze overeenkomsten mag zij ook aangaan met rechtssubjecten van buiten voornoemd territorium en dit ook in het*

¹⁵⁵¹ RvS 7 maart 2017, nr. 237.577, NV Sita Treatment & Recycling, overw. 5.2.4.

kader van een overheidsopdracht." (eigen onderlijning).¹⁵⁵² Er bestaat natuurlijk een verschil tussen 1) het afsluiten van een overeenkomst met een gemeente-niet-deelnemer om de *eigen territoriale activiteiten* te kunnen uitoefenen en 2) een overeenkomst met een gemeente-niet-deelnemer om *extraterritoriale activiteiten* uit te oefenen.

Opvallend is dat de Raad van State hier rekening houdt met het feit dat dergelijke 'extraterritoriale' taken toelaten om een "*installatie (...) ten volle te benutten en [de] exploitatiekosten te drukken*". Daarnaast valt de Raad terug op de statuten van IMOG door te stellen dat in artikel 3 van de statuten¹⁵⁵³ de mogelijkheid voor IMOG mag worden gelezen "*om bijkomstige activiteiten te verrichten als marktspeler op het terrein van de afvalverbranding en -verwerking en dit binnen de marge dat ze geen afbreuk doen aan de uitvoering van de door haar vennoten opgedragen taken. De verwerende partij betoogt ook, hetgeen door de verzoekende partij niet wordt betwist, dat het om een bijkomstige activiteit gaat die minder dan 1% van de totale jaarlijkse omzet bedraagt.*" (eigen onderlijning).¹⁵⁵⁴ De bijkomstige activiteit valt volgens de Raad van State volledig onder een van haar reguliere activiteiten, namelijk het verwerken van afval, én het getuigt bovendien van "*een goed economisch beheer om haar capaciteit ten volle te benutten*", aldus de Raad van State. Zolang capaciteit overblijft, ziet de Raad van State niet in waarom de intercommunale deze dienst niet zou mogen aanbieden ten behoeve van andere verbrandingsinstallaties.¹⁵⁵⁵

Dat de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, in dit arrest teruggrijpt naar economische optimalisatie is zeker te begrijpen. Het zou immers onverantwoord

¹⁵⁵² RvS 7 maart 2017, nr. 237.577, NV Sita Treatment & Recycling, overw. 5.2.4.

¹⁵⁵³ Art. 3 van de statuten van IMOG voorziet in de volgende algemene bevoegdheid voorziet: "*het doen van alle verrichtingen, zowel geldelijke als andere, die verband houden met het doel van de vereniging*".

¹⁵⁵⁴ RvS 7 maart 2017, nr. 237.577, NV Sita Treatment & Recycling, overw. 5.2.4.

¹⁵⁵⁵ RvS 7 maart 2017, nr. 237.577, NV Sita Treatment & Recycling, overw. 5.2.4; zie hierover J. VRANCKX en F. VANDENDRIESSCHE, "Onder welke voorwaarden kan een opdrachthoudende vereniging bijkomende activiteiten verrichten?", *T.Gem.* 2017, afl. 3, (193) 193: "*Dit arrest vormt aldus een bevestiging van de arresten nr. 177.029 van 22 november 2007 en nr. 190.341 van 10 februari 2009, waarin de Raad reeds geoordeeld heeft dat geen enkele bepaling op algemene wijze een intercommunale vereniging verbiedt om diensten te verstrekken op het grondgebied van gemeenten die er geen deel van uitmaken*". (eigen onderlijning).

zijn indien een intercommunale economisch verval zou nastreven (let wel, een intergemeentelijk samenwerkingsverband mag traditioneel gezien in beginsel geen winst nastreven, zie *infra* C). Het feit dat de Raad van State vervolgens teruggrijpt naar artikel 3 van de statuten van IMOG die in de algemene bevoegdheid voorziet om "*alle verrichtingen, zowel geldelijke als andere, die verband houden met het doel van de vereniging*" te doen en dat de Raad stelt dat daarin de mogelijkheid voor IMOG mag worden gelezen om "*bijkomstige activiteiten te verrichten als marktspeler op het terrein van de afvalverbranding en -verwerking en dit binnen de marge dat ze geen afbreuk doen aan de uitvoering van de door haar vennoten opgedragen taken*", zou tot op zekere hoogte kunnen worden gevolgd – namelijk in de mate dat dit gaat over bijkomstige activiteiten die worden uitgevoerd *op het werkingsgebied/grondgebied van de intercommunale* die de *inwoners* ten goede komen (meer over deze bijkomstige activiteiten *infra* C.).

Daarentegen valt er volgens mij uit artikel 3 van de statuten echter op geen enkele wijze af te leiden dat de afzonderlijke gemeenteraden ook de uitoefening van activiteiten *buiten* het grondgebied van de deelnemende gemeenten hebben gefaciliteerd/toegelaten. In de statuten van IMOG hebben de deelnemende gemeenten net uitdrukkelijk voorzien dat "*de opdrachthoudende vereniging tot doel (heeft) de gemeentelijke bevoegdheden uit te voeren die betrekking hebben op het afvalbeheer en de afvalverwijdering in de deelnemende gemeenten*" (eigen onderlijning).¹⁵⁵⁶ *Supra* nr. 282 werd met verwijzing naar het specialiteitsbeginsel

¹⁵⁵⁶ Art. 3 van de statuten van IMOG bepaalt immers uitdrukkelijk de territoriale beperking tot de deelnemende gemeenten: "*In uitvoering van de beheersoverdracht door de deelnemende gemeenten, die zich het recht ontzeggen zelfstandig of samen met derden deze opdracht uit te oefenen, heeft de opdrachthoudende vereniging tot doel de gemeentelijke bevoegdheden uit te voeren die betrekking hebben op het afvalbeheer en de afvalverwijdering in de deelnemende gemeenten, met uitsluiting van de bevoegdheden tot vaststellen van retributies en het uitvaardigen van fiscale en politionele maatregelen. De vereniging heeft in het bijzonder tot doel: 1. De studie, de oprichting en de uitbating van bedrijven voor het verwijderen, verbranden met energierecuperatie, valoriseren recycleren, sorteren en/of verwerken van afval, ingezameld of opgehaald in de deelnemende gemeenten. 2. De afzet van al dan niet verwerkt afval en/of alle producten die voorkomen uit enige verwerking of bewerking. 3. Het ophalen of vervoeren van afval in eigen bedrijf of ter uitvoering gegeven aan derden. 4. Het nemen van alle initiatieven die afvalpreventie, afvalvermindering en een duurzaam afvalbeheer kunnen bevorderen zoals onder meer de sensibilisatie van de bevolking, onverminderd de mogelijkheden die aan de vennoten worden gelaten om*

duidelijk gemaakt dat statuten restrictief moeten worden geïnterpreteerd.¹⁵⁵⁷ Een intergemeentelijk samenwerkingsverband kan niet zomaar op eigen initiatief *gelijk welke* doelstelling nastreven of activiteit ontplooiën. Gelet op het specialiteitsbeginsel, kan een intercommunale enkel optreden om de specifieke doelstellingen te behartigen die uitdrukkelijk zijn vastgelegd in de statuten.¹⁵⁵⁸ De vereiste dat deze statuten zijn onderworpen aan de goedkeuring van de afzonderlijke gemeenteraden, geldt net als waarborg voor het feit dat de gemeentelijke vertegenwoordigers in de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden slechts 'onrechtstreeks' democratisch zijn verkozen. De (territoriale) omvang van hun mandaat wordt bepaald door de statuten waarin de

hieromtrent eigen initiatieven te nemen. 5. Het doen van alle verrichtingen, zowel geldelijke als andere, die verband houden met het doel van de vereniging. 6. Volgende taken vallen effectief onder de beheersoverdracht vermeld in het document getiteld 'bijlage 2', welk document blijvend aan onderhavige akte zal worden gehecht om er één ondeelbaar geheel mee te vormen: 6.1. De verwijdering, verwerking en commercialisering van alle afvalsoorten, afkomstig van deelnemende gemeenten. 6.2. Dit geldt voor alle afvalsoorten die vermeld zijn voor verwijdering via de gemeenten in de meest recente uitvoeringsplannen. In het bijzonder gaat het om het 'Uitvoeringsplan Huishoudelijke Afvalstoffen', het 'Uitvoeringsplan Gescheiden Inzameling Bedrijfsafval van Kleine Ondernemingen' en het 'Uitvoeringsplan Organisch-Biologische Afval', inclusief de aanpassingen of vervangingen van deze uitvoeringsplannen. 6.3 Het transport van alle hierboven vermelde afvalsoorten, vanaf de plaats van de inzameling tot op de plaats van de verwerking, verwijdering of eindbestemmingen. 7. De beheersoverdracht kan op vraag van de vennoten uitgebreid worden met volgende opdrachten: 7.1. De inrichting, uitbreiding en uitbating van de containerparken die eigendom zijn van de vennoten, 7.2. De ophaling van huisvuil en daaraan gelijkgesteld afval, op het grondgebied van de vennoten." (eigen onderlijning).

¹⁵⁵⁷ D.RENDERS, *Droit administratif général*, Brussel, Bruylant, 2018, 304.

¹⁵⁵⁸ "De plus, ces objets d'intérêt communal doivent être déterminés en application du principe de spécialité." (eigen onderlijning) in A.-L. DURVIAUX en I. GABRIEL, *Droit administratif – Tome 2*, Brussel, Larcier, 2012, 103; R. WILKIN, *Précis du droit communal*, Brussel, Bruylant, 1959, 118; C. GOETHALS, "La physionomie des intercommunales en Belgique", *Les @nalyses du CRISP en ligne*, 14 maart 2017, www.crisp.be, 7; K. LEUS en J. DEBIÈVRE, "De gemeente en de publiek-private samenwerking" in S. VANSTEENKISTE en L. VENY (eds.), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, (61) 129; K. LEUS, "Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene, de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?" in X., *Bijzondere overeenkomsten 2007-2008. Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (405) 426-427; R. MAES, "Doeleinden" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (299) 322; S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER en K.-J. VANDORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht", *TPR* 2016, afl. 2-3, (489) 495; S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsel, Intersentia, 2017, 276; S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek Bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 69 ev; K. LEUS en J. DEBIÈVRE, "De gemeente en de publiek-private samenwerking" in S. VANSTEENKISTE en L. VENY (eds.), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, (61) 140 e.v.

deelnemende gemeenten specifieke bevoegdheden 'delegeren'.¹⁵⁵⁹ Het gevaar voor *free riding* door de intercommunale, vormt op zijn beurt een logische verantwoording voor dit principe van restrictieve interpretatie van de statuten.¹⁵⁶⁰

Waar *in casu* t.a.v. het intergemeentelijk samenwerkingsverband IMOG expliciet in haar statuten is bepaald dat haar bevoegdheden zijn beperkt tot het territorium van elf gemeenten, kan de Raad van State die statuten niet ruimer interpreteren in de zin dat de intercommunale het grondgebied van de deelnemende gemeenten kan overschrijden, en dit ongeacht de motivatie die daar – enigszins begrijpelijk – voor zou kunnen worden geformuleerd (cf. economische optimalisatie). De invulling die de Raad van State er *in casu* aan geeft, zorgt voor een statutaire doeloverschrijding.¹⁵⁶¹ Bovendien zorgt die invulling ook voor een interpretatie *contra legem* aangezien het gemeentelijk belang eenvoudigweg is beperkt tot het territorium van de gemeente, en hier niet van kan worden afgeweken, noch statutair door de gemeente(n) zelf, noch door de Raad van State.

288. RvS 9 mei 2019, nr. 244.455 – Recent bevestigde de Raad van State echter nogmaals dat het 'intergemeentelijk grondgebied' onder bepaalde voorwaarden toch kan worden overschreden. In zijn arrest nr. 244.455 van 9 mei

¹⁵⁵⁹ "Ieder der betrokken gemeenten heeft aan deze vereniging sommige bevoegdheden over haar eigen grondgebied afgestaan. Het zijn slechts de organen van deze vereniging – waarin weliswaar plaatselijke vertegenwoordigers zitting hebben, – die de beslissingen nemen welke uitwerking zullen hebben in de verschillende grondgebieden der verenigde gemeenten." (eigen onderlijning) in L. MOUREAU, "Het territoriaal karakter van de gemeentelijke macht", *TBP* 1967, (353) 354.

¹⁵⁶⁰ In dat opzicht gaat een vergelijking met de gemeentelijke werking in die zin dat een gemeente wél naar goeddunken overeenkomsten mag aangaan met rechtssubjecten van buiten haar territorium op dit vlak niet op. Het belangrijkste verschilpunt is daarbij ongetwijfeld dat in de raden van de afzonderlijke deelnemende gemeenten enkel *rechtstreeks* verkozen gemeentelijke mandatarissen zetelen.

¹⁵⁶¹ De Raad van State verwijst in zijn oordeel nog naar art. 4 van de statuten van IMOG dat haar toelaat samen te werken met andere intergemeentelijke verenigingen ter verwezenlijking van haar doel: "De vereniging kan haar doel onder meer verwezenlijken door samen te werken met andere opdrachthoudende verenigingen en/of bedrijven die gelijkaardige activiteiten uitoefenen.". Die bepaling verandert evenwel niets aan bovenvermelde redenering, aangezien samenwerking met derden uiteraard beperkt is tot 'de verwezenlijking van haar doel', en – zoals hierboven verduidelijkt – is 'haar doel' op grond van artikel 3 uitdrukkelijk territoriaal beperkt tot het grondgebied van de deelnemende gemeenten.

2019¹⁵⁶² diende de Raad van State opnieuw het middel te beoordelen dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband geen verbintenissen buiten de territoriale grenzen van haar deelnemende gemeenten mag uitvoeren. Volgens de Raad beschikt een opdrachthoudende vereniging wel degelijk over de juridische mogelijkheid om *buiten* het grondgebied van haar gemeenten rechtsverhoudingen aan te gaan, ook al zouden deze dan contractueel zijn. De Raad van State verwijst daarbij naar de twee arresten die hierboven net werden toegelicht en stelt dat deze rechtspraak tot stand kwam in het kader van artikel 41 van de Grondwet en het DIS. De Raad van State grijpt in zijn beoordeling eveneens terug naar de statuten van de intercommunale, *in casu* de opdrachthoudende vereniging Intradura, en meer bepaald naar artikel 4 van de statuten.¹⁵⁶³ Volgens de Raad lijkt "[h]ierbij (...) vooralsnog te mogen worden aangenomen dat het voor Intradura om bijkomstige activiteiten gaat die de haar statutair opgedragen taken niet in het gedrang brengen en die lijken te kaderen in de zorg om de beschikbare capaciteit beter te benutten."¹⁵⁶⁴

Het argument dat hierboven werd geformuleerd ten aanzien van die 'bijkomstige activiteiten' (nl. dat dit argument te begrijpen valt in de mate dit gaat over bijkomstige activiteiten *op het grondgebied* van de intercommunale) kan hier worden hernomen. In dit arrest nr. 244.455 verwijst de Raad van State net zoals in het arrest nr. 237.577 naar de statuten. De statuten van Intradura vermelden uitdrukkelijk de mogelijkheid voor de intercommunale om "*alle technische, commerciële, economische, financiële, sociale en andere activiteiten [te] ontplooiën in eigen bedrijf of op enige andere wijze, die rechtstreeks met voormeld doel verband houden, en zulks al dan niet in samenwerking met derden, hieronder verstaan: andere intergemeentelijke samenwerkingsverbanden,*

¹⁵⁶² RvS 9 mei 2019, nr. nr. 244.455, BVBA WILLER en NV A.B.O.G. t. TMVW en OV INTRADURA.

¹⁵⁶³ Art. 4 van de statuten van de intercommunale Intradura bepaalt dat kolkenruiming rechtstreeks verband houdt met haar doel en dat "[d]e Vereniging [...] *alle technische, commerciële, economische, financiële, sociale en andere activiteiten [mag] ontplooiën in eigen bedrijf of op enige andere wijze, die rechtstreeks met voormeld doel verband houden, en zulks al dan niet in samenwerking met derden, hieronder verstaan: andere intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, gemeenten en/of andere privaat- of publiekrechtelijke rechtspersonen*" (eigen onderlijning).

¹⁵⁶⁴ RvS 9 mei 2019, nr. nr. 244.455, BVBA WILLER en NV A.B.O.G. t. TMVW en OV INTRADURA, overw. 9.2.2.

gemeenten en/of andere privaot- of publiekrechtelijke rechtspersonen" (eigen onderlijning). Los van het feit dat er vragen kunnen gesteld worden bij de wenselijkheid van een dergelijke royale beheersoverdracht (lees: onbegrensde formulering) en eigenlijk ook met de verzoenbaarheid van dergelijke onbegrensde formulering met het specialiteitsbeginsel (zie *infra* 3.4.2.), hebben de afzonderlijke deelnemende gemeenten hier opnieuw uitdrukkelijk de mogelijkheid geboden aan hun intergemeentelijk samenwerkingsverband om samen te werken met derden en dus met niet-deelnemers/gemeenten. Puur op basis van een lezing van de statuten, is het voor de intercommunale mogelijk gemaakt door de deelnemende gemeenten om ook overeenkomsten aan te gaan met rechtssubjecten van buiten haar territorium (zie ook A.). Of daarmee ook wordt toegelaten om effectief activiteiten *op het grondgebied* van die niet-deelnemers te ontplooiën, is echter een andere zaak... Hier komt het onderscheid tussen, enerzijds, overeenkomsten die worden afgesloten met niet-deelnemers met het oog op het uitoefenen van haar activiteiten op het *eigen* (inter)gemeentelijk grondgebied en, anderzijds, taken die worden uitgeoefend op het grondgebied van *andere* gemeenten/niet-deelnemers, terug opduiken. Zoals bij het vorige arrest ook vermeld, zou er in het tweede geval sprake zijn van een overschrijding van het gemeentelijk belang aangezien dit eenvoudigweg beperkt is tot het territorium van de deelnemende gemeenten en hier niet van kan worden afgeweken, noch statutair door de gemeenten zelf, noch door de Raad van State.

289. Samengevat – Waar hierboven als uitgangspunt werd vermeld dat er een territoriale beperking is waarmee de intercommunales rekening moeten houden, namelijk dat de activiteit van de intercommunale altijd in verband moet staan met het actieterrrein/grondgebied van de deelnemende gemeenten, lijkt de Raad van State de territoriale bevoegdheidsbegrenzing in zijn rechtspraak naar mijn mening te verregaand te nuanceren. Volgens de Raad van State kan het grondgebied van de deelnemende gemeenten wel worden overschreden door de intercommunale om overeenkomsten ter uitoefening van haar activiteiten te sluiten met rechtssubjecten van buiten dat territorium.¹⁵⁶⁵ Bij zijn beoordeling grijpt de Raad

¹⁵⁶⁵ RvS 7 maart 2017, nr. 237.577, NV Sita Treatment & Recycling, overw. 5.2.4: "*Naast deze kernbevoegdheden en -taken beschikt IMOG als rechtspersoon ook over de juridische mogelijkheid om buiten dit kader verhoudingen aan te gaan, zoals*

van State terug naar 1) het vermeende gebrek aan een bepaling die extraterritoriale activiteiten verbiedt; en 2) geeft hij een eigen (te ruime, niet-restrictieve) interpretatie aan de statuten van de intercommunales. De Raad van State mocht mijns inziens in de voormelde drie zaken niet oordelen dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden ook buiten het grondgebied kunnen optreden 'omdat er geen regeling is die het verbiedt' want die regeling is er wel, nl. het gemeentelijk belang zoals opgenomen in de organieke regelgeving (cf. *ratio legis*) dat een territoriale begrenzing impliceert in de zin dat het (inter)gemeentelijk werkingsgebied beperkt is tot de gemeentegrenzen.¹⁵⁶⁶

In dat opzicht mag een intergemeentelijk samenwerkingsverband ook niet *buiten* de grenzen van de deelnemende gemeenten optreden als de statuten het uitdrukkelijk toelaten. De ruime interpretatie door de Raad van State van statuten waaruit hij afleidt dat overeenkomsten ter uitoefening van activiteiten kunnen worden gesloten met rechtssubjecten van *buiten* dat territorium, is mijns inziens wel legitiem als de statuten dit uitdrukkelijk vermelden (zie *supra* A.), maar volgens mij kunnen die overeenkomsten met derden/niet-deelnemers in dat geval enkel betrekking hebben op het uitvoeren van activiteiten *op het intergemeentelijk grondgebied* (cf. restrictieve interpretatie), en niet op het effectief uitvoeren van taken *op het grondgebied van niet-deelnemers*. In dat opzicht blijft het uitgangspunt dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband niet kan optreden op het grondgebied van niet-deelnemers mijns inziens nog steeds overeind. Statuten moeten restrictief worden geïnterpreteerd en kunnen geen afbreuk doen aan de wettelijke verankering dat intercommunales het

overeenkomsten die het haar mogelijk moeten maken haar taken uit te oefenen zoals het aankopen van materieel of die de inrichting of optimale exploitatie van haar afvalverwerkingsinstallaties betreffen. Deze overeenkomsten mag zij ook aangaan met rechtssubjecten van buiten voornoemd territorium en dit ook in het kader van een overheidsopdracht." (eigen onderlijning); zie hierover J. VRANCKX en F. VANDENDRIESSCHE, "Onder welke voorwaarden kan een opdrachthoudende vereniging bijkomende activiteiten verrichten?", *T.Gem.* 2017, afl. 3, (193) 193: "Dit arrest vormt aldus een bevestiging van de arresten nr. 177.029 van 22 november 2007 en nr. 190.341 van 10 februari 2009, waarin de Raad reeds geoordeeld heeft dat geen enkele bepaling op algemene wijze een intercommunale vereniging verbiedt om diensten te verstrekken op het grondgebied van gemeenten die er geen deel van uitmaken." (eigen onderlijning).

¹⁵⁶⁶ Zie M. DECOCK, "Raad van State geeft ruime invulling aan de territoriale actieradius", *T.Gem.* 2021, afl. 3-4, 175-184.

gemeentelijk belang moeten nastreven, inclusief alle beperkingen – ook territoriale beperkingen – die dit gemeentelijk belang impliceert.

Dit uitgangspunt lijkt te worden bevestigd door de parlementaire onderzoekscommissie die werd opgericht n.a.v. het Publifinschandaal. In het eindrapport werd gesteld dat de uitoefening van activiteiten door intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in Congo, Kenia, de Provence, en in voormalig Joegoslavië steeds verder verwijderd lijkt te zijn van het gemeentelijk belang: "*Une telle diversification apparaît toujours plus éloignée de l'intérêt communal qui fonde l'action des pouvoirs locaux. La diversification en dehors du territoire ne peut en aucun cas se fonder sur l'article L1524-1 du CDLD qui prévoit les modalités de participation des communes, associations de projet et intercommunales à des personnes morales de droit public dépassant les frontières nationales, conformément aux conventions et traités internationaux.*" (eigen onderlijning).¹⁵⁶⁷ Hierboven werd het argument reeds geformuleerd dat een activiteit niet 'een beetje' buiten het grondgebied van de deelnemende gemeenten kan vallen. Als een activiteit in Kenia te ver verwijderd is van het gemeentelijk belang, dan valt een activiteit in een niet-deelnemende gemeente evenzeer buiten het gemeentelijk belang.¹⁵⁶⁸ Er bestaat immers geen juridisch onderscheid dat een andere redenering zou verantwoorden. Indien de niet-deelnemende gemeente activiteiten door de intercommunale wil laten uitoefenen *op extraterritoriaal grondgebied*, dan zal ze in die redenering moeten toetreden tot het intergemeentelijk samenwerkingsverband. Het onderscheid tussen het sluiten van een overeenkomst met en de effectieve toetreding tot een samenwerkingsverband ligt onder meer in de democratische terugkoppeling. Waar de deelnemende gemeenten akkoord moeten gaan met de toetreding van een nieuwe gemeente, vereist een loutere overeenkomst met een niet-deelnemer

¹⁵⁶⁷ *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin, Parl.St. W.Parl. 2016-17, nr. 861/1, 34; GOETHALS heeft het zelfs over het overstijgen van het gemeentelijk belang, in C. GOETHALS, "La physionomie des intercommunales en Belgique", Les @nalyses du CRISP en ligne, 14 maart 2017, www.crisp.be, 7.*

¹⁵⁶⁸ Bovendien, het feit dat activiteiten in Kenia ver van het gemeentelijk belang is verwijderd, is teken dat het de inwoners niet meer aanbelangt, wat impliceert dat een louter geldelijk belang dat de gemeentekas kan spijzen niet voldoende is. In dat opzicht kan het argument van het spijzen van de gemeentekas niet worden gebruikt om activiteiten ten aanzien van niet-deelnemers uit te oefenen (zie ook A.).

geen formele instemming. De gemeenten hebben met andere woorden geen directe impact op het sluiten van dergelijke overeenkomsten.

C. Materiële beperking van het gemeentelijk belang

290. Zelf bepalen en ruime opvatting, maar toch beperkt – Welke doelstellingen en activiteiten materieel/inhoudelijk gezien van gemeentelijk belang zijn, hangt in eerste instantie af van de deelnemende gemeenten *zelf*. De wetgever wil de lokale overheid slechts "*une ligne de conduite*" aanreiken.¹⁵⁶⁹ Het feit dat het gemeentelijk belang daarenboven ook een evolutief begrip is, bemoeilijkt een eenduidig antwoord op de vraag welke intergemeentelijke activiteiten materieel gezien binnen het gemeentelijk belang vallen eveneens. De mogelijke doelstellingen waarvoor intercommunales kunnen worden opgericht, variëren bijgevolg in de loop der tijd.¹⁵⁷⁰

Dat de gemeenten een ruime invulling kunnen geven, neemt niet weg dat de notie 'gemeentelijk belang' – naast op personeel en territoriaal vlak – tegelijkertijd ook op materieel vlak beperkend werkt.¹⁵⁷¹ DE CLERCK verwoordt dit als volgt: "Het

¹⁵⁶⁹ "Que faut-il entendre par des objets d'un intérêt communal bien déterminé? C'est assez difficile à dire, la notion de l'intérêt communal n'étant nulle part définie avec rigueur et, en outre, étant susceptible d'une assez grande extension (...)." (eigen onderlijning) in X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 200 en 202.

¹⁵⁷⁰ "Wij besluiten met erop te wijzen dat het begrip gemeentelijk belang veranderlijk is naar de omstandigheden van tijd." in P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 66; A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 440; A. COENEN, *Les communes à la croisée des chemins*, Brugge, die Keure, 2003, 161; R. MAES, "Doeleinden" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (299) 305; O.V., "Het 'gemeentelijk belang' in de Intercommunale Vennootschappen", *RW* 1940, afl. 3, (1233) 1236; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 76.

¹⁵⁷¹ "Waar sommige daden en handelingen van handelsvennootschappen kunnen beschouwd worden als zijnde gesteld binnen de doelstelling der maatschappij, zooals die doelstelling in het statuut is bepaald, daar kan het gebeuren, dat dezelfde daden en handelingen, binnen gelijke termen van gelijke doelstelling, toch niet geoorloofd zijn voor een intercommunale; men moet n.l. aannemen, dat het 'gemeentelijk belang' gebeurlijk een beperkend element kan wezen, bij de interpretatie van de doelstelling, zooals deze in het statuut is vastgelegd." in O.V., "Het 'gemeentelijk belang' in de Intercommunale Vennootschappen", *RW* 1940, afl. 3, (1233) 1236; zie ook D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 78 en P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 66.

gemeentelijk belang op zichzelf werkt principieel beperkend op de inhoud van de uiteindelijke doelstelling van de interkommunale maatschappij. Wat eventueel volkomen binnen het objekt van de vereniging zou kunnen vallen (b.v. de daden ingegeven door zuiver spekulatieve en commerciële motieven, uitingen van monopolie, enz.) zal niettemin moeten geweerd en zelfs verboden worden, rekening houdende met de dominerende doelgerichtheid van de interkommunale, met name, het behartigen van een algemeen, openbaar, gemeentelijk belang" (eigen onderlijning).¹⁵⁷²

291. Politiek/administratief vs. economisch gemeentelijk belang – Als uitgangspunt bij de materiële beperking van het gemeentelijk belang kan – in het verlengde van wat *supra* nr. 278 in het algemeen over het gemeentelijk belang werd uiteengezet – worden aangenomen dat het feit dat de intercommunale het gemeentelijk belang moet nastreven niet belet dat zij doelstellingen van economisch gemeentelijk belang ambieert: "*Les mots (...) 'intérêt communal' doivent être pris dans une acception très large. Il s'agit ici des intérêts d'ordre politique et administratif tout aussi bien que des intérêts d'ordre purement économique.*".¹⁵⁷³ Daarbij mogen ze zelfs doelstellingen van commerciële of industriële aard aanhouden – mits ze het gemeentelijk belang natuurlijk blijven betrachten.¹⁵⁷⁴

Opvallend is dat er in de rechtsleer vaak een onderscheid wordt gemaakt tussen intercommunales die, enerzijds, *politieke* of *administratieve* gemeentelijke belangen behartigen en, anderzijds, intercommunales die *economische*

¹⁵⁷² D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 78.

¹⁵⁷³ X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 200, zie in dezelfde bijdrage ook: "*Deux ou plusieurs communes peuvent s'associer en vue de l'exploitation soit d'une ligne de transport en commun, soit d'une distribution d'eau, soit d'un mode d'éclairage ou de chauffage. Mais elles pourront également s'associer en vue de l'application de mesures de police. L'hygiène, la prévention et l'extinction des incendies, la prostitution, le maintien du bon ordre sur la voie publique, etc., pourront être l'objet d'une association formée entre communes.*".

¹⁵⁷⁴ Cass. 6 april 1922, Pas. 1922, 236; O.V., "Het 'gemeentelijk belang' in de Intercommunale Vennootschappen", *RW* 1940, afl. 3, (1233) 1237; D. D'HOOGHE, "De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen", *T.Gem.* 1995, afl. 2, (75) 100: "*Nochtans wordt vrij algemeen aangenomen dat er geen bezwaren bestaan dat publiekrechtelijke instellingen ter behartiging van hun opdracht ook handelsdaden zouden stellen.*".

gemeentelijke belangen nastreven¹⁵⁷⁵ – een onderscheid dat niet wordt gemaakt in de (Grond)wet of in de regelgeving op intercommunales zelf. De afdwinging van politiemaatregelen, de hygiëne, brandpreventie en -bestrijding, controleren van prostitutie, het bewaken van de goede orde op de openbare weg, wetenschap, en cultuur werden in het verleden als voorbeelden van taken van *politiek en administratief* gemeentelijk belang aangehaald, terwijl de exploitatie van een gemeenschappelijke transitlijn, de waterbedeling en de verlichting en verwarming eerder aanleunen bij taken van gemeentelijk belang met een *economisch* accent.¹⁵⁷⁶ Ook BUTTGENBACH omschreef de sectoren van de distributie van water, gas en elektriciteit als zijnde sectoren van "*services publics économiques*".¹⁵⁷⁷

In het rechtshistorisch deel van dit proefschrift werd er al meegegeven dat bepaalde rechtsleer gevolgen koppelde aan dit onderscheid. Zo werd er bijvoorbeeld vooropgesteld dat het evengoed mogelijk zou zijn geweest om afzonderlijke organieke bepalingen te voorzien naargelang de 'soort' doelstelling van gemeentelijk belang waarvoor de intercommunale wordt opgericht en dus naargelang de intercommunale een economisch of eerder een administratief gemeentelijk belang betracht.¹⁵⁷⁸ Op het vlak van het verlenen van leningen aan intergemeentelijke samenwerkingsverbanden werd het 'economisch karakter van de activiteit' – en meer bepaald of de intercommunale al dan niet rendabel is – in het verleden zelfs als wettelijk onderscheidingscriterium gehanteerd.¹⁵⁷⁹ Meer hierover *infra* DEEL III.

¹⁵⁷⁵ Zie onder meer X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 200-202; M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België*, 1955, afl. 31, (20) 20; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 62.

¹⁵⁷⁶ X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 200 en 202.

¹⁵⁷⁷ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Principes généraux organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Brussel, Larcier, 1954, 167.

¹⁵⁷⁸ X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 204-205; zie ook P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 92 en 126.

¹⁵⁷⁹ "Worden aldus tot de rendabele intercommunales gerekend, de intercommunales voor gas-, water- en elektriciteitsdistributie, de intercommunales voor ruimtelijke ordening en economische expansie, de intercommunales die een slachthuis uitbaten, die gemeentewegen aanleggen, die een drukkerij uitbaten, enz. Worden daarentegen als niet-rendabel beschouwd, de intercommunales met een medisch-sociaal doel, de intercommunales voor huisvuilbehandeling, voor overwelling van waterlopen, enz." in P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 140.

292. Geen zuiver economische/commerciële/private doelstellingen – Belangrijk is natuurlijk om te weten wanneer een doelstelling of activiteit ophoudt met van economisch *gemeentelijk* belang te zijn en dit gewoon van economisch belang is (niet-gemeentelijk belang). In dit laatste geval gaat het intergemeentelijk samenwerkingsverband immers te ver en mag hij die doelstelling en activiteit niet ambiëren.

Net zoals dit hierboven t.a.v. het gemeentelijk belang in het algemeen is vermeld (*supra* nr. 278), gaat de mogelijkheid om een economisch gemeentelijk belang te behartigen (in de oorspronkelijke, traditionele visie) niet zo ver dat de intercommunale *zuiver* economische doelstellingen kan vooropstellen.¹⁵⁸⁰ Tijdens de parlementaire voorbereiding van de verschillende 'intercommunalewetten' werd uitdrukkelijk vermeld dat intercommunales die een commerciële of speculatieve hoofddoelstelling aanhouden, nooit kunnen worden goedgekeurd.¹⁵⁸¹ Al in 1922 benadrukte VISART DE BOCARMÉ dat het karakter van openbaar nut steeds de overhand moet krijgen en het intergemeentelijk samenwerkingsverband nooit een doel mag nastreven dat essentieel, hoofdzakelijk of uitsluitend commercieel of industrieel is: "(...) *le caractère d'intérêt public doit dominer et les associations ne peuvent jamais avoir un but essentiellement, principalement ou exclusivement commercial ou industriel.*".¹⁵⁸² Er werd in 1922 aangenomen dat de gemeentelijke financiën met de oprichting van een intergemeentelijk samenwerkingsverband niet aan te grote risico's mogen worden blootgesteld of dat er een pad zou worden

¹⁵⁸⁰ V. DE TOLLENAERE, *Nouveau commentaire de la loi communale*, Brussel, Larcier, 1955, tome I, 285.

¹⁵⁸¹ "Ce n'est jamais dans un but principal de commerce ou de spéculation qu'elles peuvent être autorisées (...). Il est vrai que certaines entreprises, par exemple les distributions d'eau et l'éclairage, peuvent procurer des bénéfices aux communes ou les exposer à des pertes, mais, comme elles sont une nécessité publique et comportent l'occupation exclusive de la voirie communale, on ne peut leur appliquer d'autre régime que celui de la régie ou de la concession avec le monopole." en "Dans des circonstances normales et quand une nécessité réelle n'impose pas les mesures exceptionnelles, les entreprises dont le caractère industriel ou commercial est prépondérant ne voient pas être permises a des associations de communes, pas plus qu'aux communes elles-mêmes. On ne doit pas exposer les finances communales à des risques trop grands ni entrer dans une voie où la notion de l'intérêt communal serait effacée." (eigen onderlijning) in Verslag van de Middenafdeling bij het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin.* 1922, 28.

¹⁵⁸² Discussie in de Kamer van volksvertegenwoordigers over het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin.* 1922, 32.

ingeslagen waarmee het gemeentelijk belang zou worden verlaten.¹⁵⁸³ Volgens DEBIÈVRE kan "*[d]e intercommunale (...) dus noch uitsluitend noch in hoofdzaak een privaat belang dienen. Hoe verscheiden ook van opzet en samenstelling, de intercommunale verenigingen (met rechtspersoonlijkheid) maken openbare diensten uit, waarbinnen de gemeenten een overwegend belang hebben.*" (eigen onderlijning).¹⁵⁸⁴

VERHOEST en DE MEU stellen onder verwijzing naar Europese regelgeving dat de gemeente de grenzen van het begrip algemeen belang te buiten gaan "*bij activiteiten die geen of weinig verband vertonen met het algemeen belang en waarbij in concurrentie als duidelijke marktactor wordt opgetreden. Dit lijkt abstract, en is het ook. Hoger werd immers opgemerkt dat een algemene definitie van deze begrippen ontbreekt en ook niet steeds vaststaat wanneer zijn te buiten worden gegaan.*"¹⁵⁸⁵ Met andere woorden: een intergemeentelijk samenwerkingsverband mag geen commerciële of speculatieve hoofddoelstelling aanhouden of een in hoofdzaak of uitsluitend privaat belang behartigen.

Ook als ze in concurrentie treden met private ondernemingen, dienen intergemeentelijke samenwerkingsverbanden het gemeentelijk belang te behartigen: "*Ook op mogelijke konkurrentiedomeinen dienen de algemene beginselen toegepast, met name: het moet gaan om een welbepaald gemeentelijk belang.*"¹⁵⁸⁶ DE CLERCK maakt duidelijk dat een gemeente "*en dus ook een interkommunale [i]n de huidige stand der wetgeving (...) bezwaarlijk de exploitatie van een bioskoopzaal op zich [zou] kunnen nemen, ondernemingen voor bouwwerken oprichten, winkels of grootwarenhuizen openen en in het algemeen alles doen wat een winstbeogende partikulier alleen zou kunnen*

¹⁵⁸³ Verslag van de Middenafdeling bij het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Pasin.* 1922, 28.

¹⁵⁸⁴ J. DEBIÈVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, (91) 115; zie ook R. MAES, "Doeleinden" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (299) 305: "*De intercommunale kan echter niet worden opgericht om alleen of in hoofdzaak een privé belang te dienen.*"

¹⁵⁸⁵ K. VERHOEST en R. DE MEU, "SBOV: B-project. Beheerwijzen van lokale openbare diensten getoetst aan beginselen van gelijkheid en mededinging en de regels inzake staatssteun", 2008, 148.

¹⁵⁸⁶ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 78-79.

ondernemen. Dit laatste is evenwel geen criterium van begrenzing van gemeentelijk belang. (...) De toezichthoudende overheid heeft daarbij ook het recht zich om opportuniteitsredenen tegen de oprichting van concurrerende interkommunales te verzetten en namelijk, wanneer de instelling niet van onontbeerlijk belang voor de onderhorigen wordt geacht (...)." (eigen onderlijning).¹⁵⁸⁷

293. Bijkomstige activiteiten – De hierboven vermelde rechtspraak van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State omtrent de territoriale beperking is ook in dit kader relevant. Waar in het vorig randnummer werd gesteld dat private belangen de 'ondergrens' uitmaken van het gemeentelijk belang, kan de intercommunale volgens de Raad van State in bepaalde omstandigheden tóch zuiver commerciële activiteiten stellen.

De Raad van State oordeelde de laatste jaren in zijn rechtspraak verschillende keren over hoe ver de intergemeentelijke activiteit daarin kan gaan en hoe 'commercieel'/'economisch' ze kan optreden. Recent oordeelde de Raad van State in het reeds vermelde arrest nr. 244.455 van 9 mei 2019¹⁵⁸⁸ dat het met de beoogde (commerciële/concurrerende) activiteiten – *in casu* het reinigen van straatkolken – voor de intercommunale – *in casu* de opdrachthoudende vereniging Intradura – om *bijkomstige activiteiten* lijkt te gaan die haar *statutaire taken niet in het gedrang* brengen en die lijken te kaderen in *de zorg om de beschikbare capaciteit beter te benutten*. De afdeling Bestuursrechtspraak verduidelijkte t.a.v. een ander middelenonderdeel nog dat artikel 397, tweede lid van het DLB dat voorzag dat de verbintenissen van de intercommunale geen handelskarakter hebben, niet zo mag worden begrepen dat dit 'commerciële activiteiten in elk geval uitsluit'.¹⁵⁸⁹

In zijn arrest NV Sita Treatment & Recycling van 7 maart 2017, besluit de Raad van State dat de intercommunale "[n]aast de uitvoering van de haar opgedragen

¹⁵⁸⁷ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 78-79.

¹⁵⁸⁸ RvS 9 mei 2019, nr. nr. 244.455, BVBA WILLER en NV A.B.O.G. t. TMVW en OV INTRADURA.

¹⁵⁸⁹ RvS 9 mei 2019, nr. nr. 244.455, BVBA WILLER en NV A.B.O.G. t. TMVW en OV INTRADURA, overw. 9.2.3.

kerntaken in het kader van haar werking, [...] in deze geciteerde bevoegdheid de mogelijkheid voor IMOG [mag] worden gelezen om bijkomstige activiteiten te verrichten als marktspeler op het terrein van de afvalverbranding en -verwerking en dit binnen de marge dat ze geen afbreuk doen aan de uitvoering van de door haar vennoten opgedragen taken. De verwerende partij betoogt ook, hetgeen door de verzoekende partij niet wordt betwist, dat het om een bijkomstige activiteit gaat die minder dan 1% van de totale jaarlijkse omzet bedraagt." (eigen onderlijning). De Raad van State oordeelt dat de intercommunale in die context gerechtigd was om een offerte in te dienen voor een opdracht die volledig valt onder een van haar reguliere activiteiten, namelijk het verwerken van afval. De Raad voegt daar aan toe dat het "overigens van een goed economisch beheer [getuigt] om haar capaciteit ten volle te benutten" (eigen onderlijning). In zijn beoordeling grijpt de Raad van State verschillende keren terug naar de statuten van de intercommunale om zijn oordeel te verantwoorden. "Zolang capaciteit overblijft, kan niet worden ingezien waarom zij deze dienst – van afvalverwerking – niet zou mogen aanbieden ten behoeve van andere verbrandingsinstallaties voor de behandeling of opschoning van hun bodemassen", aldus de Raad van State.¹⁵⁹⁰

¹⁵⁹⁰ RvS 7 maart 2017, nr. 237.577, NV Sita Treatment & Recycling, overw. 5.2.4.; zelfde arrest overw. 5.1.4: "Vervolgens meent de verwerende partij dat artikel 3, tweede lid, 5°, van de statuten van IMOG waarin wordt vermeld dat IMOG alle verrichtingen zowel geldelijke als andere, die verband houden met het doel van de vereniging, mag doen, wel degelijk een rechtsgeldige grondslag is. De opdracht hier is een bijkomstigheid ten aanzien van de hoofdactiviteit van IMOG. Ook kadert de opdracht in het doel van IMOG; door het verwerken van de bodemassen worden die ingezet in de uitbating van de stortplaats, namelijk als verharding. Dus, zo beklemtoont de verwerende partij, gaat het om diensten en activiteiten die het doel van IMOG minstens indirect ondersteunen en onder toepassing vallen van artikel 3, tweede lid, 5°, van de statuten van IMOG. In dezelfde gedachtegang wijst de verwerende partij erop dat het beginsel van de specialiteit niet al te eng mag worden opgevat; IMOG mag activiteiten ontwikkelen die winst kunnen opleveren die voor de verwezenlijking van haar doel nuttig is. Dat dit slechts bijkomstig mag zijn, blijkt ook in de feiten; de opdracht gaat om 280.000 euro op een omzet van 24 miljoen euro."; RvS 24 juli 2015, nr. 231.989, 11: "De verzoekende partij toont niet afdoende aan dat de door haar ingeroepen bepalingen op volstrekt algemene wijze de tussenkommende partij verbieden om op "haar eigen grondgebied" diensten te verstrekken aan de verwerende partij, hier het verwerken van bodemassen die door de verwerende partij worden aangebracht van haar verbrandingsinstallatie naar de verwerkingsinstallatie van de tussenkommende partij. Er zou immers kunnen worden aangenomen dat deze diensten niet zozeer lijken te kunnen worden ondergebracht onder de noemer "beheersoverdracht waaraan de deelnemende gemeenten de uitvoering van een of meer duidelijk omschreven bevoegdheden met betrekking tot een of meer functioneel samenhangende beleidsdomeinen toevertrouwen" – wat het in het verzoekschrift geformuleerd uitgangspunt wankel maakt – maar eerder lijken thuis te horen in een louter contractuele sfeer waarbij er door de tussenkommende partij gestreefd wordt naar een optimale benuttinggraad

De Raad van State lijkt in zijn oordeel over wat er onder een 'bijkomstige' activiteit moet worden verstaan geen percentage te hanteren, maar wel aansluiting te zoeken bij het vzw-recht.¹⁵⁹¹

Met andere woorden, de Raad van State aanvaardt wel dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zuiver commerciële en/of economische activiteiten ontplooiën mits het gaat om een *bijkomstige* activiteit. Een activiteit lijkt bijkomstig te zijn indien is voldaan aan twee voorwaarden. 1) *Ten eerste* moet het om activiteiten gaan die de *statutaire taken van de intercommunale niet in het gedrang* brengen. 2) *Ten tweede* moeten de activiteiten in die zin georiënteerd zijn dat ze een *betere valorisatie* van de bestaande/beschikbare capaciteit beogen. Dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden door de uitoefening van dergelijke zuiver commerciële activiteiten in concurrentie treedt met privébedrijven op een markt, lijkt niet te worden meegenomen door de Raad van State in zijn beoordeling.

Net zoals hierboven t.a.v. de territoriale beperking van het gemeentelijk belang is uitgelegd, kan dit oordeel van de Raad van State evenwel in vraag worden gesteld. De *ratio legis* en dus het traditioneel uitgangspunt bij de intercommunalisatie is dat uitsluitend zuiver commerciële doelstellingen niet

van haar capaciteit zonder aantasting van de uitvoering van haar meest essentiële opdracht verbonden aan de beheersoverdracht, haar kerndoel, en waarbij deze diensten eigenlijk een bijkomstig karakter zouden hebben en de opbrengst ervan de exploitatiekosten drukken. Een conclusie zou kunnen zijn dat het hier niet gaat om een activiteit die tegen haar kerndoel ingaat maar wel het indirect ondersteunt."

¹⁵⁹¹ RvS 5 februari 2013, nr. 222.400, met verwijzing naar het Hof van Cassatie: "Zoals reeds bekend mag een VZW geen winstoogmerk nastreven en mag zij in principe geen daden van koophandel stellen (art. 1 V&S-Wet). Het Hof van Cassatie oordeelde echter in haar arrest van 3 oktober 1996 (Cass. 3 oktober 1996, TRV 1997,217) dat een VZW wel daden van koophandel mag stellen indien voor zover deze bijkomstig zijn aan haar niet-winstgevend hoofdoel. Om onder de noemer bijkomstig te vallen dient de commerciële activiteit ten eerste kwantitatief ondergeschikt te zijn: 'Het aantal personele en materiële werkingsmiddelen gebruikt voor de commerciële activiteit dient kwantitatief lager uit te vallen dan deze aangewend voor de niet-commerciële (ook wel: altruïstische, ideële, niet-economische) activiteit' [...]. Bovendien dient de commerciële activiteit tevens noodzakelijk te zijn voor en haar opbrengsten dienen ter verwezenlijking van, dezelfde niet-commerciële activiteit. De grenzen en afbakening van deze bijkomstige commerciële activiteit zijn van cruciaal belang om te kunnen oordelen of de VZW niet in een onwettige mededinging belandt en desgevallend de regelgeving aangaande de eerlijke handelspraktijken schendt [...].". Dit is m.i. niet noodzakelijk voor de intercommunale, omdat zij in beginsel geen winst mag nastreven.

mogelijk zijn. Tot op vandaag blijkt er uit de bestaande organieke wetgeving ook geen andere *ratio*, waardoor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden nog steeds nooit een uitsluitend of in hoofdzaak privaat belang mogen dienen of een doel mogen nastreven dat essentieel, hoofdzakelijk of uitsluitend commercieel of industrieel is. Intercommunales kunnen enkel doelstellingen van commerciële of industriële aard vooropstellen mits zij hiermee het gemeentelijk belang blijven betrachten en kunnen enkel commerciële activiteiten stellen indien dit noodzakelijk is ter realisatie van het gemeentelijk belang.¹⁵⁹² Maar wat moet worden verstaan onder 'uitsluitend', 'hoofdzakelijk', 'essentieel', 'noodzakelijk'? Zorgt de kwalificatie door de Raad van State van de activiteit als 'bijkomstig' ervoor dat dit geen uitsluitend of in hoofdzaak privaat belang is of geen doel is dat essentieel, hoofdzakelijk of uitsluitend commercieel of industrieel is? Wat mij betreft, lijkt het erop van niet. Een dergelijke bijkomstige activiteit lijkt wel als een essentieel, hoofdzakelijk of uitsluitend commerciële activiteit te kunnen worden bestempeld. Hoewel het oogmerk van een betere valorisatie van de bestaande/beschikbare capaciteit begrijpelijk is, lijkt de activiteit immers niet noodzakelijk te zijn opdat de intercommunale haar doelstelling van gemeentelijk belang zou kunnen behartigen. Het oordeel van de Raad van State dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband bijkomstige zuiver commerciële en economische activiteiten kan stellen, is dan ook moeilijk verzoenbaar met de (traditionele) materiële beperking van het gemeentelijk belang t.a.v. de intercommunale en bovendien met de geest van de intercommunale wetgeving.¹⁵⁹³

¹⁵⁹² Cass. 6 april 1922, Pas. 1922, 236; O.V., "Het 'gemeentelijk belang' in de Intercommunale Vennootschappen", *RW* 1940, afl. 3, (1233) 1237; D. D'HOOGHE, "De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen", *T.Gem.* 1995, afl. 2, (75) 100: "Nochtans wordt vrij algemeen aangenomen dat er geen bezwaren bestaan dat publiekrechtelijke instellingen ter behartiging van hun opdracht ook handelsdaden zouden stellen."

¹⁵⁹³ VANDENDRIESSCHE wijst in zijn proefschrift – weliswaar in het kader van het overheidsopdrachtenrecht – nog op het feit dat de mogelijkheden van de rechtspraak beperkt zijn: "*Valt in de organieke wet, het decreet of de ordonnantie het onderscheid niet terug te vinden, dan kan de rechtspraak of rechtsleer niet zelf de taken van openbare dienst en de overige activiteiten onderscheiden.*" in F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar en graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge, die Keure, 2004, 282.

Bovendien, waar het specialiteitsbeginsel volgens LIERMAN, VAN DE WEYER en VANDORMAEL niet belet dat intercommunales "*naast hun kerntaak ook nevenopdrachten van commerciële aard vervullen*"¹⁵⁹⁴, impliceert dit specialiteitsbeginsel net dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband enkel kan optreden om de specifieke doelstellingen te behartigen die zijn vastgelegd in de statuten.¹⁵⁹⁵ Zoals hierboven reeds meegegeven, moeten statuten bovendien restrictief worden geïnterpreteerd, dus waar deze niet vermelden dat commerciële doelstellingen mogelijk zijn (waarbij die dan uiteraard van gemeentelijk belang moeten zijn), zouden intercommunales zich schuldig maken aan een statutaire doeloverschrijding indien ze daar toch tot zouden overgaan. Hoe dan ook, gelet op de materiële beperking van het gemeentelijk belang zou dit een onwettelijke activiteit zijn. Over de vraag of een organieke openbare dienst over de mogelijkheid beschikt om een "*verlieslatende opdracht te compenseren via het uitoefenen van aanverwante winstgevende activiteiten*" bestaat er volgens BAETEN en FRANÇOIS onduidelijkheid. Volgens hen zal de "*specialiteit van de organieke openbare diensten (...) immers noodzakelijk (minstens in grote lijnen) door de wetgever worden bepaald, vermits het hem, in principe, toekomt om te oordelen in welke activiteiten noodzakelijk moet worden voorzien.*"¹⁵⁹⁶

¹⁵⁹⁴ S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER en K.-J. VANDORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht", *TPR* 2016, afl. 2-3, (489) 496.

¹⁵⁹⁵ R. WILKIN, *Précis du droit communal*, Brussel, Bruylant, 1959, 118; C. GOETHALS, "La physionomie des intercommunales en Belgique", *Les @nalyses du CRISP en ligne*, 14 maart 2017, www.crisp.be, 7; K. LEUS en J. DEBIÈVRE, "De gemeente en de publiek-private samenwerking" in S. VANSTEENKISTE en L. VENY (eds.), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, (61) 129; K. LEUS, "Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene, de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?" in X., *Bijzondere overeenkomsten 2007-2008. Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (405) 426-427; R. MAES, "Doeleinden" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (299) 322; S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER en K.-J. VANDORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht", *TPR* 2016, afl. 2-3, (489) 495; S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsel, Intersentia, 2017, 276; S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek Bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 69 ev; K. LEUS en J. DEBIÈVRE, "De gemeente en de publiek-private samenwerking" in S. VANSTEENKISTE en L. VENY (eds.), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, (61) 140 e.v.

¹⁵⁹⁶ S. BAETEN en A. FRANÇOIS, "Vennootschapsbelang en (versus?) algemeen belang. Enige verkennende beschouwingen over de invulling van het vennootschaps(?)belang in overheidsondernemingen" in S. BAETEN, K. BYTTEBIER en K. LEUS, *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen, Maklu, 2000, (15) 44.

294. Winst maken, maar geen winst nastreven – Tot slot kan worden gewezen op het feit dat, niettegenstaande het streven naar de realisatie van een economisch gemeentelijk belang, de intercommunale niet mag uitgroeien tot een commerciële onderneming (zie hierover reeds *supra* hoofdstuk 1. Aard en karakter). In dat verband mag de intercommunale bij de realisatie van haar doelstellingen traditioneel gezien geen winstoogmerk vooropstellen.¹⁵⁹⁷ Dit werd in 1921 benadrukt tijdens de parlementaire bespreking van de eerste kaderwet: "*Il est donc entendu que, lorsque des particuliers entreront dans une association avec des communes, il ne pourra pas être question d'un but de lucre.*" (eigen onderlijning).¹⁵⁹⁸ Ook in de memorie van toelichting bij een van de specifieke wetten werd er met zoveel woorden gezegd dat het nastreven van winst onverenigbaar is met de techniek van intergemeentelijke samenwerking: "*Il importe que les associations, bien que jouissant des avantages accordés par la loi sur les sociétés commerciales, ne soient point tentés de transformer le service public pour lequel elles sont créées en une entreprise industrielle, exploitée dans un esprit de lucre et en vue d'assurer aux associés des bénéfices aussi élevés que possible.*" (eigen onderlijning).¹⁵⁹⁹ De *ratio legis* is bijgevolg duidelijk.¹⁶⁰⁰ Of dit uitgangspunt vandaag nog steeds aan te houden is, wordt in DEEL III behandeld

¹⁵⁹⁷ RvS 9 mei 2019, nr. 244.455, overw. 9.1.3.: "*Bovendien is Intradura als publiekrechtelijke rechtspersoon er volgens de verzoekende partijen toe gehouden om taken van algemeen belang uit te oefenen, wat precies de ontstentenis van winstbejag veronderstelt.*" (eigen onderlijning).

¹⁵⁹⁸ *Ann.parl.* Kamer 1920-1921, 2466; zie ook: "*Nadat er langs verscheidene zijden de aandacht was op gevestigd, dat juist de medewerking van privaat kapitaal in menige gevallen noodzakelijk of wenselijk zou blijken, stelde elkeen zich uiteindelijk akkoord over het principe, dat particuliere belangen zouden toegelaten worden, doch dat niettemin het winstbejag aan de vereniging diende vreemd te blijven.*" in E. BOON, "Status en rechtsvorm van de intercommunale en super-communale nutsbedrijven, met inbegrip van de status van het personeel", *TBP* 1961, afl. 3-4, (197) 205.

¹⁵⁹⁹ MvT bij *le projet de loi relatif aux associations de communes et de particuliers pour l'établissement de services de distribution d'eau*, *Parl.St.* Kamer 1906-07, nr. 124, 9; *Pasin.* 1907, 204.

¹⁶⁰⁰ Ook HAUTPENNE stelt dat "*(...) de intercommunales uiteraard een doel van openbaar nut nastreven, wat onverenigbaar is met winstbejag (...).*" in P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 108; DE CLERCK stelt: "*Een verrichting gesteld met het oog op het openbaar nut kan geen daad van koophandel zijn. (...) Het belang van het algemeen verliest alle koopmanskenmerken en verzet zich tegen elk winstbejag en iedere speculatiegeest.*" in D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 205-206.

in het kader van een meer moderne benadering van het gemeentelijk belang (zie *infra* nr. 401).

Winst maken is daarentegen geen enkel probleem.¹⁶⁰¹ Meer nog, het maken van winst werd ten tijde van de eerste kaderwet zelfs noodzakelijk geacht om de interesse bij particulieren en bedrijven op te wekken en hen zo aan te zetten om in de intercommunale te investeren: "*De particuliere deelneming zou anderzijds niet te vinden zijn om niet-productief kapitaal in te brengen.*"¹⁶⁰² Belangrijk hierbij is dat de winst die de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden mogen maken echter niet buitensporig mag zijn.¹⁶⁰³ VAN GERVEN lijkt de connectie tussen winst en het algemeen belang wel soepeler te benaderen. Volgens hem is "[h]et nastreven van winst (...) niet onverzoenbaar met de opdracht van algemeen belang waarvoor de publiekrechtelijke vennootschap wordt opgericht [maar] beperkt het algemeen belang haar handelen in de mate dat het haar oogmerk meebepaalt."¹⁶⁰⁴ Volgens deze auteur houdt 'de vennootschap' het algemeen belang voor ogen bij het stellen van een economische activiteit en hangt dit af van de wettelijke taak. Hierboven werd al meegegeven dat het gemeentelijk belang volgens DE TOLLENAERE dan weer geen louter financieel belang is, maar "*l'intérêt public pour la commune, pour la collectivité territoriale de ses habitants:*

¹⁶⁰¹ O.V., "Het 'gemeentelijk belang' in de Intercommunale Vennootschappen", *RW* 1940, afl. 3, (1233) 1240-1241; zie ook: "*Et pourtant le législateur — cela résulte clairement des discussions parlementaires — a visiblement obéi une préoccupation que l'on peut considérer comme dominante: il a voulu que les communes en s'associant fussent inspirées par le souci de l'intérêt public, et non point par une pensée de lucre, par un esprit de spéculation.*" (...) *Mais de ce que les associations de communes ne doivent pas être guidées par l'esprit de lucre, on ne doit pas conclure qu'elles ne pourront pas réaliser de bénéfices. L'article 5 de la loi du 1^{er} mars 1922 dit formellement que les statuts de l'association doivent mentionner la répartition des bénéfices. Seulement ces bénéfices ne devront pas être excessifs. Ils ne devront pas dépasser la rémunération normale qu'est en droit de recevoir le capital dans des conditions économiques déterminées. L'importance de cette rémunération est une question de fait, résoudre d'après les circonstances. Mais il n'y a pas de raison pour se montrer à cet égard plus rigoureux pour une association de communes qu'on ne le serait à l'égard d'une société privée.*" (eigen onderlijning), in X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 204-206.

¹⁶⁰² D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 206.

¹⁶⁰³ J. DE BECKER en A. DE BECKER, *Les Communes belges devant le problème économique*, Brussel, Comité Central Industriel de Belgique, 1936, 74; X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 204; O.V., "Het 'gemeentelijk belang' in de Intercommunale Vennootschappen", *RW* 1940, afl. 3, (1233) 1240-1241; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 101.

¹⁶⁰⁴ D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen*, Gent, Larcier, 2016, 99.

ce n'est pas purement et simplement tout qui peut bénéficier à la caisse communale." (eigen onderlijning).¹⁶⁰⁵ Als elke doelstelling of activiteit die gemeentelijke inkomsten kan opbrengen als van gemeentelijk belang zou worden beschouwd, dan zou het gebruik van dit begrip als begrenzer van de gemeentelijke bevoegdheid volgens mij evengoed kunnen worden verlaten. *Infra* zal blijken dat de algemene visie dat 'een overheid nooit winst kan nastreven' intussen is voorbijgestreefd.

MAES wijst er nog op dat een werkzaamheid van een intercommunale ook van gemeentelijk belang is indien "*het gemeentelijk bestuur daardoor gewoon een meer rationele organisatie van een gemeentelijke dienst of van de werking van het gemeentebestuur zelf beoogt*".¹⁶⁰⁶ Het ter beschikking stellen door de intercommunale van financiële middelen aan de deelnemende gemeenten "*om hen toe te laten hun statutaire mogelijkheden inzake investeringen binnen de distributie-intercommunales voor gas en elektriciteit te benutten*", wordt ook aanvaard, aldus dezelfde auteur.¹⁶⁰⁷ Volgens LEUS en DEBIÈVRE is de intercommunale wel een directe *interface* tussen het algemeen belang en het privaat belang, aangezien ze kan worden beheerd volgens private technieken en op die manier "*comprendre mieux que n'importe quelle autre institution de droit public les contraintes du secteur privé*".¹⁶⁰⁸ De private deelnemers bij de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kunnen wel bijkomend eigen belangen behartigen, maar ook dit initiatief moet "*steeds verenigbaar (...) blijven met het karakter van algemeen nut, dat het uitgangspunt vormt van het intergemeentelijk samenwerkingsverband*".¹⁶⁰⁹

¹⁶⁰⁵ V. DE TOLLENAERE, *Nouveau commentaire de la loi communale*, Brussel, Larcier, 1955, tome I, 285.

¹⁶⁰⁶ R. MAES, "Doeleinden" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (299) 305.

¹⁶⁰⁷ R. MAES, "Doeleinden" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (299) 305.

¹⁶⁰⁸ K. LEUS en J. DEBIÈVRE, "De gemeente en de publiek-private samenwerking" in S. VANSTEENKISTE en L. VENY (eds.), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, (61) 131 met verwijzing naar Ph. PIERRET, "L'expérience d'Idelux en matière de partenariat avec le secteur privé", *Mouv.Comm.* 2001, afl. 1, 45.

¹⁶⁰⁹ K. LEUS en J. DEBIÈVRE, "De gemeente en de publiek-private samenwerking" in S. VANSTEENKISTE en L. VENY (eds.), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, (61) 141.

De Kamercommissie benadrukte in 1899 trouwens reeds dat het nooit de bedoeling is een doel van speculatie of winst na te streven: "*Le droit des communes d'associer en vue d'un service collectif, tient aussi et surtout à l'exercice de leurs droits comme personnes civiles. (...) Mais, quelque étendue que soit sa sphère d'action, la commune est contenue dans les bornes de sa mission, qui est tout d'intérêt public. Ses droits sont corrélatifs à ses devoirs. L'intérêt public étant le mobile obligé de ses actes, il en résulte une conséquence importante et sur laquelle nous aurons à revenir: c'est qu'elle n'est jamais censée poursuivre un but de spéculation ou de lucre. Elle ne peut donc faire le commerce.*" (eigen onderlijning).¹⁶¹⁰

Het is duidelijk welke grens er traditioneel werd getrokken t.a.v. vanaf wanneer een doelstelling of activiteit van economisch *gemeentelijk* belang is en vanaf wanneer deze van economisch *niet-gemeentelijk* belang is. Die grens, die duidelijk blijkt uit de *ratio legis*, wordt in het toetsingskader gehanteerd t.a.v. het gemeentelijk belang *ratione materiae*. *Infra* DEEL III, 2.3.2. zal evenwel blijken dat er op vandaag mogelijk sprake kan zijn van een moderne benadering van het gemeentelijk belang. Verder in dit hoofdstuk (*infra* 3.3 en 3.4.) worden er immers bedenkingen geformuleerd bij de 'conservatieve' interpretatie van het gemeentelijk belang, dit gelet op maatschappelijke en juridische ontwikkelingen en daaruit voortvloeiende problemen.

3.3. Evolutie van maatschappij en activiteiten: de gewijzigde (economische) rol van het intergemeentelijk samenwerkingsverband

295. Opbouw – Uit de hierboven uiteengezette theoretische juridische principes blijkt dat het gemeentelijk belang een abstract begrip is. Naast de vaststelling dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden wettelijk verplicht zijn om doelstellingen van gemeentelijk belang te behartigen, is een algemene uitspraak doen over het doel en de activiteiten van de intercommunales onmogelijk. Het doel en de activiteiten van intergemeentelijke verenigingen zullen immers telkens *in concreto* aan de hand van een statutenonderzoek moeten worden afgetoetst

¹⁶¹⁰ Verslag van de Kamercommissie *chemins de fer vicinaux*, 3; *Pasin.* 1899, 161.

aan de theoretische principes van het gemeentelijk belang.¹⁶¹¹ Het antwoord op de vraag of, en welke, activiteiten van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden het gemeentelijk belang dan ook effectief beogen *in de praktijk* (lees: in realiteit), zal in elk geval afhangen van de gemeente waar de activiteit wordt uitgeoefend en zal variëren in de tijd.¹⁶¹²

Toch zijn er een aantal algemene bedenkingen te maken omtrent deze concrete doelstellingen en activiteiten van intercommunales, en dan voornamelijk t.a.v. de afbakening van het gemeentelijk belang *ratione materiae*. Hun doel en activiteiten zijn sinds de beginperiode van intergemeentelijke samenwerking in België aan het begin van de 20^{ste} eeuw aan verschillende evoluties onderhevig geweest. De hieronder besproken evoluties ten aanzien van de doelstellingen en activiteiten van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, kunnen bovendien niet los worden gezien van de sinds enkele decennia sterk geëvolueerde rol van 'de overheid' in het economisch leven.¹⁶¹³ Om al even vooruit te lopen, kenden de intercommunales in vergelijking met de beginjaren een evolutie in hun takenpakket en in hun positie als economische speler – zoals DEHOUSSE het omschrijft, "[les intercommunales] priment de manière progressive un poids impressionnant dans la vie économique du pays."¹⁶¹⁴ Zoals uit het rechtshistorisch onderzoek reeds bleek, loopt die economische evolutie bovendien parallel met een tendens tot toenadering van de verhouding tussen het publiek- en het privaatrecht. Tot slot wordt er gewezen op enkele voor de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden belangrijke gevolgen die hand in hand gaan met de evolutie van maatschappij en activiteiten.

¹⁶¹¹ K. VERHOEST en R. DE MEU, "SBOV: B-project. Beheerwijzen van lokale openbare diensten getoetst aan beginselen van gelijkheid en mededinging en de regels inzake staatssteun", 2008, 33.

¹⁶¹² A. COENEN, *Les services publics locaux au cœur de l'effervescence sociétale*, Brugge, die Keure, 2017, 117.

¹⁶¹³ Voor een grondige uiteenzetting over de vervaging van het klassieke onderscheid tussen staat en maatschappij, zie F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar en graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge, die Keure, 2004, 30-39.

¹⁶¹⁴ F. DEHOUSSE, "Un nœud de vipères constitutionnel: le statut des intercommunales et la Cour d'arbitrage", *JT* 1985, afl. 5354, (617) 618.

296. Periode vóór WO I: afwezigheid van marktoptreden – Het Decreet d'Allarde van 1791 werd lange tijd opgevat als het instrument dat het ingrijpen door 'de overheid' in het economisch leven heeft belet. Het klassiek liberalisme ging er immers van uit dat economisch overheidsinterventionisme de vrije concurrentie zou verstoren en commerciële en industriële activiteiten kwamen dan ook enkel toe aan particulieren. De overheid kon enkel met het oog op het algemeen belang tussenkomen om het particulier initiatief aan te vullen indien dit initiatief ontoereikend bleek te zijn.¹⁶¹⁵ Opvallend is evenwel dat de legaliteit van het economisch overheidsinitiatief *in se* niet werd verhinderd door het Decreet d'Allarde.¹⁶¹⁶

In dit kader duiken de begrippen *l'État gendarme*, *l'État providence* en *l'État moderne* op. België was in 1831 een *État gendarme* of 'nachtwakersstaat': het vrijwaren van de openbare orde en de vrijheid van het individu stonden centraal. Het economisch leven werd gezien als een "*primaat van de privésector*", waardoor de overheid zich zoveel als mogelijk ging onthouden van economische inmenging.¹⁶¹⁷ Het publiekrecht en het privaatrecht werden in de liberale nachtwakersstaat eveneens als twee van elkaar te onderscheiden gehelen beschouwd.¹⁶¹⁸

Specifiek wat de samenwerking tussen gemeenten betreft, waren de omstandigheden waarin de eerste intergemeentelijke samenwerkingsverbanden

¹⁶¹⁵ P. DE BANDT en M. VANDERHELST, *L'intervention publique dans la sphère économique. Fondements, principes et limites*, Brussel, Larcier, 2013, 69.

¹⁶¹⁶ Zie Cass. 6 april 1922, *Pas.* 1922, 236 waarin wordt gesteld dat gemeenten industriële en commerciële activiteiten mogen stellen en zich dus mogen inlaten met economische activiteiten mits dit middelen zijn om hun doelstellingen van gemeentelijk belang zijn en die activiteiten gedomineerd zijn door dit gemeentelijk belang: "*Attendu que, d'une part, (...) [les communes] peuvent faire des actes ayant, par eux-mêmes, le caractère d'actes de commerce; mais que l'objet de leur activité n'en reste pas moins l'accomplissement de leur fonction constitutionnelle par des procédés qui ne sont, en dernière analyse, que des moyens de réaliser des fins d'intérêt public communal et sont dominés par cet intérêt.*"; P. QUERTAINMONT, "Le concurrence du secteur public aux entreprises privées", *APM* 1982, afl. 2-3, (119) 121; R. MAES, "Doeleinden" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (299) 316.

¹⁶¹⁷ K. ROSSIGNOL, *De (on)belastbaarheid van de overheid*, Brugge, Die Keure, 2016, 10.

¹⁶¹⁸ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 30.

in de watersector, de ziekenhuissector en de sector van de buurtspoorwegen aan het begin van de 20^{ste} eeuw werden gecreëerd, dan ook erg verschillend van vandaag. Zo werden waterdistributie-intercommunales opgericht om tegemoet te komen aan de verantwoordelijkheid van de gemeenten om drinkwater te leveren aan hun inwoners. De gemeenten moesten zich met andere woorden wel inlaten met de productie, zuivering en distributie van water aangezien de inwoners geen beroep konden doen op alternatieven: "*Cette caractéristique étant directement liée à l'importance du service fourni du point de vue social dès le XIXe siècle. (...) La loi confie aux communes la responsabilité de l'alimentation en eau potable de leur population.*".¹⁶¹⁹ Het verlieslatend karakter geïmpliceerd door de hoge kosten verbonden aan de watervoorziening, moesten de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden er maar bijnemen.¹⁶²⁰ Van een markt voor dergelijke activiteiten of van private ondernemingen die gelijkaardige taken in concurrentie (konden) uitoefenen, was er toen eenvoudigweg (nog) geen sprake.

Zo stelde DE CLERCK: "*Op de keper beschouwd moet reeds onmiddellijk gezegd worden dat het konkurrentiedomein uiterst beperkt is: bij politionele en administratieve doeleinden kan er van mededinging geen sprake zijn; de interkommunales, die 'klassiek' genoemd worden (als gas-, water- en elektriciteitsbedeling) zijn onbetwistbaar openbare nutsbedrijven en voor uitsluitend privaat initiatief feitelijk onmogelijk. Het volstaat te verwijzen naar de noodzaak de openbare weg in gebruik te nemen voor de leidingen en aansluitingen. Deze activiteiten hebben aspecten die noodzakelijk gemonopoliseerd moeten zijn of die de medewerking van de overheid vragen; verder munten een hele reeks doeleinden uit door hun weinig winstgevend karakter hoewel ze noodzakelijk zijn voor het openbaar belang (b.v.: ophalen en vernietigen van huisvuil, verassingovens, speelpleinen, waterreiniging,*

¹⁶¹⁹ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 156-158.

¹⁶²⁰ "*Bien que l'on manque de données circonstanciées dans ce domaine, l'aspect financier semble subordonnée à l'autonomie communale - fortement marquée dans ce domaine comme dans d'autres.*", in N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 160.

wegenonderhoud, enz.). Hiervoor zal de private sektor weinig belangstelling vinden."¹⁶²¹

297. 1922-1986: ontstaan van economische inmenging – De beperkte economische rol van de overheid verruimde evenwel na de Eerste Wereldoorlog (zie ook *supra* DEEL I). België evolueerde steeds meer van een liberale nachtwakersstaat naar een *État providence* of een verzorgingsstaat: om tegemoet te komen aan het collectief welzijn van de burgers, ging de overheid steeds meer tussenkomen in de maatschappij. Het takenpakket van de overheid breidde uit en de overheid ging zich inmengen in het economisch leven: zij ging "*daarenboven zelf actief aan het economische leven deelnemen door goederen te produceren en diensten te verstrekken. Het openbaar vervoer, het onderwijs, de telecommunicatie, de (sociale) woningbouw, radio- en televisie en financiële dienstverlening zijn slechts enkele aangelegenheden waarop de overheid zich (soms als monopolist) ging toeleggen.*"¹⁶²²

De uitbreiding van dit takenpakket was ook merkbaar bij de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. In de daaropvolgende decennia werden intercommunales opgericht in de meest uiteenlopende sectoren. Dit was een logisch gevolg van, enerzijds, de grondwettelijke verankering van de mogelijkheid om intergemeentelijk samen te werken en de kaderwet die intergemeentelijke samenwerking in 'gelijk welke sector' regelt en, anderzijds, het feit dat het gemeentelijk belang *in se* onbepaald is en de gemeenten in eerste instantie *zelf* inhoud verlenen aan dit begrip. In 1925 kwamen de eerste intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in de milieusector tot stand. De eerste afvalintercommunale ontstond in 1945 en de eerste financieringsintercommunale werd opgericht in 1950. Het aantal intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in de sector van de economische expansie nam vanaf de jaren zestig sterk toe. In de periode tussen de twee kaderwetten – nl. van 1922 tot 1986 – werden tot slot enkele intergemeentelijke samenwerkingsverbanden opgericht in verschillende

¹⁶²¹ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 78-79.

¹⁶²² F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 30-31 en 36.

sectoren zoals sport, cultuur en toerisme.¹⁶²³ Los van die brede waaier aan sectoren en actieterreinen, was er in die periode voornamelijk sprake van de creatie en het optreden van intercommunales in de energie- en waterdistributiesector.¹⁶²⁴ Het aantal intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in de medisch-sociale sector nam eveneens toe.¹⁶²⁵

Ook de verticale verhouding tussen de overheid en de burger zwakte mettertijd af. Met andere woorden: het onderscheid tussen 'privé' en 'overheid' is beginnen te vervagen. Dit is te wijten aan, *ten eerste*, burgers die zich steeds kritischer en mondiger gingen opstellen, *ten tweede*, een groeiende nood aan samenwerking tussen de publieke en private sector en, *ten derde*, het toenemend succes van groeperingen en verenigingen.¹⁶²⁶ VANDENDRIESSCHE spreekt in dit verband over een 'meer moderne benadering', waarbij "*het algemeen en het particulier belang (...) niet langer onverenigbaar [worden] geacht, wel integendeel. De overheid ziet zich in het kader van haar algemene belangenbehartiging bijdragen tot particuliere belangen. Omgekeerd dragen particulieren doorheen hun privé-belangenbehartiging vaak bij tot het algemeen belang.*".¹⁶²⁷ Voorts stelt hij dat "*de mythe dat enkel de overheid, met uitsluiting van de privé, zou kunnen instaan voor taken van algemeen belang, (...) in belangrijke mate [is] doorprikt. Er wordt anderzijds ook aanvaard dat overheidspersonen winst kunnen nastreven en zelfs activiteiten kunnen ontwikkelen die geen uitstaan hebben met het algemeen*

¹⁶²³ Verslag van 2 oktober 1984 namens de Commissie voor de Binnenlandse Aangelegenheden, *Parl.St. Senaat 1983-84*, nr. 529/2, 21; N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 162-163, 174, 188, 196, 204 en 269.

¹⁶²⁴ 'De energiesector' omvat overigens niet alleen de productie en distributie van energie en gas, maar ook informatie- en communicatietechnologieën, waaronder radio- en kabeldistributie.

¹⁶²⁵ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 23.

¹⁶²⁶ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 39-40; voor een grondige uiteenzetting over 'de emancipatie van burger en maatschappij in hun verhouding met de overheid', zie hetzelfde proefschrift, 35-39.

¹⁶²⁷ F. VANDENDRIESSCHE, "Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en private partners", *CDPK 2002*, afl. 3, (325) 331; zie ook K. VERHOEST en R. DE MEU, "SBOV: B-project. Beheerwijzen van lokale openbare diensten getoetst aan beginselen van gelijkheid en mededinging en de regels inzake staatssteun", 2008, 28: "*Private verenigingen treden vaak op ter bevordering van het algemeen belang.*".

belang of een openbare dienst." (eigen onderlijning).¹⁶²⁸ Vanaf de Tweede Wereldoorlog nam die inmenging van de Belgisch Staat in het economische leven alleen maar toe. "Met de uitbreiding van de verzorgingsstaat en van de publieke sector in zijn geheel is het aantal dienstverlenende organisaties sterk toegenomen en zijn private dienstverleners (vooral vanuit het maatschappelijk middenveld) verstrengeld geraakt met de staat" (eigen onderlijning), aldus BRANDSEN, VAN DE DONK en KENIS.¹⁶²⁹

298. Vanaf de jaren '80: liberalisering – De economische rol van de overheid zou vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw verder wijzigen onder invloed van de Europese Unie, met 'de liberaliseringsgolf' als katalysator.¹⁶³⁰ PLATTEAU omschrijft die evolutie als volgt: "Tot het einde van de jaren tachtig is de mededingingsrechtelijke belastingstelling voor overheidsondernemingen zeer matig geweest. Pas vanaf dan is de EG-Commissie, hierin gevolgd door het Hof van Justitie, overheidsbedrijven actief beginnen betrekken in haar mededingingsbeleid. Deze politiek kan niet worden losgekoppeld van de algemene liberaliseringsgolf van de laatste tien jaar, die in een aantal sectoren, waaronder de telecommunicatiesector, tot spectaculaire resultaten heeft geleid." (eigen onderlijning).¹⁶³¹ De creatie van een interne markt zorgde voor "de openstelling van typische overheidsdiensten naar de markt."¹⁶³² "Er zijn evenwel ook diensten die de overheid vroeger integraal zelf organiseerde of inrichtte, maar die nu, door de economische liberalisering, verstrekt worden door marktspelers, die met elkaar in mededinging treden. Men denke aan de levering van elektriciteit en gas, de telefonie en de postdiensten en het vervoer over het spoor.", aldus DE SOMER en

¹⁶²⁸ F. VANDENDRIESSCHE, "Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en private partners", *CDPK* 2002, afl. 3, (325) 331.

¹⁶²⁹ T. BRANDSEN, W.B.H.J. VAN DE DONK en P.N. KENIS, "De opkomst van hybride organisaties" in T. BRANDSEN, W. VAN DER DONK en P. KENIS (eds.), *Meervoudig bestuur: Publieke dienstverlening door hybride organisaties*, Den Haag, Lemma, 2006, 18.

¹⁶³⁰ S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story", *RW* 2012, afl. 37, (74) 76.

¹⁶³¹ K. PLATTEAU, "Overheidsondernemingen en het EG-mededingingsrecht" in S. BAETEN, K. BYTTEBIER en K. LEUS (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2000, (391) 391.

¹⁶³² K. ROSSIGNOL, *De (on)belastbaarheid van de overheid*, Brugge, Die Keure, 2016, 16.

OPDEBEEK.¹⁶³³ Onder meer naar aanleiding van de voormelde liberalisering van de markten, gingen bepaalde overheidsondernemingen zich inlaten met zuiver commerciële en industriële activiteiten – naast hun taken van openbare dienst.¹⁶³⁴ Kenmerkend aan de Europese Unie is dat ze sinds haar creatie de principiële gelijke behandeling van publiek en private entiteiten nastreeft, een uitgangspunt dat in België vooralsnog eerder ontbrak.¹⁶³⁵

Door deze maatschappelijke en commerciële evoluties vanaf de tweede helft van de twintigste eeuw, kwamen intercommunales in bepaalde activiteitensectoren (noodgedwongen) op de markt terecht. Indien ze niet over een monopolie beschikten, gingen ze zelfs in concurrentie treden met private ondernemingen. Door de tendens tot liberalisering ter creatie van een vrije markt, werd het dus ook mogelijk voor private ondernemingen om de activiteiten die de intercommunales reeds vele jaren – vaak in monopolie – uitoefenden, te beogen.¹⁶³⁶ KEUNEN en WAUTERS vatten die veranderde realiteit mooi samen: "*De intergemeentelijke samenwerkingen aan het begin van de 20^e eeuw waren vooral gericht op het realiseren van nutsvoorzieningen (bv. water, gas, elektriciteit) voor de lokale inwoners. Dit werd beschouwd als een taak van gemeentelijk belang, waarbij toen nog geen private actoren waren die dergelijke taken uitoefenden. De taakstelling van intercommunales is doorheen de tijd evenwel veranderd, net als de taakbehartiging door de private sector. Dit leidde tot de evolutie dat intercommunales commerciële activiteiten uitoefenen waarbij zij in concurrentie*

¹⁶³³ S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsel, Intersentia, 2017, 11.

¹⁶³⁴ "*De bijzondere taak van algemeen (economisch) belang, resp. universele dienst wordt daarbij in beginsel losgekoppeld van de – publiekrechtelijke of privaatrechtelijke – hoedanigheid van de dienstverrichter.*" in K. ROSSIGNOL, *De (on)belastbaarheid van de overheid*, Brugge, Die Keure, 2016, 16; S. DE SOMER en F. VANDENDRIESSCHE, "De toepasselijkheid van algemene bestuursrechtelijke regimes op de gemeentelijke verzelfstandigde agentschappen en de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden" in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2013, (384) 388-389.

¹⁶³⁵ "*Aussi, dans le domaine de ce droit du marché la même tendance allant dans la direction d'un traitement égal des entreprises publiques et privées se manifeste.*" in W. VAN GERVEN, "Égalité des entreprises privées et publiques devant la loi belge", *JT* 1979, (241) 245.

¹⁶³⁶ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 49.

trede met de privésector." (eigen onderlijning).¹⁶³⁷ Een voorbeeld is de telecommunicatiesector die op vandaag volledig geliberaliseerd is, terwijl de gemeenten voordien een *de facto* monopolie bezaten omdat de uitbating van het kabel distributienetwerk het gebruik van de gemeentelijke wegen impliceerde. Europese liberaliseringsrichtlijnen regelen ook de energiesector, waar de gemeenten om dezelfde reden vroeger een *de facto* monopolie hadden op gas distributie en een juridisch monopolie voor laagspanningselektriciteit.¹⁶³⁸ Andere activiteiten moest de intercommunale dan weer noodgedwongen afstoten: de liberalisering van de energiemarkt heeft de verplichting meegebracht t.a.v. intercommunales in de energiesector om zich te ontdoen van hun verkoopactiviteiten en zich uitsluitend op het beheer van het netwerk te richten.¹⁶³⁹ De intercommunales die optreden als distributienetbeheerders – afgekort DNB's – hebben voortaan wel een wettelijk monopolie op de exploitatie van hun distributienetten op hun grondgebied. De Europese liberaliseringsinitiatieven en regelgeving ter creatie van een vrije markt hadden dan ook "*un impact non-négligeable sur les intercommunales*".¹⁶⁴⁰ Volgens LEUS en DEBIÈVRE bevinden "[d]eze intercommunales [zich] reeds in woelige wateren door de liberalisering, de internationalisering en de tendens tot schaalconcentratie op de (Europese) markt."¹⁶⁴¹

299. Heden: gevarieerd palet, inclusief concurrentie – Op vandaag streven de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden nog steeds een erg gevarieerd palet aan doelstellingen na. Uit het eindrapport dat de parlementaire onderzoekscommissie recent opstelde n.a.v. het Publifinschandaal blijkt dat de meeste intercommunales vandaag de dag actief zijn in de energiesector, de

¹⁶³⁷ S. KEUNEN en K. WAUTERS, "Commerciële activiteiten intercommunales zijn onverenigbaar met fiscale vrijstelling", noot onder GwH nr. 66/2017, *T.Gem.* 2017, afl. 3, (163) 163.

¹⁶³⁸ *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin*, *Parl.St. W.Parl.* 2016-17, nr. 861/1, 33.

¹⁶³⁹ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 57.

¹⁶⁴⁰ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 57.

¹⁶⁴¹ K. LEUS en J. DEBIÈVRE, "De gemeente en de publiek-private samenwerking" in S. VANSTEENKISTE en L. VENY (eds), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, (61) 153.

watersector, de medisch-sociale sector, de afvalsector, de milieusector, of inzetten op economische ontwikkeling of (in het Waalse en Brussels Hoofdstedelijke Gewest) op rusthuizen.¹⁶⁴² Ook de teledistributie en financiering maken voor de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden belangrijke activiteitensectoren uit.¹⁶⁴³ Naast de intercommunales met een grote territoriale actieradius, zijn er de 'kleinere' of eerder 'lokale' intergemeentelijke verenigingen die zich toeleggen op bijvoorbeeld sport, toerisme, muziekacademies, natuurparken, crematoria en bibliotheken.¹⁶⁴⁴ Sommige – voornamelijk Waalse – intercommunales zijn niet in één sector onder te brengen, aangezien ze actief zijn in verschillende 'activiteitensectoren'.¹⁶⁴⁵

De variëteit aan sectoren waarin gemeenten samenwerken wordt gekenmerkt door verschillende verhoudingen tussen 'overheid' en 'privé' (en dus een variërende hybriditeit) naargelang de sector. Het al dan niet bestaan van een markt, het optreden van private ondernemingen en het plaatsvinden van concurrentie, is immers erg sectorafhankelijk.¹⁶⁴⁶ Zo worden bepaalde sectoren (althans voorlopig nog) enkel door 'publieke' entiteiten afgedekt en gekenmerkt door een gebrek aan interesse van de private sector – te denken valt bijvoorbeeld aan riolering en handhaving.¹⁶⁴⁷ In andere sectoren is de grens tussen publiek-

¹⁶⁴² *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin, Parl.St. W.Parl. 2016-17, nr. 861/1, 32.*

¹⁶⁴³ A.-L. DURVIAUX en I. GABRIEL, *Droit administratif – Tome 2*, Brussel, Larcier, 2012, 104.

¹⁶⁴⁴ C. GOETHALS, "La physionomie des intercommunales en Belgique", *Les @nalyses du CRISP en ligne*, 14 maart 2017, www.crisp.be, 7; A.-L. DURVIAUX en I. GABRIEL, *Droit administratif – Tome 2*, Brussel, Larcier, 2012, 104.

¹⁶⁴⁵ Zie voor een aantal Waalse voorbeelden: A.-L. DURVIAUX en I. GABRIEL, *Droit administratif – Tome 2*, Brussel, Larcier, 2012, 104.

¹⁶⁴⁶ Belangrijk is dat er naast de bepalingen in het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018, ook organieke sectorwetgeving bestaat die intergemeentelijke samenwerkingsverbanden *sensu lato* vormgeven en regelen. Naast die organieke sectorbepalingen is er bovendien ook nog algemene sectorregelgeving die een invloed heeft op de intercommunales. Een onderzoek alle sectorspecifieke regelgeving gaat dit doctoraatsonderzoek te buiten aangezien dit niet bijdraagt aan het beantwoorden van de onderzoeksvragen. Dit proefschrift beperkt zich tot een evaluatief en normatief onderzoek van de organieke bepalingen omtrent intercommunales die in het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 zijn vervat. Hieronder wordt waar nodig de belangrijkste sectorwetgeving toch beknopt weergegeven in voetnoten om een onvolledig overzicht te vermijden.

¹⁶⁴⁷ Ook over die activiteiten(sectoren) kan evenwel worden nagedacht, zie bv. I. VAN DE CLOOT, "Een gevangenis als een intercommunale", 28 april 2005, *De Standaard*: "Ordehandhaving 'met winstoogmerk' kan bij sommigen overkomen als vloeken in de

en privaat optreden veel minder duidelijk afgelijnd. Dit is ongetwijfeld het geval in de IT-sector, waar bepaalde (filialen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zich – net zoals privébedrijven – inlaten met activiteiten zoals het voorzien van goede WiFi-verbinding, het verhandelen van data (over energieverbruik), adviesverlening omtrent digitalisering, softwareontwikkeling, de aankoop en verkoop van laptops en iPads, enzovoort.¹⁶⁴⁸ Belgische private ondernemingen zoals bijvoorbeeld Citymesh¹⁶⁴⁹, Qualifio¹⁶⁵⁰, en DX Solutions¹⁶⁵¹ laten zich evengoed in met IT-activiteiten zoals openbare WiFi, dataverzameling en digitale transformatie, waardoor de intercommunale en het privaat bedrijf effectief met elkaar in concurrentie treden. De technologiesector en de energiesector bewegen bovendien naar elkaar toe – iets dat blijkt uit bijvoorbeeld de doelstellingen die het 'multi-utility' netwerkbedrijf Fluvius vooropstelt. Fluvius bouwt en beheert de netwerken voor elektriciteit, gas, warmte, openbare verlichting, telecommunicatie en riolering in alle 300 Vlaamse steden en gemeenten. Naast deze eerder traditionele nutsactiviteiten, is Fluvius recent een pilootproject gestart waarbij wordt ingezet op fibertechnologie en de aanleg van een ondergronds glasvezelnetwerk omdat "een betrouwbaar, razendsnel en voordelig datanetwerk zou een basisvoorziening moeten zijn voor iedereen", aldus Fluvius.¹⁶⁵²

In de afvalsector is er eveneens (maar nog in mindere mate) sprake van een marktdynamiek waarin de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zijn

kerk. Nochtans heeft het een lange traditie; zelfs in het middeleeuwse Engeland werden gevangenissen uitgebaat met winst (...)", zie <https://www.standaard.be/cnt/g2veej1>.

¹⁶⁴⁸ Zo zet Ciral NV (een filiaal van CIPAL DV) in op de commercialisering voor niet-deelnemers van toepassingen en oplossingen die specifiek voor deelnemers werden ontwikkeld en anderzijds de aanwending van platformen, toepassingen en oplossingen initieel ontwikkeld en opgebouwd binnen de DV ten behoeve van de deelnemers, en het vermarkten ervan in nieuwe marktgebieden (en dus aan niet-deelnemers).

¹⁶⁴⁹ Zie de website van Citymesh: <https://citymesh.com/nl/>.

¹⁶⁵⁰ Zie de website van Qualifio: <https://qualifio.com/product/>.

¹⁶⁵¹ Zie de website van DX Solutions: <https://dx-solutions.be/>.

¹⁶⁵² Website Fluvius 'Waarom kiezen voor glasvezel?', <https://glasvezel.fluvius.be/waarom-kiezen-voor-glasvezel/>; zo ook Proximus – een NV van publiek recht waarin de Belgische Staat 53,51 % van de aandelen bezit, zie website Proximus, Aandeelhouderschap op 28 februari 2021, <https://www.proximus.com/nl/investors/shareholder-structure.html>; Website Proximus 'Maak van jouw huis een fiber huis', https://www.proximus.be/nl/id_cr_fiber/particulieren/r-orphans/fiber-tot-in-je-woning.html.

betrokken. Waar dit vroeger niet het geval was, bestaan er op heden naast de afvalintercommunales ook private afvalophaling- en afvalverwerkingsbedrijven.¹⁶⁵³ Uit gesprekken met zowel de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden als met private afvalbedrijven is gebleken dat er overlappende activiteiten zijn waardoor de activiteiten van de ene interfereren met de activiteiten van de ander. Waar de grens tussen bedrijfsafval en huishoudelijk afval onvoldoende is afgebakend, is het net op die grens dat er overlappende werkzaamheden opduiken.

Hierboven bleek reeds dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden vroeger de enige actor waren in de watersector, waarbij de hoge kosten verbonden aan de watervoorziening een verlieslatend karakter impliceerden.¹⁶⁵⁴ Ook in de watersector kan er op vandaag evenwel van een markt worden gesproken. In dat opzicht werd een intercommunale die kraantjeswater te koop aanbiedt en verkoopt in het verleden reeds als onderneming aangeduid (cf. het uitoefenen van een commerciële en industriële activiteit en het op duurzame wijze nastreven van een economisch doel).¹⁶⁵⁵

¹⁶⁵³ Bv. Renewi (vroeger 'van Gansewinkel'), een privaat *waste-to-product*bedrijf dat inzet op het verkrijgen van waarde uit afval; website Renewi: <https://www.renewi.com/nl-be/over-renewi>.

¹⁶⁵⁴ "*Bien que l'on manque de données circonstanciées dans ce domaine, l'aspect financier semble subordonnée à l'autonomie communale - fortement marquée dans ce domaine comme dans d'autres.*", in N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 160.

¹⁶⁵⁵ "*Geintimeerde betwist niet dat zij een verkoper is in de zin van artikel 1, eerste lid, 6° van de WHPC en een onderneming in de zin van artikel 2, 1° van de WMPC. Zij oefende en oefent nog steeds een commerciële en industriële activiteit uit en streeft op duurzame wijze een economisch doel na. Zij biedt producten te koop aan, namelijk kraantjeswater, en verkoopt deze, waardoor zij een omzet verwezenlijkt. Dat zij als intercommunale vereniging en publieke rechtspersoon een openbare dienst vervult en geen winstoogmerk nastreeft, doet hieraan geen afbreuk.*" in Brussel 5 februari 2013, *Jb.Markt*. 2013, (90) 103 e.v., overw. 7; zie ook de aangehaalde rechtspraak in G. STRAETMANS, "De sociale huisvesting en het ondernemingsbegrip uit het wetboek economisch recht" in B. HUBEAU en T. VANDROMME (eds.), *Twintig jaar Vlaamse Wooncode. Hoe sterk is porselein?*, Brugge, die Keure, 2017, (201) 222; G. STRAETMANS, "Onderneming, vrij beroep en consument" in R. STEENNOT en G. STRAETMANS (eds.), *Wetboek Economisch Recht en de bescherming van de consument*, Mortsel, Intersentia, 2015, (1) 26-27; G. STRAETMANS, "Consumentenbescherming en marktpraktijken in het wetboek van economisch recht", *TPR* 2015, afl. 3, (1316) 1341-1342.

Dit is net zo bij intercommunales die voorzien in de verdeling van gas en elektriciteit. Hierboven werd al gewezen op de liberalisering die de energiesector heeft doorgemaakt. Ook specifiek t.a.v. intergemeentelijke samenwerkingsverbanden oordeelde de rechter reeds dat ze optreden op "*de Belgische markt van netdistributeurs*".¹⁶⁵⁶

Bepaalde specifieke activiteitensectoren zijn dan weer aan een aantal maatschappelijke en commerciële tendensen onderhevig, zo ook de uitvaartsector. Op grond van artikel 1, tweede lid van de wet van 20 juli 1971 op de begraafplaatsen en de lijkbezorging, kan enkel een gemeente of een vereniging van gemeenten een crematorium oprichten en beheren. Hoewel de crematoria beperkt zijn tot (inter-)gemeentelijke entiteiten, zou de private uitvaartsector zijn activiteiten ook in die mate willen ontplooiën.¹⁶⁵⁷ De mogelijke opbrengsten van dergelijke activiteit kunnen die private interesse verklaren. Als we een blik over de grenzen werpen, is de crematie in andere landen vaak reeds geprivatiseerd. Nu worden er echter ook op Vlaams niveau stappen gezet ter privatisering van de crematie-activiteit: "*Het decreet op de begraafplaatsen en de lijkbezorging en het decreet Lokaal Bestuur passen we aan zodat ook private actoren het initiatief kunnen nemen tot de oprichting en het beheer van een crematorium, binnen een duidelijk toezichtskader van de Vlaamse overheid (bv. op het vlak van ethiek, milieunormen, ...)*".¹⁶⁵⁸

¹⁶⁵⁶ Antwerpen (5e k.) 19 april 2012, *MER* 2014, afl. 2, (132) 132-133, overw. 5: "[*Het intergemeentelijk samenwerkingsverband*] *Inter-Energa* betwist een onderneming te zijn zoals bedoeld in de *WMPC*. Anders dan *Inter-Energa* meent, moet de aansluiting van de nutsleidingen van particulieren op het distributienetwerk wel worden aangezien voor een economische activiteit. Op de Belgische markt van netdistributeurs zijn verschillende ondernemingen actief, ook die niet voor een overheidsdienst kunnen worden aangezien. De verdeling van gas en elektriciteit is geen activiteit die specifiek door overheidsondernemingen moet worden uitgeoefend. De rechtsvorm van *Inter-Energa* is niet relevant. (...) *Inter-Energa* streeft op duurzame wijze een economisch doel na en moet aangezien worden voor een onderneming in de zin van de *WMPC*." (eigen onderlijning).

¹⁶⁵⁷ Dit blijkt uit gesprekken met, enerzijds, intergemeentelijke crematoria en, anderzijds, private ondernemingen werkzaam in de uitvaartsector (bv. *Sereni NV*).

¹⁶⁵⁸ Regeringsverklaring van de Vlaamse Regering, *Parl.St.* VI.Parl. 2019-20, nr. 31/1, 191; zie ook Conceptnota voor nieuwe regelgeving betreffende de verdere actualisering van de regelgeving met betrekking tot de begraafplaatsen en de lijkbezorging, *Parl.St.* VI.Parl. 2018-19, nr. 1697/1.

In de andere sectoren waarin intercommunales actief zijn, is er ook mogelijk sprake van optreden op een markt en concurrentie. Zonder er in detail op in te gaan, kan worden verwezen naar de zorgsector¹⁶⁵⁹, de sector van de economische ontwikkeling¹⁶⁶⁰, de financieringsactiviteit, ... Het verder uitwerken van deze sectoren en bijhorende markten zou de opzet van dit proefschrift echter te buiten gaan.

BUCH stelde al in 1967 dat "[d]eze activiteiten (...) ons binnen[leiden] in een nieuw gebied: economische activiteiten. (...) Sedert lang wordt geredetwist over de vraag in welke mate de gemeenten handelsdaden kunnen stellen: algemeen wordt aangenomen dat een gemeente geen handel mag uitbaten tenzij – en dit correctief is belangrijk – het privé-initiatief in gebreke of niet bij machte is op te treden. (...) Ondertussen is een ruimere opvatting over de taak der ondergeschikte overheden op economisch gebied ontstaan. Zij kwam nog in grotere mate tot uiting in een wetsontwerp (...)." ¹⁶⁶¹ Het specialiteitsbeginsel ten aanzien van publiekrechtelijke rechtspersonen moet op vandaag blijkbaar in ieder geval ruim worden opgevat.¹⁶⁶² De overheid kan op verschillende manieren ingrijpen in het economisch leven, er is sprake van een stijgend economisch overheidsinterventionisme. Publieke ondernemingen – waaronder bepaalde intercommunales – begeven zich steeds vaker als een met private bedrijven concurrerende speler op de markt.¹⁶⁶³ QUERTAINMONT vat samen dat dit een vervlechting van de publieke en private sector teweegbrengt: "*Mais par ailleurs, cette intervention de plus en plus large du secteur public sur le marché a donné naissance à une situation nouvelle, caractérisée par une certaine interpénétration du secteur public et du secteur privé, autrefois imperméables l'un à l'autre. La*

¹⁶⁵⁹ In het Vlaamse Gewest is er op vandaag slechts nog zorginstelling in een intergemeentelijke samenwerkingsvorm actief (nl. VitaS). Ziekenhuizen, woonzorgcentra, en andere zorginstellingen zijn vaker op intergemeentelijke wijze vormgegeven in het Waalse (en het Brussels Hoofdstedelijk) Gewest.

¹⁶⁶⁰ Cf. het verkopen van industriegronden; zie hieromtrent M. VAN DER STICHELE, "Intercommunale samenwerking en economische ontwikkeling", *De Gem.* 1966, afl. 182, 404-412.

¹⁶⁶¹ H. BUCH, "Algemeen belang en plaatselijke macht", *TBP* 1967, afl. 6, (358) 363.

¹⁶⁶² P. DE BANDT en M. VANDERHELST, *L'intervention publique dans la sphère économique*, Brussel, Larcier, 2013, 69.

¹⁶⁶³ P. QUERTAINMONT, "Le concurrence du secteur public aux entreprises privées", *APM* 1982, afl. 2-3, (119) 121.

prolifération des établissements publics à caractère industriel ou commercial, sorte d'intermédiaires entre le service public et l'entreprise privée, a en effet mis en évidence le fait qu'il n'existe pas de différence radicale entre la gestion publique et la gestion privée." (eigen onderlijning).¹⁶⁶⁴ Ook VAN GERVEN wijst op het feit dat *"l'intervention du secteur public dans l'activité économique progresse continuellement. (...) L'importance croissante de l'activité économique du secteur public a pour effet naturel de réduire dans la pratique la différence entre le statut juridique des entreprises publiques et celui des entreprises privées."* (zie ook over de toenadering tussen publiek- en privaatrecht *supra* nr. 101).¹⁶⁶⁵

Dat de overheid commerciële handelingen kan stellen, ging volgens QUERTAINMONT in 1982 nog niet zover dat de overheid bij het verwezenlijken van haar taak van algemeen belang *winst* mocht nastreven (zie ook *supra* 3.2.2. C).¹⁶⁶⁶ Zoals hierboven al werd meegegeven, blijkt dit standpunt niet langer houdbaar te zijn. Overheidsinstanties stellen vaak een winstogmerk voorop bij activiteiten die nauwelijks of niet meer aansluiten bij hun taak van algemeen belang maar daarentegen een 'particulier' belang beogen.¹⁶⁶⁷ Bepaalde wetgeving laat overheidsinstanties zelfs uitdrukkelijk toe om commerciële, financiële of industriële activiteiten en verrichtingen te stellen¹⁶⁶⁸, waaruit die gewijzigde *mindset* duidelijk blijkt.¹⁶⁶⁹ *"Sans doute est-il dès lors plus exact de dire que la*

¹⁶⁶⁴ P. QUERTAINMONT, "Le concurrence du secteur public aux entreprises privées", *APM* 1982, afl. 2-3, (119) 120.

¹⁶⁶⁵ W. VAN GERVEN, "Égalité des entreprises privées et publiques devant la loi belge", *JT* 1979, afl. 5078, (241) 243.

¹⁶⁶⁶ P. QUERTAINMONT, "Le concurrence du secteur public aux entreprises privées", *APM* 1982, afl. 2-3, (119) 134.

¹⁶⁶⁷ *"De uitbreiding van het overheidsoptreden heeft dit fragiele onderscheid tussen algemeen en particulier belang verder uitgehold. Algemeen en particulier belang staan minder dan ooit als strikt gescheiden tegenover elkaar. Het betreft veeleer aanvullende dan tegengestelde begrippen."*, in F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 53.

¹⁶⁶⁸ Zie bv. de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *BS* 27 maart 1991.

¹⁶⁶⁹ *"Er is inderdaad geen enkele reden om het actieterrein van de overheidsbedrijven te beperken tot enkel die diensten waarvoor de privé-bedrijven niet het initiatief zouden nemen bij gebreke van voldoende winstperspectieven: de toegelaten activiteiten van de overheidsbedrijven dermate beperken komt er op neer dat men ze een inkomensderving doet ondergaan zodat men bijgevolg de staat bezwaart met een bijkomende financiële last. Bovendien zou het op het technische en economische vlak*

personne morale de droit public doit en principe accomplir une mission de service public. On peut en revanche partager l'opinion de la Cour constitutionnelle lorsqu'elle précise qu'une entité de droit public doit toujours veiller à poursuivre la satisfaction de l'intérêt général, et ce, ajouterons-nous, qu'elle agisse ou non dans le cadre de ses missions de service public." (eigen onderlijning), aldus GOFFAUX.¹⁶⁷⁰

300. De cijfers – Waar dit een eeuw geleden duidelijk niet het geval was, zien we tegenwoordig dat bepaalde intercommunales marktspelers zijn geworden. Indien ze niet monopolistisch te werk gaan, laten ze zich daarbij vaak in met activiteiten die ook door private bedrijven worden uitgevoerd en treden ze bijgevolg in concurrentie met die private entiteiten. Een exhaustieve lijst van alle intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die in België actief zijn, bestaat er spijtig genoeg niet.¹⁶⁷¹ Cijfergegevens laten ons wel toe om een inschatting te maken van de mate waarin intergemeentelijke samenwerkingsverbanden marktspelers zijn geworden. De plaats van de intercommunale op de markt – en bijkomend ook de aantallen en bedragen – zijn daarbij duidelijk sectorafhankelijk.

De intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die actief zijn in de energiesector, de watersector, de medisch-sociale sector, de afvalsector, de milieusector, en de intercommunales die inzetten op economische ontwikkeling of

absurd zijn om produktiefactoren die eveneens in de concurrentiële sector kunnen worden gevaloriseerd, uitsluitend te gebruiken voor de opdrachten van openbare dienst. Welnu, in het huidige reglementaire kader verhinderen de administratieve en andere beperkingen die op de overheidsbedrijven wegen deze om ten volle hun potentieel te valoriseren, terwijl hun omgeving meer en meer een zo groot mogelijke soepelheid van beheer eist." (eigen onderlijning), in MvT bij het wetsontwerp betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *Parl.St.* Kamer 1989-90, nr. 1287/1, 3.

¹⁶⁷⁰ P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, Brussel, Bruylant, 2015, 453 e.v.

¹⁶⁷¹ Uit gesprekken met het Agentschap Binnenlands Bestuur (hierna: ABB) blijkt dat er in België een 250-tal geïnstitutionaliseerde intergemeentelijke samenwerkingsverbanden bestaan. Zie voor een grafische voorstelling van het aantal intercommunales tot aan 2012: N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 269; in 2015 waren er 271 intercommunales actief, zie C. GOETHALS, "La physionomie des intercommunales en Belgique", *Les @nalyses du CRISP en ligne*, 14 maart 2017, www.crisp.be, 6; E. BOON, "Status en rechtsvorm van de intercommunale en supercommunale nutsbedrijven, met inbegrip van de status van het personeel", *TBP* 1961, afl. 3-4, (197) 211; P. DE BRUYCKER, "La coopération intercommunale en Belgique", *Annuaire des collectivités locales* 2000, afl. 20, (166) 168 e.v.

rusthuizen, zijn samen goed voor méér dan 90% van de geglobaliseerde werkgelegenheid en het balanstotaal van alle intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in België.¹⁶⁷² Tegelijkertijd maken de 10% grootste intercommunales in België – dit zijn dan voornamelijk energie- en waterintercommunales – méér dan 75% uit van het balanstotaal van *alle* intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.¹⁶⁷³ Volgens GOETHALS zijn "[/]es services publics marchands organisés en réseaux (eau, énergie, télécommunications...)(...) en effet souvent des entreprises de grande taille."¹⁶⁷⁴ Als we dit alles vervolgens uitdrukken in bedragen, wordt al snel duidelijk dat intergemeentelijke samenwerking een *miljardenbusiness* representeert. In 2015 bedroeg de omzet van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden 10 499 060 430 euro, of dus net geen 10,5 miljard euro.¹⁶⁷⁵ Financieel gezien, hadden de Vlaamse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (inclusief de hoofdzakelijk in het Vlaamse Gewest opererende gewestgrensoverschrijdende intercommunales) in 2017 een gezamenlijk balanstotaal van rond de 21 miljard euro.¹⁶⁷⁶ Het is duidelijk dat de intercommunales op vandaag inderdaad een indrukwekkend gewicht zijn gaan innemen in het Belgisch economisch leven.¹⁶⁷⁷ De overheid – en in het bijzonder (bepaalde) intercommunales – gingen zich mettertijd meer en meer als economische speler gedragen.¹⁶⁷⁸ Volgens ROSSIGNOL heeft "[/]élargissement de leur terrain d'action (...) nécessairement pour conséquence que certaines intercommunales méritent très certainement le

¹⁶⁷² C. GOETHALS, "La physionomie des intercommunales en Belgique", Les @nalyses du CRISP en ligne, 14 maart 2017, www.crisp.be, 8.

¹⁶⁷³ C. GOETHALS, "La physionomie des intercommunales en Belgique", Les @nalyses du CRISP en ligne, 14 maart 2017, www.crisp.be, 7.

¹⁶⁷⁴ C. GOETHALS, "La physionomie des intercommunales en Belgique", Les @nalyses du CRISP en ligne, 14 maart 2017, www.crisp.be, 7.

¹⁶⁷⁵ Zie de gegevens verzameld door CRISP, zoals opgenomen in X., "A quoi servent les intercommunales en Belgique? Réponse en 6 temps", *La Libre Belgique*, 27 januari 2017; zie voor financiële gegevens over de intercommunales tot aan 2003: X., "De Vlaamse dienstverlenende en opdrachthoudende intergemeentelijke verenigingen in cijfers (1987-2002)", Administratie Binnenlandse Aangelegenheden, online te raadplegen op <https://www.vlaanderen.be/publicaties/de-vlaamse-dienstverlenende-en-opdrachthoudende-intergemeentelijke-verenigingen-in-cijfers-1987-2002>.

¹⁶⁷⁶ X., "De financiën van de Vlaamse lokale besturen 2007-2018. Een algemeen overzicht", *Agentschap Binnenlands Bestuur*, 2019, online te raadplegen op <https://www.vlaanderen.be/publicaties/de-financien-van-de-vlaamse-lokale-besturen-2007-2018-een-algemeen-overzicht>.

¹⁶⁷⁷ F. DEHOUSSE, "Un nœud de vipères constitutionnel: le statut des intercommunales et la Cour d'arbitrage", *JT* 1985, afl. 5354, (617) 618.

¹⁶⁷⁸ D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen*, Gent, Larcier, 2016, 100.

qualificatif d'opérateur économique, conjointement voire en concurrence avec le secteur privé."¹⁶⁷⁹ Ook VAN GERVEN stelt dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden "*vaak als werkelijke economische spelers [handelen] die in de eerste plaats winst nastreven. (...) Deze overheidsgroepen zijn belangrijke economische spelers en investeerders geworden, die actief worden gesteund door de overheden die hun aandeelhouders zijn.*" (eigen onderlijning).¹⁶⁸⁰

301. Opdeling in taakgroepen en categorisering – Zoals *supra* reeds gesteld, voorziet de organieke regelgever zelf niet in een onderscheiden regeling naargelang de activiteit die het intergemeentelijk samenwerkingsverband nastreeft – met uitzondering van de Vlaamse bepaling omtrent private deelname in de energie- en afvalsector.

Buiten de organieke regelgeving om zijn de intercommunales daarentegen al op verschillende manieren gecategoriseerd naargelang hun doelstellingen en activiteiten. In zijn advies bij het DIS maakte de SERV bij het analyseren van de taakomschrijving een interessante opdeling van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in drie grote taakgroepen naargelang de doelstelling: *ten eerste*, intercommunales die instellingen beheren en administratieve of logistieke ondersteuning leveren – zoals zwembaden en sporthallen, *ten tweede*, intercommunales met een actiegerichte opdracht op bepaalde gemeentelijke beleidsdomeinen – zoals streekontwikkeling en, *ten derde*, intercommunales met consumentgerichte handelsproducten – zoals gas en elektriciteit.¹⁶⁸¹ LEUS en DEBIÈVRE maken een categorisering op basis van de aard van de aangeboden goederen en diensten en de rendabiliteit: "*Er zijn intercommunales die goederen en diensten aanbieden die in de handel zijn en die actief zijn op een concurrentiële markt, bijvoorbeeld in de energiesector, maar er zijn ook intercommunales die publieke goederen en diensten aanbieden, bijvoorbeeld in de sector van de economische ontwikkeling. Een derde soort intercommunales levert gemengde*

¹⁶⁷⁹ K. ROSSIGNOL, "L'exemption d'impôt des intercommunales va-t-elle définitivement disparaître du paysage fiscal?", *RFRL* 2017, afl. 3, (256) 256.

¹⁶⁸⁰ D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen*, Gent, Larcier, 2016, 94-95.

¹⁶⁸¹ Advies over de intergemeentelijke samenwerking van de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen (SERV), *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 112.

diensten en goederen, bijvoorbeeld in de medisch-sociale sector. Daarnaast maken sommige intercommunales aanzienlijke winsten, terwijl anderen hun diensten leveren aan kostprijs. Bovendien leveren sommigen aan eindgebruikers en staan anderen in voor een intermediaire dienstverlening. Tenslotte is er het klassieke, eerder juridische onderscheid tussen de zuivere en gemengde intercommunales." (eigen onderlijning).¹⁶⁸² Ook volgens SURDIACOURT is het mogelijk om verschillende categorieën van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden te onderscheiden naargelang hun activiteiten: "*Il est ainsi possible de distinguer plusieurs catégories d'intercommunales: certaines assumant des services vitaux pour les populations, d'autres, améliorant les conditions de vie des habitants mais dont la disparition n'engendrerait pas de problèmes sociétaux, et, enfin, les dernières facilitant le fonctionnement des communes en tant qu'administrations.*"¹⁶⁸³ DE CLERCK onderscheidt de intercommunales die economische gemeentelijke belangen nastreven van 'gewone' intercommunales door die eerste de term 'rendabele' intercommunales te geven.¹⁶⁸⁴ MAES maakt dan weer een categorisering naargelang de mate waarin de activiteiten zijn bepaald, door een onderscheid te maken tussen, *enerzijds*, activiteiten die bij de oprichting van de intercommunale nauwkeurig gekend zijn en, *anderzijds*, de ruim omschreven activiteiten – zoals die van de streekontwikkelingsintercommunales – waarbij niet *a priori* met zekerheid kan worden opgelijst welke concrete werkzaamheden de intercommunale zal ontplooiën.¹⁶⁸⁵ BONTINCK destilleert ten slotte eveneens drie soorten

¹⁶⁸² K. LEUS en J. DEBIÈVRE, "De gemeente en de publiek-private samenwerking" in S. VANSTEENKISTE en L. VENY (eds.), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, (61) 131-132.

¹⁶⁸³ SURDIACOURT onderscheidt met andere woorden 1) intercommunales die 'vitale diensten' aan de bevolking aanbieden, 2) diegene die de levensomstandigheden van de inwoners verbeteren maar waarvan hun verdwijning geen maatschappelijke problemen zou veroorzaken, en 3) intercommunales die de gemeenten op administratieve wijze bijstaan, zie N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 22-23.

¹⁶⁸⁴ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 163.

¹⁶⁸⁵ R. MAES, "Doeleinden" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (299) 302-303; zie ook *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin*, Parl.St. W.Parl. 2016-17, nr. 861/1, 32: "*Si la plupart des intercommunales ont des objets déterminés, certaines, singulièrement celles actives dans le domaine du développement économique ont un objet social rédigé très largement qui leur permet parfois de prendre*

intergemeentelijke activiteiten en koppelt hier verschillende mededingingsrechtelijke gevolgen aan. Hij onderscheidt 1) de intergemeentelijke diensten van algemeen belang, 2) de diensten van algemeen economisch belang, en 3) de zuiver economische activiteiten.¹⁶⁸⁶

302. Gevolgen: functioneel gedifferentieerde behandeling – Waar het organiek kader zo goed als geen verschillende regeling naargelang de doelstelling en activiteit bevat (*cf. one size fits all*), hanteren andere rechtstakken wel een functionele gedifferentieerde benadering bij de invulling van hun personeel toepassingsgebied. De veranderde economische rol kan dus belangrijke juridische gevolgen teweegbrengen voor bepaalde samenwerkingsverbanden. Het feit dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden commerciële, industriële of economische activiteiten (in concurrentie) uitvoeren, zorgt in tal van rechtstakken immers voor een zodanige kwalificatie van de intercommunale dat zij in principe onder het toepassingsgebied van regelgeving valt – met de nodige gevolgen van dien.

1) Functionele benadering in het mededingingsrecht

Hierboven werd ter illustratie van de pluriformiteit van het ondernemingsbegrip onder nr. XX-XX al uiteengezet dat het toepassingsgebied van het mededingingsrecht een functionele invulling krijgt. Zonder in herhaling te willen vallen, voorziet het WER onder invloed van het Europees mededingingsrecht in voorschriften die in het bijzonder relevant zijn als een overheidsinstantie economische activiteiten ontwikkelt. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is elke eenheid die een economische activiteit uitoefent een onderneming, en dit ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.¹⁶⁸⁷ Er

'toute initiative en rapport direct et indirect (...) avec le développement économique de la région sur tous ces aspects.' (eigen onderlijning).

¹⁶⁸⁶ T. BONTINCK, "Les intercommunales à l'épreuve du droit de la concurrence: des constats et des défis" in X., *Liber amicorum Maurice Eloy*, Limal, Anthemis, 2014, (27) 27-28.

¹⁶⁸⁷ HvJ 23 april 1991, nr. C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, Höfner en Elser, overw. 21; HvJ 12 september 2000, nr. C-180/98-C-84/98, ECLI:EU:C:2000:428, Pavel Pavlov e.a. t. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, overw. 74; HvJ 10 januari 2006, nr. C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, Ministero dell'Economia e delle Finanze t. Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a., overw. 107; HvJ 17 februari 1993, nr. C-159/91 en C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63, Poucet en Pistre, overw. 17; HvJ 16 november 1995, nr.

is met andere woorden sprake van een functionele invulling die enkel rekening houdt met de *activiteit* die de entiteit uitvoert.¹⁶⁸⁸ Gelet op bepaalde activiteiten van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die een economisch gemeentelijk belang nastreven – activiteiten waardoor zij in concurrentie treden met andere marktspelers – zullen deze in principe aan de toepassing van het mededingingsrecht en aan de regels inzake staatssteun zijn onderworpen.¹⁶⁸⁹

Er zou kunnen worden beargumenteerd dat bepaalde intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (bv. crematoria) belast zijn met het beheer van *diensten van algemeen economisch belang* (DAEB's) waardoor deze slechts onder de mededingingsregels vallen als de toepassing van die regels de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.¹⁶⁹⁰ Gelet op het feit dat DAEB's economische activiteiten zijn die het *algemeen belang* dienen en die de markt, zonder het overheidsoptreden, anders *niet* (of *niet onder dezelfde voorwaarden* inzake kwaliteit, veiligheid, betaalbaarheid, gelijke behandeling of algemene toegang) had verricht¹⁶⁹¹, zullen heel wat intergemeentelijke activiteiten echter niet als DAEB kunnen worden begrepen waardoor bepaalde intercommunales wel degelijk aan het mededingingsrecht zijn

C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392, Fédération française des sociétés d'assurance e.a., overw. 14; HvJ 21 september 1999, nr. C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, Albany, overw. 77; HvJ 21 september 1999, nr. C-115/97 tot C-117/97, ECLI:EU:C:1999:434, Brentjens, overw. 77; HvJ 16 maart 2004, nr. C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, ECLI:EU:C:2004:150, AOK Bundesverband e.a., overw. 46.

¹⁶⁸⁸ W. SAUTER en H. SCHEPEL, *State and Market in European Union Law: The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 77.

¹⁶⁸⁹ "Onderneming moet eveneens ruim worden geïnterpreteerd. Niet enkel 'handelaars' in de zin van artikel 1 Wetboek van Koophandel vallen eronder, maar elke zelfstandige entiteit die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft. De Europese Commissie heeft onder meer artikel 101 VWEU van toepassing geacht op een zelfstandige uitvinder, op vrije beroepen, op publiekrechtelijke organismen en op kunstenaars (...)." (eigen onderlijning) in G.L. BALLON, V. COLAERT, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, *Inleiding tot het economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 565. Dit citaat dient onmiddellijk te worden genuanceerd aangezien het 'handelaarsbegrip' op heden niet langer wordt gehanteerd, maar is vervangen door het 'ondernemingsbegrip'.

¹⁶⁹⁰ "Op die manier heeft de Europese wetgever getracht de doelstellingen van een concurrerende interne markt te verzoenen met de verwezenlijking van DAEB's.", aldus ROSSIGNOL in K. ROSSIGNOL, *De (on)belastbaarheid van de overheid*, Brugge, die Keure, 2016, 45.

¹⁶⁹¹ Med.Comm. aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – een kwaliteitskader voor diensten van algemeen belang in Europa, 20 december 2011, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:52011DC0900>, 2-3.

onderworpen. BONTINCK formuleert het als volgt: "*[Les intercommunales] doivent, dans 'l'intérêt général, cultiver et défendre leur rôle d'utilité publique, de service public, tout en acceptant que certaines activités économiques auxquelles elles se livrent impliquent des contraintes dont celle de se conformer, comme toute autre entreprise publique ou privée, au droit de la concurrence. Cette prise de conscience passe par la sensibilisation des dirigeants et des représentants de ces entités, à l'acquisition de ce qui peut être qualifié de 'réflexe concurrence'.*" (eigen onderlijning).¹⁶⁹²

2) Functionele benadering in het overheidsopdrachtenrecht

Om een Europese interne markt te realiseren, werden er vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw Europese richtlijnen en regelgeving aangenomen waarbij het streven naar vrije mededinging bij het gunnen van overheidsopdrachten voorop stond.¹⁶⁹³ Het aanbestedingsrecht is ten aanzien van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op drie vlakken van belang: *ten eerste* zal een intergemeentelijk samenwerkingsverband soms willen meedingen aan een overheidsopdracht. *Ten tweede* is er de situatie waarin het intergemeentelijk samenwerkingsverband zelf beroep doet op derden. *Ten derde* is er het belang van het overheidsopdrachtenrecht bij het toevertrouwen van doelstellingen en activiteiten aan en de oprichting van een intercommunale door gemeenten.

Wat de *eerste kwestie* betreft, nl. de situatie waarin een intergemeentelijk samenwerkingsverband *zelf* wil deelnemen aan een overheidsopdracht, kan er worden verwezen naar de eerdere uiteenzetting van het polymorfe ondernemingsbegrip (*supra* nr. 179 e.v.). Samengevat werd daar al aangegeven

¹⁶⁹² T. BONTINCK, "Les intercommunales à l'épreuve du droit de la concurrence: des constats et des défis" in X., *Liber amicorum Maurice Eloy*, Limal, Anthemis, 2014, (27) 45; ook andere correcties op de vrije mededinging zijn mogelijk interessant in het kader van dit onderzoek. Zo zijn de universele dienstverplichtingen en het markttoezicht door regulatoren mogelijke oplossingen voor de spanning die ontstaat door het tegelijk nastreven van het algemeen belang en het stellen van economische activiteiten, zie S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 11.

¹⁶⁹³ Voor een korte uiteenzetting van de geschiedenis van het Belgisch en Europees overheidsopdrachtenrecht, zie K. WAUTERS, "Overheidsopdrachten" in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2013, (223) 223-224.

dat artikel 2, 10° van de wet overheidsopdrachten een 'ondernemer' definieert als elke natuurlijke persoon, elke privaot- of publiekrechtelijke rechtspersoon of elke combinatie van deze personen, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverbanden van ondernemingen, die *werken, een werk in de zin van de bepaling onder 19°, leveringen of diensten op de markt aanbiedt*. Het Hof van Justitie verduidelijkte reeds dat het begrip 'ondernemer die diensten op de markt aanbiedt' niet is beperkt tot enkel die marktdeelnemers die als onderneming zijn georganiseerd, en dat er evenmin bepaalde voorwaarden zijn opgelegd die de toegang tot aanbestedingsprocedures kunnen beperken op grond van de rechtsvorm en de interne organisatie van de marktdeelnemers.¹⁶⁹⁴ Ook 'publiekrechtelijke instellingen' hebben de mogelijkheid om deel te nemen als inschrijver op een overheidsopdracht.¹⁶⁹⁵ De Raad van State bevestigde recent in zijn rechtspraak – middels verwijzing naar het arrest *CoNISM*a van het Hof van Justitie – dat een intergemeentelijke vereniging mag deelnemen aan een overheidsopdracht.¹⁶⁹⁶

Wat de *tweede kwestie* betreft, nl. het toevertrouwen van taken door het intergemeentelijk samenwerkingsverband aan derden (ev. aan een filiaal), houdt het overheidsopdrachtenrecht rekening met de *activiteiten* van 'aanbestedende overheden' om het toepassingsgebied af te bakenen. In artikel 2, 1°, c) van de wet overheidsopdrachten worden de publiekrechtelijke instellingen die, ongeacht hun vorm en aard, (i) opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, en (ii) rechtspersoonlijkheid hebben, en (iii) afhangen van de Staat, de Gewesten, de Gemeenschappen, de lokale overheidsinstanties of andere instellingen of personen, vermeld. Enkel die intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die geen industriële of commerciële activiteiten van algemeen belang beogen, zijn bijgevolg aanbestedende overheden in de zin van de overheidsopdrachtenwet en

¹⁶⁹⁴ HvJ 23 december 2009, nr. C-305/08, ECLI:EU:C:2009:807, *CoNISM*a, overw. 35.

¹⁶⁹⁵ HvJ 23 december 2009, nr. C-305/08, ECLI:EU:C:2009:807, *CoNISM*a, overw. 29.

¹⁶⁹⁶ RvS 9 mei 2019, nr. 244.455, BVBA Willer en NV ABOG, overw. 9.2.3; zie bij dit arrest M. DECOCK, "Intercommunales hebben 'geen handelskarakter': naar een uitholling van dit begrip", *T.Gem.* 2020, afl. 1, 34-49; zie ook RvS 10 februari 2009, nr. 190.341, NV Van Gansewinkel, overw. 12; zie ook RvS 7 maart 2017, nr. 237.577, NV Sita Treatment & Recycling, overw. 5.2.4.

zullen onderworpen zijn aan de wettelijke bepalingen indien zij werken willen laten uitvoeren, producten willen laten leveren, of een beroep willen doen op dienstverlening. Enkel dan zal de intercommunale via een overheidsopdracht beroep moeten doen op een derde. Er is dus sprake van een functionele benadering, nl. een onderscheid naargelang de (economische) activiteit van de publiekrechtelijke instelling: "*Essentially, this means that the Court defined the relevant market by looking at content and effect rather than by reference to form and abstract legal principles.*" (eigen onderlijning).¹⁶⁹⁷ Volgens WAUTERS is "[d]e functionele interpretatie (...) dus ruimer dan de organieke."¹⁶⁹⁸

De derde kwestie betreft het *gemeentelijk* handelen en niet het *intergemeentelijk* handelen waardoor het minder van belang is voor dit onderzoek. Vermeldenswaardig is wel dat in 1922 t.a.v. de oprichting van en het toevertrouwen van taken (*in casu* spoorwegen) door gemeenten aan een intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, reeds de bedenking werd gemaakt dat het aangewezen zou zijn dat gemeenten daarbij beroep doen op een aanbestedingsprocedure: "*L'adjudication publique et la concurrence éventuelle qui en résulte, ce sont là, dira-t-on, de précieux avantages. N'est-il pas regrettable qu'une simple autorisation gouvernementale, accordée à une association de communes, puisse dépouiller le public d'une garantie aussi essentielle?*" (...) (eigen onderlijning).¹⁶⁹⁹

Op vandaag zullen de bepalingen in het overheidsopdrachtenrecht *geen* toepassing vinden indien gemeenten doelstellingen van gemeentelijk belang willen toevertrouwen aan een intergemeentelijk samenwerkingsverband indien er

¹⁶⁹⁷ Zoals aangehaald in K. WAUTERS, "Overheidsopdrachten" in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2013, (223) 225; zie ook M. DECOCK, "Hof van Justitie verfijnt begrip 'aanbestedende dienst' wederom: een op de concurrerende markt optredende en privaatrechtelijk vormgegeven dochteronderneming van een aanbestedende dienst is niet ipso facto een aanbestedende dienst" (noot onder HvJ 5 oktober 2017, zaak nr. C-567/15, ECLI:EU:C:2017:736, LitSpecMet UAB), *TBP* 2019, afl. 2, (66) 66.

¹⁶⁹⁸ K. WAUTERS, "Overheidsopdrachten" in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2013, (223) 225.

¹⁶⁹⁹ X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 206.

cumulatief is voldaan aan de drie voorwaarden die de *in house*-exceptie vooropstelt¹⁷⁰⁰:

- a) de aanbestedende dienst oefent op die rechtspersoon toezicht uit zoals op zijn eigen diensten;
- b) meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersoon, en
- c) er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van geen controle of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale regelgeving, in overeenstemming met de verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.¹⁷⁰¹

Indien het intergemeentelijk samenwerkingsverband private partners heeft, zal de gemeente geen controle kunnen uitoefenen zoals op zijn eigen diensten waardoor de *in house*-exceptie niet zal spelen.¹⁷⁰² De intercommunale zal moeten deelnemen aan de uitgeschreven overheidsopdracht.¹⁷⁰³

¹⁷⁰⁰ Zie ook omtrent de investering door gemeenten en de rechtspraak van het Hof van Justitie (o.a. Teckal, Parking Brixen, Carbotermo, Asemfo, Coditel, enz.): H.N. S'JACOB, "Investering door de gemeente", *Gst.* 2009, afl. 54; R. DE GREEF, "(Verticale) Publiek-publieke samenwerking", *Gst.* 2014, afl. 108.

¹⁷⁰¹ Art. 30 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, *BS* 14 juli 2016; zie ook N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 127-134 voor een overzicht van de rechtspraak en de theorie omtrent de *in house*-theorie. Voor rechtspraak over 'the *in house character*', zie onder meer HvJ 21 juli 2005, nr. C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487, Coname; HvJ 10 september 2009, nr. C-573/07, ECLI:EU:C:2009:532, Sea Srl; K. WAUTERS, *Cooperative Agreements between Public Authorities*, Mortsel, Intersentia, 2015, 219.

¹⁷⁰² M. DECOCK en S. VAN GARSSE, "Intergemeentelijke samenwerking" in S. HENNAU, S. KEUNEN en S. VAN GARSSE (eds.), *Het Decreet lokaal bestuur*, Brugge, Vanden Broele, 2018, 240.

¹⁷⁰³ K. WAUTERS, "Overheidsopdrachten" in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2013, (223) 246; zie ook onder meer G. LAENEN, "Aanbesteding, investering, verzelfstandiging en PPS: de strenge hand van Europa en de gevolgen voor de (lokale) besturen. Een overzicht.", *CDPK* 2006, afl. 3, 583-622; B. SCHUTYSER en K. MICLOTTE, "De rechtspraak inzake in houseopdrachten: nog eens over verzelfstandigings- en

Belangrijk t.a.v. de intercommunales is nog dat als er sprake is van *beheersoverdracht*¹⁷⁰⁴ – zoals dit onder meer het geval is bij de Vlaamse opdrachthoudende vereniging – het overheidsopdrachtenrecht in ieder geval geen toepassing zal vinden en de doelstellingen van gemeentelijk belang zonder meer kunnen worden toevertrouwd aan de intercommunale. Daarbij kan er worden gewezen op het principe van de exclusieve dienstverlening die de toepassing van het overheidsopdrachtenrecht eveneens verhindert en op de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie inzake de uitbesteding door de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.¹⁷⁰⁵

3) Functionele benadering in het fiscaal recht

Het fiscaal recht hanteert eveneens een functioneel onderscheid, deze keer naargelang het intergemeentelijk samenwerkingsverband al dan niet een commerciële activiteit in rechtstreekse concurrentie met de privésector uitoefent.¹⁷⁰⁶

samenwerkingsinitiatieven en de werking van het aanbestedingsrecht", *T.Gem.* 2013, afl. 2, 136-146.

¹⁷⁰⁴ Art. 398, §1, tweede lid DLB schrijft voor dat onder 'beheersoverdracht' moet worden verstaan: het toevertrouwen door de deelnemende gemeenten aan het samenwerkingsverband van de uitvoering van door hen genomen beslissingen in het kader van zijn doelstellingen, in die zin dat de deelnemende gemeenten zich het recht ontzeggen zelfstandig of samen met derden dezelfde opdracht uit te voeren.

¹⁷⁰⁵ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 9; HvJ 4 juni 2020, C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436, Remondis, overw. 40: "Artikel 12, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG moet aldus worden uitgelegd dat er geen sprake is van samenwerking tussen aanbestedende diensten wanneer een aanbestedende dienst die binnen zijn territoriale bevoegdheidsgebied verantwoordelijk is voor een taak van algemeen belang, deze krachtens het nationale recht uitsluitend op hem rustende taak die uit verschillende handelingen bestaat, niet geheel zelf uitvoert maar aan een andere aanbestedende dienst, die niet van hem afhangt en binnen zijn eigen territoriale bevoegdheidsgebied eveneens verantwoordelijk is voor deze taak van algemeen belang, opdracht verleent om tegen vergoeding een van de vereiste handelingen te verrichten."

¹⁷⁰⁶ GwH 1 juni 2017, nr. 66/2017, zie over dit arrest en over de functionele benadering van de intercommunale in het fiscaal recht: T. BONNE en M. DECOCK, "De belastingvrijstelling van intercommunales 2.0: de 'economische activiteit' als maatstaf?", *T.Gem.* 2019, afl. 2, 60-75; zie voor het belastingsregime – zowel federaal als gewestelijk – van de intercommunale in het algemeen, A.-L. DURVIAUX en I. GABRIEL, *Droit administratif – Tome 2*, Brussel, Larcier, 2012, 163 e.v.

Als illustratie kan het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 66/2017 van 1 juni 2017 worden genoemd. Het Hof oordeelt dat, in vergelijking met vroeger, de noodzakelijkheid van een algemene belastingvrijstelling (cf. fiscale voorkeursbehandeling) ten aanzien van de intercommunales die commerciële activiteiten uitoefenen in rechtstreekse concurrentie met de privésector, niet meer is aangetoond.¹⁷⁰⁷ Met concreet schendt de algemene belastingvrijstelling van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die is vervat in artikel 26 van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales de artikelen 10, 11 en 170 van de Grondwet. De verantwoording die de wetgever oorspronkelijk aan de belastingvrijstelling gaf, luidde in 1907 als volgt: "*De maatschappijen waarop dit wetsontwerp van toepassing is, worden opgericht met een doel van algemeen nut. Zij nemen op haar de taak eene gemeenteverplichting te vervullen; het schijnt dus gepast de vervulling dezer taak te vergemakkelijken door haar de fiscale voordeelen toe te kennen welke de gemeenten, welker plaats zij innemen, genieten.*" (eigen onderlijning).¹⁷⁰⁸ Het Grondwettelijk Hof lijkt het hier niet dus langer eens mee te zijn. Het Hof verduidelijkte evenwel niet wanneer er precies sprake is van een commerciële activiteit in rechtstreekse concurrentie met de privésector. Om hier invulling aan te geven, kan er eventueel inspiratie worden gezocht in het Europese mededingings- en staatssteunrecht en in het btw-recht.¹⁷⁰⁹

Samengevat worden intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die zich bezighouden met activiteiten op een concurrerende markt, fiscaalrechtelijk anders behandeld dan intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die zich *niet*

¹⁷⁰⁷ GwH 1 juni 2017, nr. 66/2017, overw. B.7.

¹⁷⁰⁸ MvT bij *le projet de loi relatif aux associations de communes et de particuliers pour l'établissement de services de distribution d'eau*, Parl.St. Kamer 1906-07, nr. 124, 15; "Ook het Grondwettelijk Hof heeft in zijn arresten nrs; 8/2004, 14/2004, 166/2004 en 173/2005 gesteld 'dat de wetgever steeds de bedoeling heeft gehad om de intercommunales, die in een bepaald opzicht het verlengstuk vormen van de gemeenten, vrij te stellen van belastingen in zoverre de gemeenten zelf niet daaraan waren onderworpen.'" (eigen onderlijning), in J. VELAERS, "De lokale besturen" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De bevoegdheden van de gewesten*, Brugge, die Keure, 2016, (281) 344.

¹⁷⁰⁹ Zie uitgebreid over de invulling van dit activiteitsgebonden criterium en het concurrentiecriterium, T. BONNE en M. DECOCK, "De belastingvrijstelling van intercommunales 2.0: de 'economische activiteit' als maatstaf?", *T.Gem.* 2019, afl. 2, 60-75.

bezighouden met activiteiten op een concurrerende markt. ROSSIGNOL omschrijft die evolutie meer algemeen als volgt: "*Een andere tendens is het bestaan van twee verschillende juridische regimes, een publiekrechtelijk en een privaatrechtelijk regime, in hoofde van één en dezelfde publieke rechtspersoon naargelang van de aard van de activiteiten.*".¹⁷¹⁰ Ook SURDIACOURT vat dit mooi samen: "*Le statut de l'intercommunale, en partie soumise à l'imposition en vertu de son caractère d'entreprise et en partie exemptée de celle-ci en tant que service public, offre un cadre d'étude de la fiscalité très particulier.*".¹⁷¹¹ Meer over die functionele benadering *infra* DEEL III.

¹⁷¹⁰ K. ROSSIGNOL, *De (on)belastbaarheid van de overheid*, Brugge, die Keure, 2016, 26.

¹⁷¹¹ N. SURDIACOURT, *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, I, 135.

3.4. Het doel en de activiteiten kritisch bekeken: verenigbaarheid met het gemeentelijk belang en consequenties bij het overschrijden

*"Il semble par ailleurs difficile de soutenir que l'objet de certaines intercommunales, même créées sur base de la loi du 22 décembre 1986, soit d'intérêt purement communal."*¹⁷¹²

– COENEN, *Les communes à la croisée des chemins*, 2003.

303. Opbouw – Waar intergemeentelijke samenwerkingsverbanden honderd jaar geleden nog duidelijk andere doelstellingen dan private ondernemingen vooropstelden, bleek hierboven dat intercommunales die economisch actief zijn en private ondernemingen zich qua doelstellingen en activiteiten steeds meer naar elkaar toe bewegen. De uitoefening door de intercommunale van commerciële, economische, of industriële activiteiten – eventueel in concurrentie – op een markt, *triggert* ook de toepassing van de regels van het mededingingsrecht (cf. vrije concurrentie), impliceert dat ze geen 'aanbestedende overheden' zijn maar wel kwalificeren als 'onderneming' in het licht van het overheidsopdrachtenrecht, en dat ze – net zoals private ondernemingen – niet langer kunnen genieten van bepaalde fiscale vrijstellingen (cf. functionele benadering).

Waar *supra* onder 3.2. de verplichting om het gemeentelijk belang te behartigen werd uiteengezet aan de hand van de *ratio legis*, en waar onder 3.3. de concrete doelstellingen en activiteiten van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden werden weergegeven, worden beide zaken hier onder 3.4. ten opzichte van elkaar afgewogen. Er wordt nagegaan of de (filialen van) intercommunales die dergelijke commerciële/economische activiteiten vooropstellen, het gemeentelijk belang wel nog steeds behartigen (3.4.1.) en wat de consequenties zijn van een mogelijke overschrijding ervan (3.4.2).

¹⁷¹² A. COENEN, *Les communes à la croisée des chemins*, Brugge, die Keure, 2003, 157.

3.4.1. (On)verenigbaarheid met het gemeentelijk belang?

304. Toetsingskader – *Supra* 3.2.2. werd het duidelijk dat het gemeentelijk belang t.a.v. het intergemeentelijk samenwerkingsverband een open begrip is dat tegelijkertijd toch een aantal begrenzings kent, zowel *ratione personae*, *ratione loci* als *ratione materiae*.

Gelet op de *ratio legis* die aan de grondslag ligt van de verplichting voor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden om te allen tijde het gemeentelijk belang te behartigen, dienen doelstellingen en activiteiten die door intergemeentelijke samenwerkingsverbanden worden uitgevoerd de inwoners van de deelnemende gemeenten ten goede te komen (cf. gemeentelijk belang *ratione personae*). Doelstellingen en activiteiten moeten beperkt blijven tot het grondgebied van de deelnemende gemeenten (cf. gemeentelijk belang *ratione loci*). De gemeenten bepalen het doel en de activiteiten inhoudelijk gezien in eerste instantie zelf. Die kunnen het 'economisch gemeentelijk belang' betreffen, maar mogen niet essentieel, hoofdzakelijk of uitsluitend commercieel of industrieel zijn of een in hoofdzaak of uitsluitend privaat belang betreffen. Dat winst maken mag, maar een winst oogmerk vooropstellen niet, werd stevast benadrukt (cf. gemeentelijk belang *ratione materiae*). Ondanks het feit dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden verplicht zijn om te allen tijde het gemeentelijk belang te behartigen, komt er vanuit verschillende hoeken kritiek op bepaalde doelstellingen en activiteiten van (filialen van) intercommunales.

305. ... vanuit politieke hoek – Naar aanleiding van het Publifinschandaal, werd er door de parlementaire onderzoekscommissie gewezen op het feit dat de uitoefening van intergemeentelijke activiteiten in Congo, Kenia, de Provence, en in voormalig Joegoslavië steeds verder verwijderd lijkt te zijn van het gemeentelijk belang: "*Une telle diversification apparait toujours plus éloignée de l'intérêt communal qui fonde l'action des pouvoirs locaux.*"¹⁷¹³ Ook in het licht van het

¹⁷¹³ *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin, Parl.St. W.Parl. 2016-17, nr. 861/1, 34.* Zie ook op dezelfde pagina: "*Depuis lors, NETHYS n'a cessé de multiplier les investissements dans des nouveaux créneaux d'activité, qu'il s'agisse de nouveaux secteurs, comme celui des assurances avec le rachat de l'Intégrale, ou qu'il s'agisse de nouveaux territoires comme le rachat d'actions dans la presse provençale ou les*

Vlaamse Publipartschandaal werd indirect gewezen op het spanningsveld tussen intergemeentelijke activiteiten en het gemeentelijk belang: "*Bij ons gebeuren geen gekke dingen, zoals in Wallonië of Gent, waar overheidsinstellingen activiteiten ontwikkelingen die weinig met lokaal bestuur te maken hebben. Bij ons zijn er geen intercommunales die kranten opkopen of beleggen op de beurs.*" (eigen onderlijning)¹⁷¹⁴, aldus KENNIS.

Anderen wijzen op de diversificatie van de activiteiten en de moeilijke verzoenbaarheid ervan met de essentie van intergemeentelijke samenwerking, zoals REEKMANS: "*Vandaag is [TMVW] een soort van makelaar in van alles en nog wat, mijlenver afgedreven van de letter en de geest van intercommunale samenwerking. (...) [O]pmerkelijk is dat de activiteit van deze waterintercommunale vandaag nog maar slechts voor 35% bestaat uit drinkwater en de rest uit andere activiteiten, zodat deze intercommunale met de jaren uitgroeide tot een soort makelaar in van alles en nog wat. Zulke praktijken tarten toch wel elke verbeelding en gaan het oorspronkelijke doel van intergemeentelijke samenwerking duidelijk vër voorbij.*"¹⁷¹⁵ Ook over het automatiseren van

investissements réalisés au Kenya, et en ex-Yougoslavie suite à l'absorption d'Electra Winds, devenue ELICIO, ou plus récemment au Congo par l'intermédiaire de sa filiale ELICIO (...). Une telle diversification apparaît toujours plus éloignée de l'intérêt communal qui fonde l'action des pouvoirs locaux. La diversification en dehors du territoire ne peut en aucun cas se fonder sur l'article L1524-1 du CDLD qui prévoit les modalités de participation des communes, associations de projet et intercommunales à des personnes morales de droit public dépassant les frontières nationales, conformément aux conventions et traités internationaux.

¹⁷¹⁴ X., "Gevraagd: grote kuis bij intercommunales", *Gazet Van Antwerpen*, 13 februari 2017, https://www.qva.be/cnt/dmf20170212_02727387, Koen KENNIS, eerste schepen in Antwerpen voor NV-A, <https://metkennisvanzaken.be/>.

¹⁷¹⁵ P. REEKMANS, "Intercommunales in Vlaanderen hebben dan toch de Waalse ziekte, minister Homans", 14 februari 2017, *Doorbraak*, <https://doorbraak.be/intercommunales-vlaanderen-hebben-dan-toch-de-waalse-ziekte-minister-homans-/>; P. REEKMANS, "C Smart: intercommunale met meer politici dan personeelsleden aan het stuur", 23 februari 2017, *Doorbraak*, <https://doorbraak.be/c-smart-intercommunale-met-meer-politici-dan-personeelsleden-aan-het-stuur/>; REEKMANS is burgemeester van Glabbeek voor LDD en auteur van het boek P. REEKMANS, *De Vlaamse Ziekte. Het web van de intercommunales*, Deurne, Doorbraak, 2017, 205 p., <https://peterreekmans.typepad.com/>.

bibliotheken in Zuid-Afrika stelt REEKMANS zich de vraag of dit "nu echt een kerntaak voor een intergemeentelijke samenwerking" is.¹⁷¹⁶

Recent kwam aan het licht dat Fluxys – een intergemeentelijk filiaal dat voor 77,5 % in handen is van de gemeenten via de holding Publigas – investeringen heeft gedaan in een gaspijpleiding in Brazilië.¹⁷¹⁷ Die onthulling zorgde voor verschillende vragen om uitleg in het Vlaams Parlement.¹⁷¹⁸ Naast vragen omtrent (het gebrek aan) transparantie t.a.v. de gemeentelijke aandeelhouders bij het nemen van de beslissing door Fluxys¹⁷¹⁹, werd opgeworpen dat "het toch een investering is die heel ver afstaat van de oorspronkelijke bedoeling van organisaties als Fluxys".¹⁷²⁰ De vraag werd ook gesteld of er plannen zijn "om de gasnetbeheerder uit de handen van de gemeenten te nemen, om het gasdistributienetwerk, dat toch een nutsvoorziening is voor heel Vlaanderen, te vereenvoudigen, opdat dergelijke beslissingen dan vanuit Vlaanderen ook veel beter gecontroleerd zouden kunnen worden".¹⁷²¹

¹⁷¹⁶ P. REEKMANS, "C Smart: intercommunale met meer politici dan personeelsleden aan het stuur", 23 februari 2017, *Doorbraak*, <https://doorbraak.be/c-smart-intercommunale-met-meer-politici-dan-personeelsleden-aan-het-stuur/>.

¹⁷¹⁷ X., "Fluxys: overeenkomst voor partnerschap in Braziliaanse gasnetbeheerder TBG, website Fluxys, 5 januari 2021, https://www.fluxys.com/nl/press-releases/fluxys-group/2021/210105_press_fluxys_tbg_brazil_agreement; D. ADRIAEN, "Internationale expansie Fluxys moet dividenden gemeenten veiligstellen", 7 januari 2021, *De Tijd*, <https://www.tijd.be/ondernemen/milieu-energie/internationale-expansie-fluxys-moet-dividenden-gemeenten-veiligstellen/10275658.html>; S. DECOCK en P. DE LOBEL, "Veel vragen bij gemeenten rond Braziliaanse deal Fluxys", 7 januari 2021, *De Standaard*, https://www.standaard.be/cnt/dmf20210106_97888709.

¹⁷¹⁸ Vraag om uitleg over de mogelijke gevolgen van de buitenlandse avonturen van Fluxys voor groene investeringen in Vlaanderen van Bruno Tobback aan minister Zuhhal Demir, *Parl.St.* VI.Parl, 2020-21, nr. 1270; Vraag om uitleg over de rol van de steden en gemeenten in de participatie van Fluxys in het Braziliaanse TBG van Jeremie Vaneeckhout aan minister Bart Somers, *Parl.St.* VI.Parl, 2020-21, nr. 1376.

¹⁷¹⁹ Bv. "Vindt u het normaal dat de meeste aandeelhouders – en naar ik begrepen heb evenmin de raad van bestuur – niet ten volle op de hoogte waren van dit project? Was de Vlaamse Regering hiervan op de hoogte?", in Vraag om uitleg over de impact van de Braziliaanse investeringen van Fluxys op de Vlaamse gemeentebesturen van Bruno Tobback aan minister Bart Somers, *Parl.St.* VI.Parl, 2020-21, nr. 1271.

¹⁷²⁰ Vraag om uitleg over de impact van de Braziliaanse investeringen van Fluxys op de Vlaamse gemeentebesturen van Bruno Tobback aan minister Bart Somers, *Parl.St.* VI.Parl, 2020-21, nr. 1271.

¹⁷²¹ Vraag om uitleg over de investeringen van gasnetbeheerder Fluxys in Brazilië van Sam Van Rooy aan minister Zuhhal Demir, *Parl.St.* VI.Parl, 2020-21, nr. 1264; zie ook de gelijkaardige tussenkomst: "Ten slotte een meer algemene vraag. De lokale besturen zijn op verschillende manieren afhankelijk van de rendabiliteit van bedrijven uit de energiesector waarvan ze aandeelhouder zijn. We merken dat men niet alleen bij Fluxys

VANDER PUTTEN vat dit mooi samen: "*En tout état de cause, il convient de prendre acte de la vague de méfiance de l'opinion publique par rapport à l'action économique intercommunale et de la méconnaissance de celle-ci.*" (eigen onderlijning).¹⁷²²

306. ... vanuit juridische hoek – Niet enkel vanuit politieke hoek, maar ook in de rechtsleer worden er vragen gesteld bij de verenigbaarheid van bepaalde doelstellingen en activiteiten van intergemeentelijke activiteiten met het gemeentelijk belang. Zo stelt VERHULST dat "*[d]oor de jaren heen (...) de doelstellingen van een aantal intercommunales zo veelomvattend [zijn] geworden, dat de vraag [rijst] waar het concreet gemeentelijk belang zich nog situeert in bepaalde gevallen*" (eigen onderlijning).¹⁷²³ Ook COENEN stelt dat "*[i]l semble par ailleurs difficile de soutenir que l'objet de certaines intercommunales, même créées sur base de la loi du 22 décembre 1986, soit d'intérêt purement communal.*" (eigen onderlijning).¹⁷²⁴ Volgens GOETHALS "*il est désormais connu que certaines intercommunales créent des filiales ou prennent des participations dans des sociétés existantes dont le champ d'activité et le périmètre géographique dépassent l'intérêt purement communal.*" (eigen onderlijning).¹⁷²⁵ In het kader van het SBOV B-project 'Bestuurskundige en juridische evaluatie decreet intergemeentelijke samenwerking', merkten VERHOEST en DE MEU eveneens op dat "*[v]oor de taken uitgeoefend door (...) I.G.S.-verbanden (...) er expliciet referentie [is] naar het gemeentelijk belang. Bij een blik op de activiteitenradius zal ook vaak*

*maar ook bij het eerder genoemde Fluvius heel erg op zoek is naar rendabele projecten om die dividenden te kunnen blijven uitbetalen. Als je ziet welk soort riskante operaties dat tot gevolg begint te hebben, zou het dan niet verstandig zijn om eens te kijken naar een herziening van de manier waarop de Vlaamse gemeenten gefinancierd worden, waarbij ze minder afhankelijk zijn van dit soort avonturen en dus ook de belastingbetaler minder van dit soort risico's neemt?" (eigen onderlijning) in Vraag om uitleg over de impact van de Braziliaanse investeringen van Fluxys op de Vlaamse gemeentebesturen van Bruno Tobbacq aan minister Bart Somers, *Parl.St. VI.Parl, 2020-21, nr. 1271.**

¹⁷²² N. VANDER PUTTEN, "Les conditions du capitalisme public intercommunal. Vers un équilibre entre efficacité et contrôle démocratique?", *Ann.Dr.Louvain* 2017, afl. 2, (297) 351.

¹⁷²³ M. VERHULST, *Eerste hulp bij intergemeentelijke samenwerking. Editie 2019*, Brugge, Vanden Broele, 2019, 10.

¹⁷²⁴ A. COENEN, *Les communes à la croisée des chemins*, Brugge, die Keure, 2003, 157.

¹⁷²⁵ C. GOETHALS, "La physionomie des intercommunales en Belgique", *Les @nalyses du CRISP en ligne*, 14 maart 2017, www.crisp.be, 7.

naar Europees recht binnen de context van de dienst van algemeen (economisch) belang gehandeld worden. Een andersluidende conclusie is evenwel niet onmogelijk. Zulks geldt eens te meer voor oprichtingen en participaties door voormelde rechtspersonen. Hoewel vaak gesteld wordt dat overeenstemming vereist is met het maatschappelijk doel, gelden zij nog minder als verlengstuk. Het valt niet uit te sluiten dat zij activiteiten verrichten die de dienst van algemeen (economisch) belang te buiten gaan." (eigen onderlijning).¹⁷²⁶ Ook LEUS en DEBIÈVRE menen dat "[m]en [zich](...) terecht de vraag [stelt] of er geen intercommunales zijn die door hun activiteiten eerder tot het commerciële domein dan tot dat van de openbare dienstverlening behoren" (eigen onderlijning).¹⁷²⁷ Meer algemeen wijzen BRANDSEN, VAN DE DONK en KENIS op het feit dat "van oorsprong publieke organisaties die op markten of binnen marktverhoudingen opereren (...) diverse doelstellingen na[streven], die niet altijd eenvoudig zijn te combineren, met een voortdurende spanning tussen individuele preferenties en collectieve doelstellingen of randvoorwaarden, die bij deze organisaties intrinsiek van aard lijkt te worden."¹⁷²⁸

307. Getoetst aan het gemeentelijk belang – Er lijkt duidelijk een algemeen aanvoelen te bestaan dat er 'iets niet klopt' bij bepaalde intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in het licht van het gemeentelijk belang. De vraag *wat* er dan ook effectief niet klopt, blijft echter onbeantwoord. Dit valt ook niet te verbazen, gelet op het feit dat het gemeentelijk belang een open begrip is en gelet op de onduidelijkheid over waar dit begrip begint en eindigt (cf. de begrenzingen *ratione personae, loci en materiae*).

¹⁷²⁶ K. VERHOEST en R. DE MEU, "SBOV: B-project. Beheerwijzen van lokale openbare diensten getoetst aan beginselen van gelijkheid en mededinging en de regels inzake staatssteun", 2008, 148.

¹⁷²⁷ K. LEUS en J. DEBIÈVRE, "De gemeente en de publiek-private samenwerking" in S. VANSTEENKISTE en L. VENY (eds.), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, (61) 141, vn. 288, met verwijzing naar A. DESSOY, "Les intercommunales en Belgique", *Bull.Cr.Comm.* 1993, afl. 1, 6.

¹⁷²⁸ T. BRANDSEN, W.B.H.J. VAN DE DONK en P.N. KENIS, "De opkomst van hybride organisaties" in T. BRANDSEN, W. VAN DER DONK en P. KENIS (eds.), *Meervoudig bestuur: Publieke dienstverlening door hybride organisaties*, Den Haag, Lemma, 2006, 18.

Het valt buiten de *scope* van dit proefschrift om in alle sectoren concrete doelstellingen en activiteiten te gaan aftoetsen. Als we echter enkele alom bekritiseerde concrete doelstellingen en activiteiten van de (filialen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden aftoetsen aan het toetsingskader en de theoretische uitgangspunten bij 'het gemeentelijk belang', is het duidelijk dat verschillende ervan het gemeentelijk belang in de praktijk overschrijden. Zo overstijgt de activiteit waarbij een (sub)filiaal van een intergemeentelijk samenwerkingsverband in Kenia windenergie produceert, het gemeentelijk belang. De doelstelling om Zuid-Afrikaanse bibliotheken de 21^{ste} eeuw binnen te loodsen, door deze te automatiseren, is eveneens niet in het gemeentelijk belang.¹⁷²⁹ De activiteiten worden immers niet op het grondgebied van de deelnemende gemeenten uitgevoerd maar in Kenia en Zuid-Afrika (cf. overschrijding beperking *ratione loci*), de activiteiten komen niet de inwoners van de deelnemende gemeenten ten goede maar Keniaanse en Zuid-Afrikaanse burgers (cf. overschrijding beperking *ratione personae*), en hoewel het in eerste instantie aan de gemeenten zelf is om inhoud te geven aan dit gemeentelijk belang, lijken de activiteiten en doelstellingen ook hoofdzakelijk commercieel te zijn (cf. overschrijding beperking *ratione materiae*).

308. Ruime invulling statuten – Opvallend is dat de statuten ook vaak (te) veel ruimte laten om intergemeentelijke activiteiten op te starten en uit te voeren: "*Si la plupart des intercommunales ont des objets déterminés, certaines, singulièrement celles actives dans le domaine du développement économique ont un objet social rédigé très largement qui leur permet parfois de prendre 'toute initiative en rapport direct et indirect (...) avec le développement économique de la région sur tous ces aspects.'*" (eigen onderlijning).¹⁷³⁰ Daardoor vergroot het risico dat een (filiaal van een) intergemeentelijk samenwerkingsverband het gemeentelijk belang overstijgt.

¹⁷²⁹ S. GROMMEN, "Cipal automatiseert Zuid-Afrikaanse bibliotheken", 16 april 2010, *DataNews*, https://datanews.knack.be/ict/magazine/cipal-automatiseert-zuid-afrikaanse-bibliotheken/article-normal-1279805.html?cookie_check=1617209555; zie ook op de website van Cipal 'Cipal Schaubroeck neemt de bibliotheek-business van Ciblis over', <https://www.cipalschaubroeck.be/cs-ciblis/>.

¹⁷³⁰ *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin, Parl.St. W.Parl.* 2016-17, nr. 861/1, 32.

Zo staat er in de statuten van IMOG dat ze tot doel heeft om de gemeentelijke bevoegdheden uit te voeren die betrekking hebben op het netheids-, afval- en materialenbeleid en de afvalverwijdering in de deelnemende gemeenten. Daaropvolgend worden een aantal activiteiten opgelijst, waaronder de erg ruim geformuleerde doelstelling van 'het uitvoeren van alle verrichtingen, zowel geldelijke als andere, die verband houden met het doel van de vereniging'.¹⁷³¹ De statuten van Cipal DV bevatten een gelijkaardige bepaling. Op grond van artikel 4 heeft de vereniging de studie, de organisatie en de promotie van de informatie- en communicatietechnologie en de toepassing ervan ten behoeve van haar deelnemers, tot doel. Zij mag alle verrichtingen doen die verband houden met het in het eerste lid bepaalde beleidsdomein.¹⁷³² De intercommunale Publifin – intussen 'Enodia' – had "*pour objet toutes opérations se rapportant directement ou indirectement à la prise de participations sous quelque forme que ce soit, dans toute entreprise se présentant sous forme de société de capitaux ou de société de personnes, ainsi que l'administration, la gestion, le contrôle et le développement de ces participations.*".¹⁷³³ Ook de statuten van Farys/TMVW zijn erg ruim opgesteld.¹⁷³⁴

¹⁷³¹ Art. 3 statuten IMOG, https://www.imog.be/uploads/media/Gecoordineerde_teksten_statuten_15.12.2020.pdf.

¹⁷³² Art. 4, §1 statuten Cipal DV, https://www.c-smart.be/assets/Uploads/Verklaringen-/Gecoordineerde-statuten-Cipal-dv-22_05_2019.pdf.

¹⁷³³ Zoals aangehaald in N. VANDER PUTTEN, "Les conditions du capitalisme public intercommunal. Vers un équilibre entre efficacité et contrôle démocratique?", *Ann.Dr.Louvain* 2017, afl. 2, (297) 320.

¹⁷³⁴ Art. 2 statuten T.M.V.W., <https://www.oostende.be/file/download/362434ab-9508-4080-8bfe-d0703ed3c2ac/55A514B793194D405289D2908B222564.pdf>. In dit artikel is opgenomen dat de opdrachthoudende vereniging "*alle verrichtingen mag stellen en deelnemen aan alle bedrijvigheden die rechtstreeks met dit doel verband houden of de verwezenlijking van dit doel ondersteunen (...). Dit kan voor niet direct water gerelateerde activiteiten, voor zoverre de samenhang met direct water gerelateerde activiteiten op operationeel en/of financieel vlak en/of inzake management enerzijds en het specifieke belang van een of meerdere vennoten anderzijds aantoonbaar zijn.*" De opdrachthoudende vereniging mag dit doel mede verwezenlijken door samen te werken met derden, zowel door het afsluiten van overeenkomsten als door deelname in andere rechtspersonen, door het verzekeren van het beheer of de uitbating van alle installaties of ondernemingen ter zake of door daarover te adviseren en in het algemeen door op welke wijze ook alle diensten te verrichten die met de activiteiten verband houden.".

Problematisch aan deze te vage en te ruime formulering van statuten is dat dit in ieder geval een miskennis en omzeiling van het specialiteitsbeginsel met zich meebrengt.¹⁷³⁵ "[I]l ressort de la pratique que le principe de spécialité, théoriquement applicable aux intercommunales qui peuvent être à vocation unique ou multiple, est parfois contourné par le libellé fort large de l'objet social dans les statuts, en particulier dans le cas des intercommunales de développement qui relèvent de l'intercommunalité de projet (par opposition à l'intercommunalité de gestion)." (eigen onderlijning), aldus DE BRUYCKER.¹⁷³⁶ Indien statuten op dergelijke manier zijn geformuleerd dat het niet *a priori* met zekerheid kan worden gesteld welke concrete werkzaamheden de intercommunale zal ontplooiën, vormt dit een inbreuk op het specialiteitsbeginsel (zie *infra* 3.4.2. voor de gevolgen).

309. De activiteiten van filialen en participaties – Op grond van artikel 472, §1, eerste lid van het DLB¹⁷³⁷, artikel L1512-5, eerste lid CDLD¹⁷³⁸, en artikel 53, eerste lid van de ordonnantie van 5 juli 2018¹⁷³⁹, is het mogelijk voor

¹⁷³⁵ K. LEUS en J. DEBIÈVRE, "De gemeente en de publiek-private samenwerking" in S. VANSTEENKISTE en L. VENY (eds.), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, (61) 141, vn. 288: "Daarnaast kan het doel van de intercommunale zo vaag omschreven zijn dat het formeel gerespecteerde specialiteitsbeginsel materieel onbestaande is. Men stelt zich terecht de vraag of er geen intercommunales zijn die door hun activiteiten eerder tot het commerciële domein dan tot dat van de openbare dienstverlening behoren?", met verwijzing naar A. DESSOY, "Les intercommunales en Belgique", *Bull.Cr.Comm.* 1993, afl. 1, 6.

¹⁷³⁶ P. DE BRUYCKER, "La coopération intercommunale en Belgique", *Annuaire des collectivités locales* 2000, afl. 20, (166) 168; zie ook X., "Intercommunales. Réalité et symbole", *Centre Permanent Pour la Citoyenneté et la Participation (CPCP)* 2012, 6: "Au-delà des soucis de gouvernance qui seront abordés par la suite, c'est leur nombre et la réelle utilité publique de chacune de ces structures qui étaient mis en cause. La dénomination parfois vague de leur activité était d'ailleurs de nature à faire le doute." (eigen onderlijning).

¹⁷³⁷ Art. 472, §1, eerste lid DLB: "Met behoud van de toepassing van andere wettelijke of decreetale bepalingen kunnen dienstverlenende en opdrachthoudende verenigingen deelnemen in publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen die zelf niet die rechtsvorm hebben aangenomen, op voorwaarde dat het maatschappelijk doel van die rechtspersonen overeenstemt met de eigen doelstellingen en op voorwaarde dat de wetgeving van de overheidsopdrachten wordt nageleefd."

¹⁷³⁸ Art. L1512-5, eerste lid CDLD: "Les intercommunales peuvent prendre des participations au capital de toute société lorsqu'elles sont de nature à concourir à la réalisation de leur objet social."

¹⁷³⁹ Art. 63 ordonnantie van 5 juli 2018: "De intercommunale kan rechtstreeks of onrechtstreeks deelnemingen aangaan in privaats- of publiekrechtelijke vennootschappen, verenigingen of instellingen indien deze tot de verwezenlijking van hun maatschappelijk doel kunnen bijdragen."

intergemeentelijke samenwerkingsverbanden om deel te nemen in privaat- of publiekrechtelijke entiteiten indien deze tot de verwezenlijking van hun doel kunnen bijdragen. Dit impliceert dat ze 1) een filiaal kunnen oprichten of 2) participaties kunnen nemen in (het kapitaal van) een andere (private) rechtspersoon. Opvallend is dat – in tegenstelling tot de andere twee gewesten – de oprichting van sub-filiale in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest uitdrukkelijk verboden is.¹⁷⁴⁰

Dat er een probleem rijst bij deze filialisering en het nemen van participaties blijkt uit het eindrapport van de parlementaire onderzoekscommissie die in het leven is geroepen naar aanleiding van het Publifinschandaal: "*En revanche, dans le cas d'espèce, le démantèlement d'une structure existante avec l'apport de ses diverses branches d'activités à des sociétés filiales ne respecte pas cette disposition, puisqu'il ne s'agit pas de contribuer à la réalisation de l'objet social, mais bien de confier à une société privée un objet déterminé de l'intercommunale en s'exonérant des contraintes juridiques (et notamment du contrôle démocratique des associés communaux et provinciaux) prévues par le CDLD. Dans la pratique, la réorganisation de TECTEO est manifestement contraire à la lettre et à l'esprit du CDLD.*" (eigen onderlijning).¹⁷⁴¹ De parlementaire onderzoekscommissie besloot dat er sprake was van een gebrek aan terugkoppeling met de deelnemende gemeenten waardoor de intercommunales niet konden beslissen over de herstructurering van TECTEO die leidde tot de oprichting van PUBLIFIN, FINANPART, NETHYS, RESA en andere dochtervennootschappen. DURVIAUX wijst er in het onderzoeksrapport op dat het gemeentelijk belang 'merkwaardig vertekend' is en dat nieuwe ontwikkelingen 'steeds verder af staan van het gemeentelijk belang': "*[L]es pouvoirs locaux associés se trouvent engagés sans qu'aucun débat n'ait eu lieu sur l'opportunité d'investissements diversifiés. Or, l'intérêt communal s'en trouve singulièrement dénaturé, ce qui est problématique lorsqu'il s'agit de décider de tels développements inédits. Contrairement au rachat du câble wallon, qui est*

¹⁷⁴⁰ Art. 63, in fine ordonnantie van 5 juli 2018: "De oprichting van sub-filiale is verboden."

¹⁷⁴¹ Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin, Parl.St. W.Parl. 2016-17, nr. 861/1, 32-34.

historiquement situé dans une mission de service public et qui a fait l'objet de délibérations dans les communes avant de le décider, ces nouveaux développements toujours plus éloignés de l'intérêt communal voient le patrimoine des associés publics investi sans qu'ils aient voix au chapitre. Ces nouveaux risques sont pris avec des moyens publics, sans aval préalable et éclairé des associés. Au contraire, ils sont accomplis au terme d'une restructuration qui empêche toute influence significative des associés communaux." (eigen onderlijning).¹⁷⁴²

In zijn bijdrage omtrent intergemeentelijke participaties, wijst VANDER PUTTEN op een aantal interessante zaken. Wat de oprichting van filialen en de participaties betreft, vermeldt hij een verschillende opvatting naargelang de filialiserings- en participatievoorwaarden in de gewesten. Volgens hem zou er in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest een zuivere opvatting van het gemeentelijk belang spelen, in het Vlaamse Gewest een rechtstreeks vertegenwoordigde opvatting, en in het Waalse Gewest een indirect vertegenwoordigde en verder van het gemeentelijk belang verwijderde opvatting.¹⁷⁴³ Hij wijst daarbij op de procedurele rigiditeit als waarborg om de intergemeentelijke werking te dwingen zich niet in te laten met puur speculatieve activiteiten: "*au moins cette rigidité procédurale force-t-elle les intercommunales à éviter les placements de pure spéculation qui seraient sans doute contraires à leur vocation non commerciale de principe.*" (eigen onderlijning).¹⁷⁴⁴ Daarnaast stelt VANDER PUTTEN nog dat "*prendre des participations dans l'objectif de créer des synergies ou de recherche d'une pure rentabilité financière a pour conséquence que l'intercommunale poursuive des activités annexes, ne relevant qu'indirectement de l'intérêt local, là où les diversifications qui s'expliquent par un objectif de développement économique ou par une volonté de rationalisation, sont, à notre estime, pleinement*

¹⁷⁴² Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin, Parl.St. W.Parl. 2016-17, nr. 861/1, 34-35.

¹⁷⁴³ N. VANDER PUTTEN, "Les conditions du capitalisme public intercommunal. Vers un équilibre entre efficacité et contrôle démocratique?", *Ann.Dr.Louvain* 2017, afl. 2, (297) 328.

¹⁷⁴⁴ N. VANDER PUTTEN, "Les conditions du capitalisme public intercommunal. Vers un équilibre entre efficacité et contrôle démocratique?", *Ann.Dr.Louvain* 2017, afl. 2, (297) 328-329.

consubstantielles à l'intérêt communal pour lequel l'intercommunale a été constituée." (eigen onderlijning).¹⁷⁴⁵

De problematiek van het vooropstellen van commerciële doelstellingen en activiteiten wordt vaak benaderd alsof dit 'niet aan te pakken' is omdat die dikwijls worden gesteld door filialen of in het kader van een participatie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband in een andere entiteit (bv. een privaat bedrijf). Als we terugkeren naar het uitgangspunt bij de intercommunalisatie, mag een intercommunale volgens de organieke regelgeving (en impliciet op grond van andere (grond)wettelijke bepalingen) eenvoudigweg geen ander belang nastreven dan het gemeentelijk belang. In het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 is daarnaast uitdrukkelijk voorzien dat dergelijke filialisering of participatie slechts kan indien dit bijdraagt aan het doel van de intercommunale.¹⁷⁴⁶ Een filiaal dat zij opricht op grond van diezelfde wetgeving, mag dan ook niet méér doen dan de 'moederintercommunale'. De intercommunale mag ook niet plots een niet-gemeentelijk belang nastreven als zij participeert in een privaat bedrijf. Het is niet omdat een intercommunale participeert in een privaat bedrijf en zo 'verder' van de gemeenten-deelgenoten komt af te staan, dat dit legitimeert dat ze een ander belang zou mogen nastreven dan het gemeentelijk belang – en zo bovendien lijnrecht zou ingaan tegen grondwettelijk verankerde principes. Dit is ook

¹⁷⁴⁵ "*De par leur proximité avec la frontière entre les secteurs public et privé, les activités de prises de participations des intercommunales peuvent régulièrement se situer dans ou hors d'un champ d'application d'une norme en fonction de circonstances spécifiques et de l'appréciation qui en est faite. Le constat est encore plus frappant s'agissant des activités de prises de participations des filiales des intercommunales.*" (eigen onderlijning) in N. VANDER PUTTEN, "Les conditions du capitalisme public intercommunal. Vers un équilibre entre efficacité et contrôle démocratique?", *Ann.Dr.Louvain* 2017, afl. 2, (297) 339.

¹⁷⁴⁶ Art. 472, §1, eerste lid DLB: "*Met behoud van de toepassing van andere wettelijke of decreetale bepalingen kunnen dienstverlenende en opdrachthoudende verenigingen deelnemen in publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen die zelf niet die rechtsvorm hebben aangenomen, op voorwaarde dat het maatschappelijk doel van die rechtspersonen overeenstemt met de eigen doelstellingen en op voorwaarde dat de wetgeving van de overheidsopdrachten wordt nageleefd.*" (eigen onderlijning); art. L1531-1 CDLD: "*Les intercommunales peuvent prendre des participations au capital de toute société lorsqu'elles sont de nature à concourir à la réalisation de leur objet social.*" (eigen onderlijning); art. 63 ordonnantie van 5 juli 2018: "*De intercommunale kan rechtstreeks of onrechtstreeks deelnemingen aangaan in privaat- of publiekrechtelijke vennootschappen, verenigingen of instellingen indien deze tot de verwezenlijking van hun maatschappelijk doel kunnen bijdragen. (...) De oprichting van sub-filialen is verboden.*" (eigen onderlijning).

bevestigd in de context van het Gemeentedecreet: "*gemeenten [mogen] uitsluitend (...) handelen (en dus ook enkel participaties (...) nemen) indien dit bijdraagt tot het gemeentelijk belang. [D]ie voorwaarde [vloeit] ook voort(...) uit de overige op de gemeenten toepasselijke grondwettelijke en decretale bepalingen.*".¹⁷⁴⁷ Een participatie nemen om niet-gemeentelijke belangen te kunnen uitvoeren, omzeilt de verplichting tot de behartiging van het gemeentelijk belang.

Dat de principes van intergemeentelijke samenwerking zoals opgenomen in de organieke bepalingen van toepassing blijven op de intercommunale die participaties neemt, blijkt ook uit de memorie van toelichting bij het voorontwerp van het DIS waarin werd benadrukt dat de filialiserings- en participatiemogelijkheid 'niet kan worden aangewend met de klaarblijkelijke bedoeling te ontsnappen aan de decretale regeling voor de intergemeentelijke samenwerking'.¹⁷⁴⁸ Dit laatste werd bovendien ook bevestigd in het auditoraatsverslag van 8 januari 2008 dat werd opgesteld naar aanleiding van het dispuut omtrent activiteiten van CIPAL ten aanzien van derden/niet-deelnemers, waarin de auditeur stelt dat het "*niet [wordt] betwist dat de bestreden toezichtsbeslissing betrekking heeft op beslissingen van een dienstverlenende vereniging, zodat van meetafaan kan worden vastgesteld dat de in het verzoekschrift opgenomen beschouwingen omtrent het niet van toepassing zijn van het DIS-decreet op (...) [het filiaal] NV CIPAL (...) niet dienend zijn.*" (eigen onderlijning).¹⁷⁴⁹

Dat het bedrijf waarin de participatie wordt genomen zuiver commerciële activiteiten stelt en een winstoogmerk vooropstelt, lijkt moeilijk verzoenbaar te zijn met het gemeentelijk belang dat de intercommunale moet nastreven. Er lijkt een patstelling te bestaan waarbij de vraag rijst naar de verzoenbaarheid van het gemeentelijk belang (in hoofde van de intercommunale) en het vennootschapsbelang (in hoofde van de private partner), aangezien een

¹⁷⁴⁷ MvT bij het ontwerp van Gemeentedecreet, *Parl.St.* VI.Parl. 2004-05, nr. 374/1, 97.

¹⁷⁴⁸ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 23.

¹⁷⁴⁹ Auditoraatsverslag Raad van State, 8 januari 2008, nr. G/A.151.535/XII-4145, ongepubliceerd, overw. 6.1.

intercommunale geen winst mag nastreven en een vennootschap net winst moét nastreven.¹⁷⁵⁰ De parlementaire onderzoekscommissie wees er op dat "*[c]es deux objectifs peuvent être considérés en soi comme légitimes, mais ce qui ne ressort pas à des objets déterminés d'intérêt communal doit trouver un autre fondement dans un cadre plus approprié, par exemple au niveau de l'initiative publique régionale, et un certain nombre d'activités doivent être réexaminées.*" (eigen onderlijning).¹⁷⁵¹ De vraag moet worden gesteld of dergelijke participatie wel past binnen de geest van de intergemeentelijk samenwerking. VANDER PUTTEN voegt daar terecht aan toe dat het onderbrengen van dergelijke doelstellingen en activiteiten die niet in het gemeentelijk belang zijn in een ander kader "*permettrait d'assurer une cohérence de l'action économique étatique' et d'éviter une forme de 'fractionnement du pouvoir règlementaire' à cet égard. L'efficacité requiert, en effet, une forme de 'cadre de cohérence générale'.*".¹⁷⁵²

Het feit dat een filiaal op het eerste gezicht een private rechtsvorm zou aannemen, lijkt bovendien ook geen excuus te kunnen zijn om het gemeentelijk belang te overschrijden. De vorm is immers slechts een 'omhulsel', de rechtsgrond van de oprichting van het filiaal situeert zich in de organieke decreten. De filialen kunnen bijgevolg niet als private vennootschappen of private verenigingen worden beschouwd (zie *supra* nr. 249 e.v. voor de argumentatie hieromtrent t.a.v. de moeder-intercommunale).

Gelet op het feit dat de meeste kritiek wordt geuit t.a.v. economisch optreden van filialen en van entiteiten waarin intercommunales participeren, was het eigenlijk niet onlogisch dat er vroeger een verbod was op de deelname van de intercommunale in private rechtspersonen. Via twee omzendbrieven, een van 5 mei 1941 en een van 29 oktober 1953, benadrukte de minister van Binnenlandse

¹⁷⁵⁰ Zie omtrent de moeilijke verhouding tussen beiden: S. BAETEN en A. FRANCOIS, "Vennootschapsbelang en (versus?) algemeen belang. Enige verkennende beschouwingen over de invulling van het vennootschaps(?)belang in overheidsondernemingen" in S. BAETEN, K. BYTTEBIER en K. LEUS, *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen, Maklu, 2000, 15-62.

¹⁷⁵¹ *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin, Parl.St. W.Parl. 2016-17, nr. 861/1, 35.*

¹⁷⁵² N. VANDER PUTTEN, "Les conditions du capitalisme public intercommunal. Vers un équilibre entre efficacité et contrôle démocratique?", *Ann.Dr.Louvain* 2017, afl. 2, (297) 349-350.

Zaken dat, ondanks het ontbreken van een *wettelijk* verbod, het verboden is voor een intercommunale die is opgericht op grond van de kaderwet om deel te nemen aan de oprichting van commerciële particuliere ondernemingen of private handelsvennootschappen. Dergelijke deelname van intercommunales vormt immers een "*gevaar voor het algemeen belang (...) en [kan] aanleiding (...) geven tot de toepassing van [het toezicht zoals voorzien in] artikel 12 der wet van 1 maart 1922*".¹⁷⁵³ Redenen die werden aangehaald ter rechtvaardiging van het verbod zijn onder meer het gebrek aan administratief toezicht op de private handelsvennootschappen. Het algemeen belang verzet zich ertegen dat de gemeenten bepaalde rechten zou moeten afgeven ten voordele van de privéonderneming of dat er beslissingen kunnen worden genomen tegen de wil van de gemeenten in. Volgens de minister van Binnenlandse Zaken speelde er bovendien een belangenconflict omdat het risico bestaat dat de vertegenwoordiger van de intercommunale die als bestuurder in de private handelsvennootschap wordt aangeduid, als openbare mandataris zou kunnen delen in de winst.¹⁷⁵⁴ Op vandaag bestaat er niet langer een dergelijk verbod – integendeel, de mogelijkheid is wettelijk voorzien in de drie gewesten – maar de vraag kan wel worden gesteld of de bezorgdheden van zeventig jaar geleden intussen zijn verdwenen...

Net zoals een federaal autonoom overheidsbedrijf zijn bestaansreden verliest indien het niet langer belast zou zijn met een openbare dienst (zie *infra* nr. 342), verliest een intergemeentelijk samenwerkingsverband volgens mij zijn bestaansreden als het niet langer belast wordt met een doelstelling van gemeentelijk belang. De situatie in de praktijk waarbij een filiaal tal van commerciële doelstellingen verwezenlijkt en de moeder-intercommunale enkel als 'lege doos' overblijft, lijkt dan ook strijdig te zijn met de fundamentele van intergemeentelijke samenwerking.

¹⁷⁵³ Omz. van 29 oktober 1953, *Bestuursmemoriaal der provincie Brabant*, 20 november 1953, 812-813.

¹⁷⁵⁴ Omz. van 5 mei 1941, *Rev.comm.* 1954, afl. 79, (106) 106; Omz. van 29 oktober 1953, *Rev.comm.* 1954, afl. 79, (106) 106-107 en X., "Deelneming aan de oprichting van private handelsvennootschappen", *De Gem.* 1953, afl. 50, (413) 413; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 176-178.

Op de filialisering en bijhorende problemen inzake transparantie en democratische terugkoppeling wordt hier niet verder ingegaan aangezien dit de *scope* van dit proefschrift te buiten gaat.¹⁷⁵⁵ De filialisering en participatie werd in dit hoofdstuk louter als middel gehanteerd om aan te tonen dat de verplichting om het gemeentelijk belang te behartigen niet altijd wordt gerespecteerd – het verduidelijken ervan is geen doel op zich.

310. Toetsingskader – De begrenzings van het gemeentelijk belang die gebaseerd zijn op de *ratio legis* van de organieke wetgeving omtrent intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (cf. toetsingskader) worden hieronder samengevat in schemavorm. De intergemeentelijke praktijk, de statuten van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en het oordeel van de Raad van State lijken niet altijd te rijmen met de (traditionele) uitgangspunten van het toetsingskader. In de onderstaande tabel wordt er gewerkt met symbolen (✓ ✖) om aan te geven wat er wel en niet verzoenbaar is met het toetsingskader.

Tabel 1 Toetsingskader: schematische weergave begrenzings gemeentelijk belang t.a.v. IGS

- ✓ Lijkt verzoenbaar met uitgangspunt
- ✖ Lijkt onverzoenbaar met uitgangspunt

	Uitgangspunt	Verificatie aan toetsingskader
<i>Ratione personae</i>	Het doel en de activiteiten moeten de inwoners van de gemeenten ten goede komen.	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die inwoners bedienen. ✓ Overeenkomsten met niet-deelnemers ter realisatie van doel t.a.v. inwoners (mits in statuten). ✓ Pragmatische uitzondering voor niet-inwoners (op

¹⁷⁵⁵ Zie evenwel N. VANDER PUTTEN, "Les conditions du capitalisme public intercommunal. Vers un équilibre entre efficacité et contrôle démocratique?", *Ann.Dr.Louvain* 2017, afl. 2, 297-351 voor een grondige uiteenzetting van de filialisering en participaties door intercommunales.

		<p>grondgebied deelnemers), bv. intergemeentelijke bibliotheek.</p> <ul style="list-style-type: none"> * Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die meer dan op een pragmatische wijze niet-inwoners bedienen. * Overeenkomsten met niet-deelnemers ter realisatie van doel dat derden/niet-inwoners ten goede komt. * Statuten of Raad van State die het uitgangspunt (nl. beperking tot de inwoners) ruimer invullen.
Ratione loci	Het doel en de activiteiten moeten beperkt blijven tot het grondgebied van de deelnemende gemeenten.	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die optreden op het intergemeentelijk grondgebied. ✓ Overeenkomsten met niet-deelnemers ter realisatie van doel uitgevoerd op intergemeentelijk grondgebied (mits in statuten). * Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die extraterritoriale activiteiten stellen. * Statuten of Raad van State die extraterritoriale activiteiten toelaten en het uitgangspunt (nl. beperking tot het grondgebied) zo ruimer invullen.
Ratione materiae	Het doel en de activiteiten worden in eerste instantie bepaald door de gemeenten zelf. Deze kunnen het 'economisch gemeentelijk belang' betreffen, maar mogen	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die doelstellingen en activiteiten vooropstellen die niet essentieel, hoofdzakelijk of uitsluitend commercieel of industrieel zijn of een in

DEEL II – Onderzoek naar de hybriditeit van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden

	<p>niet essentieel, hoofdzakelijk of uitsluitend commercieel of industrieel zijn of een in hoofdzaak of uitsluitend privaat belang betreffen.</p> <p>Winst maken mag; een winst oogmerk vooropstellen mag niet; louter ten goede komen aan de gemeentelijke financiën volstaat niet.</p>	<p>hoofdzaak of uitsluitend privaat belang betreffen.</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die doelstellingen en activiteiten van commerciële of industriële aard stellen, mits deze het gemeentelijk belang blijven betrachten (= economisch gemeentelijk belang). * Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die essentieel, hoofdzakelijk of uitsluitend commerciële of industriële doelstellingen en activiteiten vooropstellen. * Statuten die zuiver commerciële doelstellingen en activiteiten toelaten en het uitgangspunt (nl. doel/activiteit mag niet essentieel, hoofdzakelijk of uitsluitend commercieel of industrieel zijn of een in hoofdzaak of uitsluitend privaat belang betreffen) zo ruimer invullen. * Raad van State die bijkomstige zuiver commerciële activiteiten mogelijk acht.
--	--	---

3.4.2. *Consequenties van het overschrijven van het gemeentelijk belang*

311. Rol toezichthoudende overheid en Raad van State – Het intergemeentelijk initiatief doet een *weerlegbaar vermoeden* ontstaan dat de activiteit het gemeentelijk belang ambieert.¹⁷⁵⁶ De rol van de toezichthoudende overheid is hierbij evenwel niet te onderschatten. Zoals hieronder zal blijken, kan ze in bepaalde gevallen tussenkomen indien een doelstelling of activiteit in strijd is met de wet of met het algemeen belang.¹⁷⁵⁷ De statuten waarin het doel en eventueel de activiteiten van de intercommunale worden opgesomd, kunnen uiteraard ook het voorwerp uitmaken van een rechterlijke toetsing (zie *supra* nr. 285 e.v. voor voorbeelden van dergelijke toetsing door Raad van State).

Het administratief toezicht en de overheid die dit toezicht uitoefent, zijn onlosmakelijk verbonden aan het gemeentelijk belang en de gemeentelijke autonomie, aangezien zijn de begrenzers ervan zijn.¹⁷⁵⁸ Wat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden betreft, voorziet de organieke regelgeving naargelang het Gewest in verschillende vormen van toezicht.

¹⁷⁵⁶ "Hieruit volgt als het ware een *vermoeden* dat *alles* wat de provincie- of *gemeenteraad* *regelt* van provinciaal of *gemeentelijk belang* is. Dit vermoeden is nochtans *wederlegbaar* en het komt toe aan de *voogdij-overheid*, de *rechterlijke en administratieve rechtbank* de *opportuiniteits- en/of wettigheidscontrole* uit te oefenen." (eigen onderlijning) in M. DENYS, "De begrippen Gemeentelijk en Provinciaal belang", *RW* 1962, afl. 26, (1321) 1335.

¹⁷⁵⁷ Eén van de aanbevelingen die er in het rapport van de parlementaire onderzoekscommissie die werd opgericht n.a.v. het Publifinschandaal wordt vooropgesteld, is dat de toezichthoudende bevoegdheid op de naleving van het algemeen belang voorzien door de Grondwet en de decreten effectief wordt uitgeoefend, in het bijzonder om te garanderen dat het maatschappelijk doel en de activiteiten van de intercommunales en hun dochterondernemingen in overeenstemming zijn met het kader dat voor hun optreden is voorzien (gemeentelijk belang, specifieke doelstellingen, taak van openbare dienst), zie *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin*, *Parl.St. W.Parl.* 2016-17, nr. 861/1, 35; zie omtrent het toezicht: A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 720; R. MAES, "Doeleinden" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (299) 306; zie over hoe uitgebreid de macht van de toezichthoudende overheid is: A. MAST, "De specifieke inhoud van het gemeentelijk belang", *TBP* 1967, (344) 351.

¹⁷⁵⁸ J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State. Afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, 807.

In het *Vlaamse Gewest* is eerst en vooral in een *algemeen bestuurlijk toezicht* voorzien. De toezichthoudende overheid kan de beslissingen van de intergemeentelijke overheid ambtshalve opvragen en bij het intergemeentelijk samenwerkingsverband alle documenten en inlichtingen opvragen of die ter plaatse raadplegen. De Vlaamse regering kan die beslissingen vervolgens schorsen en vernietigen.¹⁷⁵⁹ Er kan ook een klacht worden ingediend bij de toezichthoudende overheid tegen een beslissing, waarna zij het betreffende besluit eveneens moet opvragen.¹⁷⁶⁰ Er bestaat ook de mogelijkheid om dwangtoezicht uit te voeren. De toezichthoudende overheid kan daartoe een (of meerdere) commissaris(sen) ter plaatse sturen.¹⁷⁶¹ Daarnaast is er voorzien in een bijzonder *goedkeuringstoezicht*. Dit houdt in dat de toezichthoudende overheid de oprichting van een dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging moet goedkeuren.¹⁷⁶² Intussen is er met het initiatief tot regiovorming door Vlaams minister voor Binnenlands Bestuur SOMERS besloten t.a.v. *nieuwe* samenwerkingsverbanden die binnen de grenzen van de vastgestelde referentieregio's vallen, het bestuurlijk goedkeuringstoezicht af te schaffen en te vervangen door een meldings- en publicatieplicht en een voorafgaand niet-bindend advies van het Agentschap Binnenlands Bestuur (ABB) voor oprichtingen en statutenwijzigingen. T.a.v. *bestaande* intercommunales wordt het goedkeuringstoezicht op statutenwijzigingen eveneens afgeschaft. De meldings- en publicatieplicht en het voorafgaand niet-bindend advies van het ABB bij een statutenwijziging komt in de plaats. "*Deze principes zullen worden verankerd en verder uitgewerkt naar aanleiding van de aanpassing van het decreet over het lokaal bestuur in 2022.*", aldus de nota aan de Vlaamse Regering betreffende de regiovorming.¹⁷⁶³

Die evolutie lijkt diametraal in te gaan tegen de versterkte controle die het DLB voorzag. In 2017 werd er een controle ingevoerd op de mogelijkheid voor de dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging om een participatie te nemen

¹⁷⁵⁹ Art. 463 DLB.

¹⁷⁶⁰ Art. 465 DLB.

¹⁷⁶¹ Art. 470 DLB.

¹⁷⁶² Art. 418 DLB.

¹⁷⁶³ Nota aan de Vlaamse Regering betreffende de Regiovorming – afbakening referentieregio's en vervolgttraject, *Parl.St.* VI.Parl. nr. 187/1*quinquies*, 9-10.

in een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersoon – die zelf geen dergelijke vereniging zijn. Naast een bijzondere motiveringsplicht (cf. voor- en nadelen afwegen en noodzakelijkheid aantonen) voert de Vlaamse regering een goedkeuringstoezicht uit op die deelnemingsbeslissing. Gelet op het kluwen aan participaties en filialen dat de laatste jaren werd uitgebouwd, valt het niet te verwonderen dat de invoering van dit goedkeuringstoezicht werd ingevoerd om hier opnieuw grip op te krijgen.¹⁷⁶⁴ Het is evenwel opvallend dat er geen algemeen bestuurlijk toezicht is voorzien op de beslissingen die de intergemeentelijke vertegenwoordiger neemt in filialen en private entiteiten waarin de intercommunale participeert – dit in tegenstelling tot het Waalse en Brussels Hoofdsteljk Gewest, zie hieronder. Het feit dat een entiteit wordt opgericht met statuten die in overeenstemming zijn met het gemeentelijk belang, belet evenwel niet dat concrete doelstellingen en activiteiten dit later mogelijk overstijgen.

In het *Waalse Gewest* is er eveneens voorzien in een *algemeen bestuurlijk toezicht*, waarbij de Waalse regering van het intergemeentelijk samenwerkingsverband de toezending kan eisen van een bepaalde beslissing, vergezeld van de bijbehorende bewijsstukken, en deze kan nietig verklaren indien de handeling de wet schendt of het algemeen en regionaal belang schaadt. Dit is het geval indien de handeling in strijd is met de beginselen van behoorlijk bestuur of met het belang van een hogere autoriteit.¹⁷⁶⁵ Daarnaast is er een *goedkeuringstoezicht* voorzien, waarbij verschillende handelingen van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, waaronder statutenwijzigingen, de jaarrekening en de samenstelling van de raad van bestuur ter goedkeuring moeten worden voorgelegd aan de Waalse regering.¹⁷⁶⁶

¹⁷⁶⁴ Onderzoek van het Agentschap Binnenlands Bestuur toonde aan dat nogal wat dienstverlenende en opdrachthoudende verenigingen de afgelopen jaren een kluwen van 'dochters' hebben uitgebouwd, iets wat destijds met artikel 78 van het DIS nochtans niet beoogd was. Zie http://www.vvsg.be/Werking_Organisatie/Financien/Documents/20170414_rapport_inventarisatie_VP.PDF. Zie voor wat betreft het DIS: Omzendbrief van 11 januari 2002. Toepassing van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking, BS 14 februari 2002 waarin onder meer is te lezen: "Het is niet de bedoeling dat als alternatief voor de opheffing van de gemengde intercommunale sector, de gemeenten en hun verenigingen stelselmatig hun toevlucht nemen tot een samenwerking op grond van artikel 78, waarbij hun inspraak veel geringer is."

¹⁷⁶⁵ Art. L3122-1 CDLD.

¹⁷⁶⁶ Art. L3131-1, §3 CDLD.

Ook in het *Brussels Hoofdstedelijk Gewest* kan de regering een *algemeen bestuurlijk toezicht* uitoefenen op bepaalde beslissingen van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, door de uitoefening van een akte op te schorten en te vernietigen indien de intercommunale er de wet of de statuten mee overtreedt of het algemeen belang schaadt.¹⁷⁶⁷ Daarnaast is er een *goedkeuringstoezicht* voorzien op de oprichtingsakte, de statuten en de eventuele bijlagen, alsook op alle hieraan aangebrachte wijzigingen die voor de aangesloten gemeenten leiden tot bijkomende verplichtingen of een vermindering van hun rechten.¹⁷⁶⁸ Het aanstellen van een 'bijzondere commissaris' is onder bepaalde voorwaarden ook mogelijk.¹⁷⁶⁹

De toezichthoudende overheid kan bijgevolg overgaan tot de schorsing en vernietiging van beslissingen indien deze in strijd zijn met de wet, de statuten overtreden of het algemeen belang schaden. Indien blijkt dat een beslissing het gemeentelijk belang overstijgt, is het dus aan de toezichthoudende overheid om hiertegen op te treden, eventueel na een klacht. Het intergemeentelijk samenwerkingsverband zal de beslissing van de toezichthoudende overheid waarbij wordt overgegaan tot dergelijke vernietiging moeten eerbiedigen. Het intergemeentelijk samenwerkingsverband kan een beroep instellen tegen de beslissing bij de Raad van State, maar als de vernietiging overeind blijft, zal de intercommunale zich hiernaar moeten schikken. Uiteraard is het in eerste instantie natuurlijk aan de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zelf én aan de deelnemende gemeenten om het gemeentelijk belang te respecteren (zie ook *infra* DEEL III, nr. 388 en 402).

312. Overstijging van gemeentelijk belang – De vraag kan ook worden gesteld wat er gebeurt als een intergemeentelijk samenwerkingsverband het gemeentelijk belang overstijgt, maar de toezichthoudende overheid of rechter hier geen uitspraak over doet of kán doen. Zo is er bv. geen uitdrukkelijk toezicht voorzien op beslissingen van (intergemeentelijke vertegenwoordigers) in filialen en private entiteiten waarin Vlaamse intergemeentelijke samenwerkings-

¹⁷⁶⁷ Art. 84-85 ordonnantie van 5 juli 2018.

¹⁷⁶⁸ Art. 87 ordonnantie van 5 juli 2018.

¹⁷⁶⁹ Art. 89 ordonnantie van 5 juli 2018.

verbanden participeren.¹⁷⁷⁰ In het arrest Intradura wordt als argument door de verzoekende partij vermeld dat "*elke statutaire bepaling van een opdrachthoudende vereniging die strijdig is met artikel 41 van de Grondwet (...) volgens hen onwettig en niet bindend [is].*".¹⁷⁷¹ Het lijkt inderdaad juist te zijn dat een intercommunale die het gemeentelijk belang niet behartigt hierdoor on(grond)wettelijk optreedt¹⁷⁷² en dat die overheidshandeling "*in strijd met haar aard en systeemvreemd [is].*".¹⁷⁷³ Maar als er geen toezicht op wordt uitgeoefend of er geen klacht tegen wordt ingediend, kan hier verder niets tegen worden ondernomen. Ook al zou de handeling niet-bindend zijn, toch blijft de onwettigheid bestaan en – meer nog – zal de intercommunale in een 'zweem' van onwettigheid ageren. Zoals ook de parlementaire onderzoekscommissie die werd opgericht n.a.v. het Publifinschandaal opmerkt, is er ten aanzien van onwettige beslissingen en handelingen in de organieke bepalingen niets voorzien van administratieve of strafrechtelijke sancties, maar doet ze wel een oproep om hiertoe over te gaan.¹⁷⁷⁴

313. Schending specialiteitsbeginsel – *Supra* 3.2. werd al meegegeven dat het specialiteitsbeginsel impliceert dat de intercommunale enkel kan optreden om de specifieke doelstellingen te behartigen die zijn vastgelegd in de statuten. De statuten moeten de doelstellingen en activiteiten van de intercommunale opsommen en moeten bovendien restrictief worden geïnterpreteerd. Indien het intergemeentelijk samenwerkingsverband het specialiteitsbeginsel overschrijdt bij het nastreven van bepaalde doelstellingen of het uitvoeren van bepaalde taken,

¹⁷⁷⁰ Dit is opmerkelijk, aangezien in 1921 ten aanzien van de private deelname bijvoorbeeld werd gesteld dat "*les associations prévues ne pourront être établies que sous son contrôle*", waarmee werd bedoeld dat private deelname aan het intergemeentelijk samenwerkingsverband enkel kon mits toezicht door de overheid – net om erover te waken dat het gemeentelijk belang niet in het gedrang zou komen, zie *Ann.parl.* Kamer 1920-1921, 2466.

¹⁷⁷¹ RvS 9 mei 2019, nr. nr. 244.455, BVBA WILLER en NV A.B.O.G. t. TMVW en OV INTRADURA, overw. 9.1.2.

¹⁷⁷² Zie bv. "*Ofwel is het doel van de associatie het gemeentelijk belang en dan kan enkel de rechtsvorm van de intercommunale aanvaard worden, ofwel is het doel van de associatie niet het gemeentelijk belang en dan is het verband tussen de gemeenten ongrondwettelijk*" (eigen onderlijning) in K. LEUS en J. DEBIÈVRE, "De gemeente en de publiek-private samenwerking" in S. VANSTEENKISTE en L. VENY (eds.), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, (61) 140, vn. 284 en daar daar aangehaalde rechtspraak van de Raad van State.

¹⁷⁷³ S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 63.

¹⁷⁷⁴ *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin, Parl.St. W.Parl.* 2016-17, nr. 861/1, 64.

zal die handeling eveneens onwettig zijn. Het wettelijk specialiteitsbeginsel is van openbare orde, wat met zich meebrengt dat iedereen de nietigheid van de handeling kan vorderen indien die derde er een belang bij heeft.¹⁷⁷⁵

3.5. Tussentijdse conclusie

314. Toetsingskader – Gemeenten kunnen zich enkel verenigen met het oog op de gemeenschappelijke behartiging van doelstellingen van gemeentelijk belang. Die wettelijke verplichting vloeit voort uit het gegeven dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband een territoriaal en functioneel gedecentraliseerd bestuur is, dat als een verlengstuk van de deelnemende gemeenten is te beschouwen en door en voor gemeenten wordt opgericht. Ondanks dat het gemeentelijk belang 'onbepaald' is en in eerste instantie door de gemeenten zelf wordt ingevuld (cf. gemeentelijke autonomie), is het zeker niet 'onbegrensd'. Specifiek ten aanzien van het intergemeentelijk samenwerkingsverband blijkt onder meer uit de *ratio legis* van de organieke wetgeving dat het gemeentelijk belang op personeel, territoriaal en inhoudelijk vlak is afgebakend.

Ten eerste beperkt het gemeentelijk belang *ratione personae* de doelstellingen en activiteiten van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in die mate dat ze de inwoners van de deelnemende gemeenten ten goede moeten komen. Doelstellingen en activiteiten die worden uitgevoerd t.a.v. derden/niet-deelnemers (ook private ondernemingen) en niet-inwoners ten goede komen, overstijgen het gemeentelijk belang *ratione personae*. Statuten kunnen dit niet anders bepalen aangezien ze geen afbreuk kunnen doen aan de decretale verplichting dat intercommunales het gemeentelijk belang (inclusief personele beperking) moeten behartigen. Dat niet-inwoners sporadisch ook kunnen genieten van de werking van de intercommunale *op het grondgebied van de deelnemers* (bv. een intergemeentelijke bibliotheek, zwembad) is bijgevolg een

¹⁷⁷⁵ F. LEDAIN, "Het wettelijk specialiteitsbeginsel kan niet zomaar voor alle doeleinden worden ingeroepen door de belastingadministratie", *FISCWEEK* 2020, afl. 119, (1) 2; RvS 7 maart 2017, nr. 237.577, NV Sita Treatment & Recycling, overw. 5.1.1.: "Handelingen verricht met miskennis van deze wettelijke specialiteit kunnen op verzoek van iedere belanghebbende worden nietig verklaard. De wettelijke specialiteit wordt immers geacht de openbare orde te raken."

pragmatische uitzondering. In het licht van die begrenzing *ratione personae* kan het sluiten van een overeenkomst op grond waarvan de intercommunale activiteiten stelt die *niet-inwoners ten goede* komen ook kritisch worden bekeken, zeker in het licht van bestaande deelnemingsvoorwaarden. Het sluiten van *overeenkomsten* met niet-deelnemers en met private ondernemingen om het eigen doel t.a.v. de *inwoners* van de deelnemende gemeenten te kunnen realiseren, lijkt daarentegen wel mogelijk, mits de statuten dit toelaten (cf. specialiteitsbeginsel).

Ten tweede beperkt het gemeentelijk belang *ratione loci* het doel en de activiteiten van de intercommunale tot het grondgebied van de deelnemende gemeenten. In het licht van dit uitgangspunt oordeelde de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, al verschillende keren – volgens mij onterecht – dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden ook *buiten* het grondgebied van de deelnemende gemeenten kunnen optreden. Statuten kunnen dit opnieuw niet anders bepalen aangezien ze geen afbreuk kunnen doen aan de decretale verplichting dat intercommunales het gemeentelijk belang (inclusief territoriale beperking) moeten behartigen. Er bestaat geen juridisch verschil tussen het uitoefenen van activiteiten in een aanpalende niet-deelnemende gemeente, en het uitoefenen van activiteiten in een gemeente in bijvoorbeeld een ander gewest of zelfs in het buitenland. Er mogen wel *overeenkomsten* worden gesloten met derden van buiten dat territorium ter uitvoering van activiteiten die bijdragen aan het eigen doel *op het intergemeentelijk grondgebied*, indien de statuten deze mogelijkheid uitdrukkelijk voorzien (cf. specialiteitsbeginsel)

Ten derde beperkt het gemeentelijk belang *ratione materiae* de doelstellingen en activiteiten van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op inhoudelijke wijze. Welke doelstellingen en activiteiten inhoudelijk gezien van gemeentelijk belang zijn, hangt in eerste instantie af van de oprichtende gemeenten *zelf*. Het doel en de activiteiten kunnen het 'economisch gemeentelijk belang' betreffen, maar een intergemeentelijk samenwerkingsverband mag nooit een doel nastreven dat essentieel, hoofdzakelijk of uitsluitend commercieel of industrieel is en mag niet een in hoofdzaak of uitsluitend privaat belang behartigen. De wetgever beklemtoonde stelselmatig dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband ook

geen winstoogmerk kan vooropstellen. Met dit in het achterhoofd, kan het oordeel van de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak dat bijkomstige zuiver commerciële activiteiten mogelijk zijn, in twijfel worden getrokken. Doelstellingen en activiteiten die enkel zijn gericht op financiële opbrengsten met het oog op het laten toenemen van de gemeentelijke middelen, lijken niet verzoenbaar te zijn met de (traditionele) visie op het gemeentelijk belang als 'nobeles' doelstelling. Statuten mogen dit uitgangspunt ook niet ruimer invullen door zuiver commerciële doelstellingen en activiteiten toe te laten.

315. Onverenigbaarheid – Op die manier bestaan er drie afgeleide uitgangspunten, afgeleid uit de *ratio legis*, die het gemeentelijk belang begrenzen. Toch lijken de intergemeentelijke praktijk, de statuten van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en het oordeel van de Raad van State niet altijd te rijmen met de (traditionele) uitgangspunten van dit toetsingskader. Uit het aftoetsen van bepaalde twijfelachtige doelstellingen en activiteiten aan het toetsingskader blijkt dat zij het gemeentelijk belang zowel *ratione personae, loci* als *materiae* overstijgen.¹⁷⁷⁶ De uitoefening van economische en commerciële activiteiten zoals en in de mate waarin dit vandaag de dag gebeurt, lijkt eenvoudigweg moeilijk verzoenbaar te zijn met de geest van de intercommunale wetgeving. Indien er hier niet tegen wordt opgetreden (bv. door de toezichthoudende overheid), zal de (onwettige) handeling van het intergemeentelijk samenwerkingsverband – ookal treedt de intercommunale on(grond)wettelijk op en is de overheidshandeling in strijd met de aard van de intercommunale en systeemvreemd – blijven bestaan. De intercommunale zal in een 'zweem' van onwettigheid blijven handelen.

316. Gewijzigde economische rol – Die botsing met het gemeentelijk belang vloeit voornamelijk voort uit het feit dat de economische rol van het intergemeentelijk samenwerkingsverband een enorme evolutie kende: van een

¹⁷⁷⁶ Dit is ongetwijfeld het geval als we naar de doelstellingen en activiteiten van bepaalde (filialen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kijken: "*Va-t-on scinder les activités entre celles qui doivent rester des activités de services public et d'autres qui peuvent être totalement privées? C'est évidemment l'emploi de l'ensemble de ces filiales qui serait alors en danger.*" in X., "A quoi servent les intercommunales en Belgique? Réponse en 6 temps", *La Libre Belgique*, 27 januari 2017, 3.

afwezigheid van marktoptreden van de intercommunale en een dienstverlening vanuit voornamelijk sociaal oogpunt aan het begin van de 20^{ste} eeuw, over een stijgend economisch overheidsinterventionisme tijdens het interbellum, naar een optreden als marktspeler ten gevolge van de liberaliseringstendenzen vanaf de jaren '80. Op vandaag ontfermen de intercommunales zich over een erg gevarieerd palet aan doelstellingen. Indien ze niet monopolistisch te werk gaan, laten ze zich daarbij vaak in met activiteiten die ook door private bedrijven worden uitgevoerd en treden ze in concurrentie met die private entiteiten. Met een omzet van net geen 10,5 miljard euro in 2015 is het duidelijk dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden een indrukwekkend gewicht zijn gaan innemen in het Belgische economisch leven.

Opvallend daarbij is dat er – ondanks het evolutief karakter van het gemeentelijk belang (zie *supra* 1.2.) *quasi* geen activiteiten zijn 'losgelaten' sinds 1922. Een zeldzaam geval waarin de intergemeentelijke samenwerking is verdwenen, is de sector van de buurtspoorwegen, maar die activiteit werd al na de Eerste Wereldoorlog stopgezet. Er zijn vooral in grote mate sectoren *bijgekomen* waarin intergemeentelijke samenwerkingsverbanden doelstellingen vooropstellen. Waar het gemeentelijk belang een evolutief begrip is, lijkt er door de gemeenten dus, enerzijds, snel op de kar te zijn gesprongen indien er een 'nieuw' gemeentelijk belang opdook¹⁷⁷⁷ en, anderzijds, bitter weinig doelstellingen te zijn losgelaten. Het gemeentelijk belang werkt natuurlijk in beide richtingen (zie *infra* DEEL III).

Het feit dat bepaalde intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (concurrentiële) economische activiteiten (op een markt) uitvoeren, zorgt bovendien dat ze onder het personele toepassingsgebied vallen van verschillende bepalingen. In o.a. het mededingingsrecht, het overheidsopdrachtenrecht en het fiscaal recht wordt de intercommunale die (op concurrentiële wijze) economische activiteiten (op een markt) uitvoert, en de intercommunale die andere

¹⁷⁷⁷ Denk bijvoorbeeld aan de opkomst van informatie- en communicatietechnologie (ICT) en de daaruit voortvloeiende oprichting van CIPAL DV in 1979 als het Centrum voor Informatica van de provincie Antwerpen met als doel de studie, organisatie en promotie van de informatica en de toepassing ervan ten behoeve van de openbare besturen in de provincie Antwerpen, zie art; 4, §1 van de oprichtingsakte, <https://www.c-smart.be/assets/Uploads/Verklaringen-/oprichtingsakte-CIPAL.PDF>.

doelstellingen en activiteiten vooropstelt, juridisch op een functioneel gedifferentieerde wijze benaderd. De organieke wetgeving op intergemeentelijke samenwerking kent geen dergelijke functionele benadering aangezien de fundamentele van de organieke wetgeving al een eeuw teruggaan en de maatschappij en het economisch overheidsinterventionisme er toen volledig anders uitzagen. De vraag rijst vervolgens onvermijdelijk of het organiek kader dergelijke functionele benadering zou moeten voorzien om de intergemeentelijke werking aan te passen aan de 21^{ste} eeuw. Daarbij mag tegelijkertijd echter niet worden vergeten dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband, gelet op het feit dat ze als territoriaal en functioneel gedecentraliseerd bestuur een verlengstuk is van de deelnemende gemeenten, te allen tijde ook publiekrechtelijke waarborgen moet respecteren – óók indien het optreedt als commerciële marktspeeler in concurrentie met private ondernemingen.¹⁷⁷⁸ Zie uitgebreid DEEL III.

317. Problemen door hybriditeit – Het feit dat de problemen omtrent de al dan niet toegelaten doelstellingen en activiteiten zich effectief op de grens tussen het gemeentelijk belang en commerciële activiteiten – en dus tussen 'publiek' en 'privaat' – situeren, typeert de intergemeentelijke samenwerking als hybride entiteit. De gemeentelijke autonomie en het ideologisch gewicht van deze discussie maken het er niet makkelijker op. Over de vraag of er zich wettelijke aanpassingen opdringen en of een kerntakendebat heil kan brengen, zie *infra* DEEL III.

¹⁷⁷⁸ "[L]es intercommunales ne peuvent s'orienter vers la recherche de l'efficacité et de la qualité sans examiner parallèlement les outils d'intervention qui leur permet d'assurer le service public." in K. LEUS en J. DEBIÈVRE, "De gemeente en de publiek-private samenwerking" in S. VANSTEENKISTE en L. VENY (eds), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, (61) 134.

4. Samenvattende conclusie en antwoord op de subonderzoeksvraag

318. In het tweede deel van dit proefschrift werd het duidelijk dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband als lokaal gedecentraliseerd bestuur ook op vandaag een sterk doorgedreven hybride finaliteit heeft. Enerzijds, aangezien de organieke regelgeving (het DLB, de CDLD, en de ordonnantie van 5 juli 2018) elementen uit het publiek- en het privaatrecht combineert (cf. mix van 'publiekrechtelijke' en 'privaatrechtelijke' juridische regimes). Anderzijds, zelfs nog meer dan ik aan het begin van dit onderzoek had verwacht, aangezien andere (niet-organieke) wetgeving en ook initiatieven die de intercommunale zélf neemt haar op de grens tussen publiek en privaat en tussen overheid en onderneming plaatsen.

Dit tweede deel bracht die hybriditeit van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in kaart door via een analyse en een evaluatie een antwoord te formuleren op de volgende subonderzoeksvraag: *'Hoe krijgt het intergemeentelijk samenwerkingsverband in de drie gewesten een hybride invulling (in de organieke regelgeving) en welke problemen veroorzaakt de hybriditeit?'*. De weergave en juridische verduidelijking van de hybriditeit werd gevolgd door een evaluatie. Daarbij werd onderzocht in welke mate de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zoals ze vandaag bestaan nog overeenstemmen met de *ratio legis* inherent aan de organieke regelgeving. Op basis van de juridische analyse van de hybriditeit van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en de achterliggende *ratio legis*, kan volgend referentiekader worden opgesteld:

Tabel 2 - Referentiekader intergemeentelijke samenwerking (o.b.v. ratio legis)

	Organieke regelgeving	Ratio legis
	<ul style="list-style-type: none"> ▪ IGS heeft geen handelskarakter (voorheen: geen 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Volledig onttrekken aan commerciële bepalingen ▪ Juridisch niet als onderneming benaderen

Aard en karakter	burgerlijk karakter)	
	<ul style="list-style-type: none"> ▪ IGS is een publiekrechtelijke rechtspersoon 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Verwarring met handelsvennootschap vermijden ▪ Algemene beginselen van administratief recht toepassing laten vinden
Rechtsvorm	<ul style="list-style-type: none"> ▪ IGS krijgt op principiële of aanvullende wijze hybride rechtsvorm 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Louter de werking van de IGS vergemakkelijken
Doel en activiteit	<ul style="list-style-type: none"> ▪ IGS moet het gemeentelijk belang behartigen 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Moet ten goede komen van de inwoners ▪ Moet beperkt zijn tot het intergemeentelijk grondgebied ▪ Hoofdzakelijk, uitsluitend commerciële/industriële doelstelling/activiteit die in hoofdzaak privaat belang betreft, mag niet + winstogmerk mag niet

❖ **De aard en het karakter van het intergemeentelijk samenwerkingsverband**

319. Zonder alles in detail te willen herhalen, blijkt uit de analyse en evaluatie dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband als lokale gedecentraliseerde bestuursvorm qua aard en karakter effectief 'geklemd' zit tussen overheid en onderneming. Sinds jaar en dag is het de visie van de organieke regelgever dat (de verbintenissen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden 'geen handelskarakter' hebben. De organieke regelgever wil het intergemeentelijk samenwerkingsverband zo volledig onttrekken aan de toepassing van commerciële bepalingen en vermijden dat de intercommunale juridisch als onderneming wordt benaderd.

Wat echter blijkt, is dat Europese en federale initiatieven die intentie vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw meer en meer doorkruisen. Het Europees mededingingsrecht en het marktpraktijkenrecht – en dus ook het WER ter omzetting van deze Europese bepalingen – hanteren autonome begrippen als aanknopingspunt van hun regelgeving waarbij het Hof van Justitie verdere interpretatie geeft aan deze ondernemingsbegrippen. Sinds kort hanteert het federale ondernemingsrecht niet langer het 'handelskarakter' (lees: handelaarsbegrip) van een bepaalde entiteit als determinerend criterium voor zijn toepassing, maar is er overgeschakeld naar een ruimer ondernemingsbegrip. Kenmerkend aan al deze ondernemingsbegrippen is dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband via een functionele benadering in principe aan het toepassingsgebied van regelgeving wordt onderworpen: enkel de *activiteit* van een rechtspersoon is immers van belang voor de kwalificatie als onderneming, los van de rechtsvorm of van enige (nationale) kwalificatie die het tegenovergestelde zou beweren. Wat blijkt, is dat het uitdrukkelijk voorziene 'gebrek aan handelskarakter' van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden de kwalificatie als onderneming (inclusief de bijhorende toepassing van commerciële bepalingen) blijkbaar in de feiten niet langer kan vermijden. Concreet vindt het mededingingsrecht toepassing op bepaalde intercommunales, verklaren ondernemingsrechtvaarders zich bevoegd t.a.v. bepaalde intercommunales, zijn ze al verschillende keren als onderneming gekwalificeerd in het marktpraktijken- en consumentenbeschermingsrecht, enzovoort. In het licht van de *ratio legis* gaat dit duidelijk te ver – zeker wat de federale regelgeving betreft – maar aan de doorwerking van het Unierecht valt hoe dan ook niet te 'ontsnappen'. Dit is iets wat de wetgever in 1922 uiteraard niet kon voorzien.

De regionale wetgever slaagt er met andere woorden niet langer in om de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden te onttrekken aan commerciële bepalingen. De relevantie van de organieke bepaling waarbij uitdrukkelijk wordt voorzien dat (de verbintenissen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden 'geen handelskarakter' hebben, is de laatste jaren gereduceerd. Meer nog, er is zelfs sprake van een uitholling van de kwalificatie waardoor de aloude wens van de wetgever om de intercommunale te onttrekken aan de toepassing van commerciële bepalingen en om haar niet te beschouwen

als onderneming, gaandeweg is aangetast door factoren 'buiten zijn wil'. Door die uitholling lijkt de economische realiteit vandaag de dag op het eerste gezicht misschien meer te worden omarmd, maar aan de andere kant kan ook worden gesteld dat het feit dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband aan de toepassing van commerciële bepalingen is onttrokken en nooit kon worden beschouwd als een onderneming, een wezenskenmerk is van de intercommunale (cf. referentiekader). De entiteit die als onderneming aan bepalingen van het WER is onderworpen, is in die optiek dan ook niet meer als een intergemeentelijk samenwerkingsverband in haar essentie te typeren. De wetgever kon hier natuurlijk niet op anticiperen in 1922, maar trad hier in de loop der tijd ook niet tegen op. Meer hierover *infra* DEEL III.

320. Daarnaast wil de organieke regelgever de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden onderwerpen aan de toepassing van 'de algemene beginselen van het administratief recht' en verwarring met handelsvennootschappen door de hybriditeit vermijden, door hen uitdrukkelijk te kwalificeren als publiekrechtelijk rechtspersonen. De concrete impact van die uitdrukkelijke kwalificatie moet echter worden genuanceerd, aangezien het toepassingsgebied van administratiefrechtelijke regelgeving en beginselen zelden (louter) afhangt van dergelijke uitdrukkelijke kwalificatie door de wetgever. Uit het onderzoek naar de toepassingsgebieden van onder meer de wetten van de openbare dienst, de uitvoeringsimmunititeit, het faillissementsrecht, het begrip administratieve overheid en de beginselen van behoorlijk bestuur, blijkt dat de concrete impact van de uitdrukkelijke kwalificatie eigenlijk relatief beperkt is. Elk beginsel en iedere wetgeving heeft een eigen toepassingsgebied *ratione personae* dat in principe losstaat van de uitdrukkelijke kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon. Enkel ten aanzien van het begrip 'administratieve overheid' en in het kader van de beginselen van behoorlijk bestuur neemt de rechter de wil van de wetgever mogelijk in aanmerking, maar het is onduidelijk in welke mate die wil doorweegt.

321. De notie 'geen handelskarakter' en de uitdrukkelijke kwalificatie als 'publiekrechtelijke rechtspersoon' werden decennia geleden wettelijk ingeschreven door de wetgever om de intercommunale in 'de publieke sfeer' te

houden. Het is duidelijk dat bepaalde intergemeentelijke samenwerkingsverbanden tegenwoordig wél als onderneming worden gekwalificeerd en dat de publiekrechtelijke kwalificatie niet voor de toepassing van 'algemene beginselen van het administratief recht' – en meer bepaald de beginselen van de openbare dienst – zorgt. Elementen die vroeger zijn ingevoerd en die als wezenskenmerk van de intercommunale kunnen worden omschreven (cf. referentiekader), lijken hun essentie intussen te zijn verloren. Het doel is voorbijgestreefd.

❖ **De (suppletieve) rol van het vennootschapsrecht bij de *sui generis*-rechtsvorm**

322. Uit het onderzoek naar de rechtsvorm blijkt dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden ook op dit vlak 'geklemd' zitten tussen het publiekrecht en het privaatrecht. Hoewel er sprake is van een verschillende formulering – in de Waalse en Brussels Hoofdstedelijke regelgeving is er sprake van een *principiële* en in de Vlaamse regelgeving van een *aanvullende* toepassingsverklaring van het vennootschapsrecht – is er in de drie gewesten voorzien dat het federale vennootschapsrecht enkel van toepassing is op de intercommunales zolang er niet van wordt afgeweken in het DLB, de CDLD, de ordonnantie van 5 juli 2018, of in de statuten van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Die wetgevingstechniek werd al in 1922 gehanteerd om de werking van de intercommunale te vergemakkelijken, zonder dat dit van het intergemeentelijk samenwerkingsverband een NV of een CVBA maakte. Onder meer gelet op de bestaande decretale afwijkingen en het feit dat de statuten van intercommunales afwijkingen op de (dwingende) NV- en CVBA-bepalingen (kunnen) voorzien, nemen de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden bovendien ook niet de *rechtsvorm* aan van een NV of een CVBA – iets wat de Waalse en Brussels Hoofdstedelijke regelgever mijns inziens onterecht doen uitschijnen door dit uitdrukkelijk voorop te stellen in de CDLD en in de ordonnantie van 5 juli 2018. De drie gewestelijke regelgevers stellen hybride en tegelijkertijd ook *sui generis*-rechtsvormen voorop.

323. Ondanks het feit dat de decreet- en ordonnantiegever in afwijkingen op het federale vennootschapsrecht voorzien, zijn ze binnen hun bevoegdheden gebleven bij de creatie van de hybride rechtsvormen. De deelstatelijke wetgever mag de

federale vennootschaps- en verenigingstypes immers enigszins denatureren. Zijn vrijheid wordt wel beperkt door het evenredigheidsbeginsel en/of de voorwaarden die zijn gekoppeld aan de theorie van de impliciete bevoegdheden zoals vervat in artikel 10 van de BWHI, die bovendien elkaars 'spiegelbeeld' zijn.

324. De hybride vormgeving blijft evenwel niet zonder problemen. Gelet op het principe van de dynamische verwijzing zou de recente hervorming van het vennootschaps- en verenigingsrecht (wat resulteerde in de aanneming van het WVV) doorwerking moeten vinden op de betreffende bepalingen in de regelgeving omtrent intergemeentelijke samenwerking. De toepassing van dit principe van de dynamische verwijzing is echter niet zo vanzelfsprekend. Belangrijk is dat de CVBA niet langer bestaat als rechtsvorm en de CV niet louter is gecreëerd ter vervanging van de CVBA, waardoor er geen dynamische interpretatie kan plaatsvinden. Het ingrijpend gevolg is dat er een dynamische interpretatie plaatsvindt naar niet langer bestaande bepalingen (cf. want opgegeven), waardoor er geen kader als terugvalbasis meer *is* en het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 als enig geldende regelgeving overblijven (naast de statuten van de intercommunale). Ten aanzien van de bepalingen in het CDLD waarin er wordt verwezen naar de NV, kan de dynamische interpretatie wel worden aangehouden aangezien de 'nieuwe' NV duidelijk ter vervanging van de 'oude' is ingevoerd.

Hoe dan ook vormt de gehanteerde wetgevingstechniek een jammerlijk procedé aangezien de dynamische verwijzing zorgt voor een verminderde leesbaarheid en een verminderde toegankelijkheid van de verwijzende regelgeving. Bij de Vlaamse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden moeten er zowaar drie wetgevingsinstrumenten in acht worden genomen, met name het DLB, het WVV en de verouderde omzendbrief van 2003 – en daar bovenop de statuten die van samenwerkingsverband tot samenwerkingsverband verschillen. Dit zorgt voor een weinig rechtszeker, weinig transparant, en onoverzichtelijk geheel van toepasselijke regelgeving. De afdeling Wetgeving van de Raad van State raadt die wetgevingstechniek terecht af. Er kan in ieder geval worden besloten dat er een verhoogde waakzaamheid nodig is bij de hybride vormgeving van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. De keuze van de wetgever aan het begin van de 20^{ste} eeuw om gebruik te maken van het privaatrecht bij de

vormgeving van de intercommunale berustte op het argument dat dit 'louter de werking van de intercommunale vergemakkelijkt'. Op vandaag lijkt die wetgevingstechniek de intergemeentelijke werking echter niet langer te vergemakkelijken, maar daarentegen nodeloos complex te maken – dit onder meer als gevolg van het federaliseringsproces. Het blijft bovendien onduidelijk in welke mate het vennootschapsrecht concreet van toepassing is op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.

Het zou hoe dan ook nuttig zijn dat de deelstatelijke wetgever de onderlinge verhouding tussen de publiekrechtelijke bepalingen en privaatrechtelijke vennootschapsrechtelijke bepalingen op voorhand vastlegt, maar dit lijkt nog niet zo snel te gebeuren. Artikel 92, 2°-3° van het Vlaamse decreet tot wijziging van diverse decreten wat betreft versterking van de lokale democratie heeft de woorden 'met beperkte aansprakelijkheid' intussen geschrapt, maar de Vlaamse decreetgever stond niet stil bij de precaire verhouding tussen de intercommunale en het WVV. Het argument dat de nieuwe CV aansluit bij de vroegere rechtsvorm van de CVBA lijkt me onvoldoende onderbouwd te zijn, aangezien de verschillen tussen de CV en de BV immers beperkt zijn en het WVV schuift de BV net uitdrukkelijk als *default* naar voren. De afweging of de CV dan wel de BV het best overeenstemt met de structuur van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden lijkt me nochtans een fundamentele oefening. Het valt dan ook af te wachten of de Waalse en Brussels Hoofdstedelijke regelgever anders zullen optreden (meer hierover *infra* DEEL III).

325. Tot slot lijdt het geen twijfel dat gemeenten 'de privaatrechtelijke weg' *niet* kunnen inslaan om intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op te richten en dat ze zich dus niet op het private vennootschaps- en verenigingsrecht kunnen beroepen om op institutionele wijze samen te werken.

❖ **Doel en activiteiten: de verplichting tot de behartiging van het gemeentelijk belang**

326. Een derde aspect dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op de grens plaatst tussen publiek en privaat en tussen overheid en onderneming is hun doel en de activiteiten. De organieke regelgever vereist uitdrukkelijk dat gemeenten zich verenigen met het oog op de gemeenschappelijke behartiging van doelstellingen van gemeentelijk belang. Dit vloeit voort uit het gegeven dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband een functioneel gedecentraliseerde entiteit is die als verlengstuk van de gemeente is te beschouwen waarbij de rechtstreekse band met de gemeenten die ze hebben opgericht, moet gevrijwaard blijven. Het gemeentelijk belang is misschien wel onbepaald, maar zeker niet onbegrensd. Samengevat, beperkt het gemeentelijk belang *ratione personae* de doelstellingen en activiteiten van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in die mate dat ze de inwoners van de deelnemende gemeenten ten goede moeten komen. Het gemeentelijk belang *ratione loci* beperkt het doel en de activiteiten van de intercommunale tot het grondgebied van de deelnemende gemeenten. *Ten derde* beperkt het gemeentelijk belang *ratione materiae* de doelstellingen en activiteiten van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op inhoudelijke wijze: de samenwerkende gemeenten bepalen in eerste instantie *zelf* wat van gemeentelijk belang is (cf. gemeentelijke autonomie), maar een intercommunale mag nooit een doel nastreven dat essentieel, hoofdzakelijk of uitsluitend commercieel of industrieel is en mag niet een in hoofdzaak of uitsluitend privaat belang nastreven. In die traditionele opvatting is het louter spijzen van de gemeentekas bovendien niet voldoende en het intergemeentelijk samenwerkingsverband kan geen winstoogmerk vooropstellen.

327. Waar er op die manier toch drie duidelijk afgeleide uitgangspunten lijken te bestaan die het gemeentelijk belang begrenzen, stemt de praktijk vaak niet overeen met dit toetsingskader. In de praktijk is er de laatste eeuw sprake van een temporele ontwikkeling van de uitoefening van zuiver 'publieke' doelstellingen en activiteiten (vanuit sociaal oogpunt) naar de uitoefening van economische, commerciële activiteiten op een markt, zelfs in concurrentie met private bedrijven. Bepaalde (filialen van) intercommunales doen aan dienstverlening aan niet-inwoners, voeren doelstellingen en activiteiten buiten het grondgebied van de

deelnemende gemeenten uit, en laten zich verleiden tot zuiver commerciële activiteiten gericht op een zo hoog mogelijk winstmarge. Het is bijgevolg duidelijk dat sommige intergemeentelijke doelstellingen en activiteiten niet langer kaderen in een van de wettelijke bestaansvoorwaarden van intercommunale, nl. de verplichting tot de behartiging van het gemeentelijk belang. Naast bepaalde intergemeentelijke doelstellingen en activiteiten valt ook het oordeel van de Raad van State hieromtrent niet altijd te rijmen met de uitgangspunten die zijn samengebracht in het toetsingskader, net zoals statuten vaak te verregaand worden opgesteld. Het vooropstellen van economische en commerciële doelstellingen en activiteiten zoals en in de mate waarin dit vandaag de dag gebeurt, lijkt eenvoudigweg moeilijk verzoenbaar te zijn met de geest van de intercommunale wetgeving.

Indien er echter niet wordt opgetreden (bv. door de toezichhoudende overheid) tegen intergemeentelijk optreden dat het toetsingskader te buiten gaat, zal de onwettigheid blijven bestaan ofschoon de intercommunale dan on(grond)wettelijk optreedt, en de overheidshandeling in strijd met de aard van de intercommunale en systeemvreemd is. De intercommunale handelt in een 'zweem' van onwettigheid.

328. Tot slot impliceert het feit dat sommige intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in vergelijking met vroeger (concurrentiële) economische activiteiten (op een markt) uitvoeren de personele toepassing van bepaalde wetgeving. Verschillende rechtstakken (cf. mededingingsrecht, overheidsopdrachtenrecht, fiscaal recht) hanteren een functioneel onderscheid tussen het intergemeentelijk samenwerkingsverband dat economische activiteiten (op een markt) uitvoert, en het intergemeentelijk samenwerkingsverband dat andere doelstellingen en activiteiten ambieert. Opvallend is dat de organieke wetgeving op de intergemeentelijke samenwerking geen dergelijke functionele benadering kent. In dat opzicht kan er worden gesproken over een *one size fits all*-benadering in de organieke regelgeving: alle intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zijn in principe onderworpen aan dezelfde regels, ongeacht de doelstellingen en activiteiten die ze ambiëren.

❖ **Overkoepelende conclusie**

329. De realiteit waarin het intergemeentelijk samenwerkingsverband fungeert, werd in dit deel in kaart gebracht. Sinds de eerste wet van 1 maart 1922 betreffende de vereniging tot nut van 't algemeen is er bijna honderd jaar verstreken en onderging de maatschappij verschillende evoluties. De ontwikkelingen op het vlak van het toenemend gebruik van privaatrechtelijke technieken door de overheid, het stijgend economisch overheidsinterventionisme, het federaliseringsproces en bijhorende (de)federale initiatieven, en de Europese invloed op leerstukken en begrippen, zijn slechts enkele evoluties die een invloed hebben op de aard en het karakter, de rechtsvorm, en de doelstellingen en activiteiten van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. De bevoegde wetgever heeft die evoluties doorheen de jaren niet in aanmerking genomen bij de uitwerking van zijn organieke regelgeving. De decreetgever dient zich echter bewust te zijn van de gewijzigde context waarin het intergemeentelijk samenwerkingsverband opereert, zeker nu blijkt dat de hybriditeit van de intercommunale niet enkel door het organiek kader *an sich*, maar ook door allerlei externe factoren wordt ingegeven en zelfs wordt versterkt. Verschillende externe invloeden bewegen bepaalde intergemeentelijke samenwerkingsverbanden meer richting het privaatrecht en de private sector. Hierdoor hebben vele organieke elementen in de praktijk niet langer de draagwijdte die ermee was vooropgesteld (cf. *ratio legis*) en ontstaan er verschillende problemen.

330. *Tabel 3* geeft visueel weer welke elementen de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden een hybride bestaan bezorgen en welke problemen/moeilijkheden de hybriditeit veroorzaakt.

Tabel 3 – Elementen van hybriditeit gekoppeld aan indicatieve criteria

- (org.) = element opgenomen in gewestelijke organieke regelgeving.

	Privaatrechtelijk element	Publiekrechtelijk element	Problemen/ moeilijkheden
Aard en karakter	<ul style="list-style-type: none"> ▪ "Geen handelskarakter" (org.) ▪ Invloed ondernemingsrecht (WER) ▪ Invloed Europese regelgeving (via autonome begripsinvulling) 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ "Publiekrechtelijke rechtspersoon" (org.) 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Uitholling "geen handelskarakter" door federale en Europese initiatieven ▪ Uitholling "publiekrechtelijke rechtspersoon" door eigen toepassingsgebieden <i>ratione personae</i>
Rechtsvorm	<ul style="list-style-type: none"> ▪ (Suppletieve) rol vennootschapsrecht (org.) 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Sui generis</i>-vormgeving (org.) ▪ Oprichting via publiekrechtelijke weg 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Dynamische interpretatie t.a.v. WVV onmogelijk ▪ Rechtsonzekerheid en moeilijke leesbaarheid door dynamische verwijzing
Doel en activiteit en	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Economische/commerciële/private/concurrentiële doelstellingen en activiteiten op een markt ▪ Filialisering en participatie (org.) 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Behartigen van het gemeentelijk belang (org.) 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Behartigen van doelstellingen en activiteiten die het gemeentelijk belang overstijgen

331. Het antwoord op de subonderzoeksvraag hoe het intergemeentelijk samenwerkingsverband hybride is vormgegeven (analyse) en welke problemen die hybriditeit met zich meebrengt (evaluatie), is hiermee gegeven. Het organiek kader lijkt op bepaalde vlakken niet langer geschikt te zijn aangezien het niet is

DEEL II – Onderzoek naar de hybriditeit van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden

mee geëvolueerd met juridische en maatschappelijke evoluties. De hybriditeit die oorspronkelijk met de beste bedoelingen was geïntroduceerd, brengt op vandaag namelijk verschillende (ongewenste) complicaties met zich mee. Tal van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zoals ze vandaag bestaan, stemmen bovendien niet langer overeen met/zijn gedenatureerd t.o.v. het referentiekader (zie *supra* nr. 318) en dus met de *ratio legis* die aan de basis ligt van de wettelijke omkadering van intergemeentelijke samenwerking. De decreetgever zal de problemen die daarbij rijzen toch 'onder ogen moeten zien' en moeten remediëren. Op welke manier de organieke regelgever dit het beste doet, wordt in DEEL III uitgewerkt. In dat laatste deel van dit proefschrift wordt er via een normatief onderzoek een aanzet gedaan voor een toekomstbestendige intergemeentelijke samenwerking.

DEEL II – Onderzoek naar de hybriditeit van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden

DEEL III – ONE SIZE FITS ALL? FUNCTIONELE DIFFERENTIATIE EN UNIFORMITEIT ALS ANTWOORD OP HYBRIDITEIT

"Cette situation à la frontière du domaine public et du domaine privé, du service public et de l'entreprise commerciale, n'est pas étrangère aux critiques et aux abus dont ces associations font l'objet."

– BOULET, Collection 'Au Quotidien' CPCP, 2012

Op welke wijze kunnen de problemen worden opgelost die de hybriditeit teweegbrengt en hoe kan het organiek kader van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden daarbij worden geoptimaliseerd?

Hypothese – Het organiek kader dient functioneel gedifferentieerd te zijn naargelang de doelstelling en activiteit van het intergemeentelijk samenwerkingsverband.

332. Opbouw – Intergemeentelijke samenwerking is een belangrijk instrument binnen de lokale bestuurlijke organisatie. Dit was een eeuw geleden zo en is op vandaag onveranderd. Wat wel veranderd is, is de maatschappij en de juridische benadering van deze maatschappij. Het verklarend en evaluatief onderzoek naar de hybriditeit van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden dat is uitgevoerd in DEEL II, maakte duidelijk dat dit, enerzijds, een onaangepast organiek kader met zich meebrengt dat niet is mee-geëvolueerd met belangrijke maatschappelijke evoluties, zoals de Europeanisering, de federalisering en de toenadering tussen overheid en onderneming. Anderzijds lokt dit intergemeentelijke samenwerking uit die niet langer concordeert met de initiële bedoeling van de regelgever.

Hierop voortbouwend wordt in DEEL III de normatieve subonderzoeksvraag beantwoord hoe de benoemde problemen die de hybriditeit van deze entiteiten teweegbrengt, kunnen worden ondervangen en op welke wijze het organiek kader

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

daarbij kan worden geoptimaliseerd. Met andere woorden: (hoe) moet het organiek kader idealiter worden herontworpen? Het normatief onderzoek poogt geen ideaaltypisch kader uit te werken aangezien er meerdere mogelijkheden zijn ter remediëring die bovendien een politiek debat vergen. Daarom worden er, enerzijds, 'krachtlijnen' en, anderzijds, handvaten/richtsnoeren/principes in de vorm van aanbevelingen geformuleerd die tegemoet komen aan de problemen die de hybriditeit veroorzaakt. Die aanbevelingen moeten worden beschouwd als alternatieven voor de bestaande uitwerking, waarbij het ene alternatief al opportuener is dan het andere. Toch worden ook de – volgens mij – minder wenselijke alternatieven geformuleerd om de organieke regelgever de nodige beoordelingsruimte te laten, maar ik behoud me het recht voor om telkens aan te geven welke aanbeveling mijn persoonlijke voorkeur geniet. De krachtlijnen en aanbevelingen zijn in eerste instantie gericht tot de organieke decreet- en ordonnantiegever. In tweede instantie zijn ze gericht tot andere entiteiten, waaronder actoren op het politieke niveau en de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zelf.

In de zoektocht naar welke krachtlijnen er dienen te worden gehanteerd en welke aanbevelingen mogelijk zijn, wordt op verschillende plaatsen in het recht naar inspiratie gezocht (1.). Daarbij komen respectievelijk de verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn (1.1.), de federale autonome overheidsbedrijven (1.2.), en de Nederlandse (privaatrechtelijke) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (1.3.) aan bod.

Vervolgens wordt deze input meegenomen in het onderzoek naar de optimalisatie van het organiek kader (2.). De indeling die werd gehanteerd in de voorgaande twee delen wordt doorgetrokken om de focus van dit onderzoek op de hybriditeit van de intercommunale te behouden. Zo komen achtereenvolgens de aard en het karakter (2.1.), de rechtsvorm (2.2.) en het doel en de activiteiten (2.3.) van het intergemeentelijk samenwerkingsverband aan bod. Binnen elk onderdeel wordt er bij de ophijsting van krachtlijnen en aanbevelingen voor een toekomstbestendige intergemeentelijke samenwerking, een onderscheid gemaakt tussen 1) aanbevelingen vanuit een conservatieve benadering en 2) aanbevelingen vanuit een moderne benadering. Bij de aanbevelingen vanuit een moderne benadering

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

is de hypothese dat het organiek kader functioneel gedifferentieerd dient te zijn naargelang de doelstelling en activiteit van het intergemeentelijk samenwerkingsverband het uitgangspunt. Elke aanbeveling is vergezeld van een oplistings van haar voor- en nadelen.

In het derde en laatste hoofdstuk wordt kort ingegaan op de aanbevelingen over de functionele differentiatie die zijn geformuleerd vanuit de moderne benadering en hoe deze samensmelten tot een typologie waarbij er een uniform kader bestaat met tweevoudige functionele differentiatie (3).

De bevindingen worden samengevat in een conclusie (4.).

1. Inspiratiebronnen voor normatief onderzoek

333. Toelichting keuze inspiratiebronnen – Dit normatief onderzoek beoogt de volgende normatieve subonderzoeksvraag te beantwoorden: "*Op welke wijze kunnen de problemen worden opgelost die de hybriditeit teweegbrengt en hoe kan het organiek kader van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden daarbij worden geoptimaliseerd?*". Daartoe wordt er inspiratie gezocht bij drie soorten overheidsrechtspersonen, respectievelijk *lokale*, *federale* en *internationale* uitdrukkingen van bestuurlijke organisatie:

- 1) Lokale bestuurlijke organisatie: de keuze voor de verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn is gefundeerd op twee afwegingen. Enerzijds op de eveneens lokale inbedding van de entiteiten (*tertium comparationis*). Anderzijds op het bestaan van een palet aan samenwerkingsvormen, waarbij er op het eerste gezicht een verschillende organieke behandeling bestaat naargelang het een publiekrechtelijke variant of een privaatrechtelijke variant betreft (1.1.).
- 2) Federale bestuurlijke organisatie: de keuze voor de federale autonome overheidsbedrijven is gebaseerd op het feit dat zowel de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden als de federale autonome overheidsbedrijven in de feiten een juridische duale behandeling kennen (*tertium comparationis*), maar dat dit uitdrukkelijk wettelijk is voorzien t.a.v. het federaal autonoom overheidsbedrijf. Hierbij wordt vertrokken van het idee dat wat de hypothese bij DEEL III vooropstelt, nl. een afzonderlijk/aangepast referentiekader naargelang de activiteit, niet revolutionair is. In België krijgen de federale autonome overheidsbedrijven reeds een functioneel gedifferentieerde/tweeledige juridische uitwerking naargelang de doelstellingen en activiteiten van het federaal autonoom overheidsbedrijf (1.2.).
- 3) Buitenlandse bestuurlijke organisatie: tot slot is ook de keuze voor een functionele rechtsvergelijking met de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (*tertium comparationis*) in Nederland op twee afwegingen

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

gebaseerd. Enerzijds, op het feit dat intergemeentelijke samenwerking in Nederland – net zoals in België – een lange historische traditie kent en er recent opnieuw een hervorming van de wetgeving op intergemeentelijk samenwerking heeft plaatsgevonden. Anderzijds, op de mogelijkheid voor steden en gemeenten om zich – in tegenstelling tot in België – naast het publiekrecht ook op het privaat te baseren om zich te verenigen. Gelet op de functionele benadering van het rechtsvergelijkend onderzoek, wordt er niet gefocust op specifieke problemen als democratisch deficit en 'bestuurlijke spaghetti'¹⁷⁷⁹ (1.3.).

Gemeenschappelijk aan intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en aan de drie inspiratiebronnen is dat deze allemaal in de grijze zone tussen de publieke en de private sector te situeren zijn. Het onderzoek naar de drie overheidsrechtspersonen omvat telkens een beknopt overzicht van hun wettelijke regulering/organiek kader, een vergelijking met de Belgische intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, en een eerste aanzet tot wat er ter inspiratie in het normatief onderzoek kan worden meegenomen. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een tussentijdse conclusie (1.4.).

¹⁷⁷⁹ E.R. MULLER, H. KUMMELING en R. NEHMELMAN (eds.), *Instituten van de staat*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, 7.6.

1.1. De verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn

"Het logge publiekrechtelijke statuut van de vereniging met een aantal inherente verplichtingen en een rechtspositieregeling die afwijkt van de klassieke privaatrechtelijk cao's hypothekeken vaak een flexibele en bedrijfsvriendelijke werking."

– VERBIST, GYSEN & MICHIELS, De vereniging van privaatrecht van woon- en zorgcentra, 2013

334. Palet aan verenigingsvormen – Net zoals deze mogelijkheid bestaat voor steden en gemeenten, kan ook het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn (hierna: OCMW) samenwerkingsverbanden oprichten ter realisatie van zijn taken.¹⁷⁸⁰ Het belang van samenwerking tussen OCMW's werd nogmaals aangetoond met de coronacrisis. De Belgische woonzorgcentra kregen waarschijnlijk nog nooit zoveel media-aandacht: "*Woonzorgcentrum Sint-Pieter in Puurs telt af naar eerste vaccins*"¹⁷⁸¹; "*1.000 euro coronapremie voor elk personeelslid van Grimbergs rusthuis*"¹⁷⁸². Projecten als 'Slaatje Praatje' (een mobiele sociale kruidenier geïnitieerd door de welzijnsvereniging Weldenderend met het oog op een structurele aanpak van armoede¹⁷⁸³), en de Seniorenmobiel (een vervoersdienst uitgewerkt door de welzijnsvereniging Sleutelzorg Temse voor andersvalide personen, minder-mobiele personen of 60-plussers¹⁷⁸⁴) bewijzen in ieder geval het nut van de vereniging of vennootschap voor maatschappelijk welzijn of de 'OCMW-vereniging'.

De mogelijkheid voor OCMW's om (te verzelfstandigen en) samen te werken gaat al enkele decennia terug. In de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de

¹⁷⁸⁰ Art. 474, §1 DLB e.v. (Vlaamse Gewest); art. 118 e.v. Loi organique de 08 juillet 1976 des centres publics d'action sociale (Waalse Gewest); art. 118 e.v. Organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (Brussels Hoofdstedelijk Gewest).

¹⁷⁸¹ Nieuwsblad, 27 december 2020, https://www.nieuwsblad.be/cnt/dmf20201227_95880554.

¹⁷⁸² VRT NWS, 15 december 2020, <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2020/12/15/grimbergs-woonzorgcentrum-geeft-1000-euro-coronapremie-aan-elk-p/>.

¹⁷⁸³ Zie voor dit project www.slaatjepraatje.be.

¹⁷⁸⁴ Zie voor dit project <http://www.sleutelzorgtemse.be/index.php/nl/diensten/lokaal-dienstencentrum-t-achterpoortje?view=article&id=54&catid=14>.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

openbare centra voor maatschappelijk welzijn, zorgde hoofdstuk XII ('Verenigingen') voor de juridische omkadering hiervan.¹⁷⁸⁵ De uitwerking van hoofdstuk XII werd in 1976 bovendien geïnspireerd op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.¹⁷⁸⁶ In artikel 94, §7 van de OCMW-wet werd trouwens ook verwezen naar de mogelijkheid om een 'intercommunale vereniging' op te richten, maar deze werkwijze werd zelden tot nooit toegepast en werd bijgevolg met de loop der tijd opgeheven.¹⁷⁸⁷

Waar het Sint-Michielsakkoord in 1993 t.a.v. de intergemeentelijke samenwerking in een regionalisering van de bevoegdheid voorzag (zie *supra* nr. 164), was dit eveneens (gedeeltelijk) het geval voor de verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn.¹⁷⁸⁸ Het Vlaamse Gewest werkte de OCMW's en zijn verenigingen eerst verder uit in een Vlaamse versie van de wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn. Vervolgens nam de Vlaamse decreetgever het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn¹⁷⁸⁹ (hierna: OCMW-decreet) aan en voerde daar in de loop der jaren belangrijke wijzigingen aan door.¹⁷⁹⁰ Recent werden de bepalingen omtrent de Vlaamse verenigingen en

¹⁷⁸⁵ Opvallend is dat LEVAUX tijdens de parlementaire behandeling in een amendement voorstelde om dit hoofdstuk (artt. 118-135) weg te laten: "*In de huidige stand van zaken maakt dit hoofdstuk het in feite niet alleen mogelijk dat particuliere rechtspersonen zich mengen in de activiteit van de centra voor maatschappelijk welzijn, doch ook dat die rechtspersonen, gezien hun effectieve macht, de hele openbare activiteit ter zake gaan domineren.*" (eigen onderlijning), zie Amendement voorgesteld door de heer Levaux bij het ontwerp van organieke wet betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *Parl.St.* Kamer 1975-76, nr. 923/8.

¹⁷⁸⁶ "*Verder dienden de bepalingen van de wet van 1 maart 1922 omtrent de vereniging van gemeenten tot nut van 't algemeen als voorbeeld voor de uitwerking van het statuut van de verenigingen van C.M.W.'s*" in Adv.RvS nr. 11.905 van 14 maart 1975 bij het wetsontwerp van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, 5.

¹⁷⁸⁷ In het Vlaamse Gewest werd die mogelijkheid daarom met het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (*BS* 24 december 2008) opgeheven, zie MvT bij het ontwerp van decreet betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *Parl.St.* VI.Parl. 2007-08, 1701/1, 110.

¹⁷⁸⁸ Zie art. 6, VIII, 1° BWHI.

¹⁷⁸⁹ *BS* 24 december 2008.

¹⁷⁹⁰ Zie bv. de invoering van de woonzorgvereniging en woonzorgvennootschap door art. 68 e.v. van het decreet van 29 juni 2012 tot wijziging van het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *BS* 17 augustus 2012. Zie ook de voorbereidende werken voor de tegenkanting vanuit verschillende hoeken, *Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1558.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

vennootschappen voor maatschappelijk welzijn opgenomen in deel 3, titel 4 van het DLB.¹⁷⁹¹ In het Waalse en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest geldt nog steeds een aangepaste versie van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn. De ordonnantie van 22 oktober 2020 tot wijziging van artikel 79 en hoofdstuk XII*bis* van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn¹⁷⁹², voerde recent een aantal belangrijke wijzigingen door aan het organiek kader t.a.v. de OCMW-verenigingen in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

In het Vlaamse Gewest bestaan er op vandaag vijf samenwerkingsmogelijkheden waartussen Vlaamse OCMW's kunnen kiezen, wat toevallig evenveel opties zijn als intergemeentelijke samenwerkingsmogelijkheden. De Vlaamse OCMW's kunnen samenwerken in een welzijnsvereniging, een autonome verzorgingsinstelling, een ziekenhuisvereniging, een vereniging en vennootschap voor sociale dienstverlening, en een woonzorgvereniging en woonzorgvennootschap.¹⁷⁹³ In het Waalse Gewest is de 'oorspronkelijke' *association régie par la loi du 8 juillet 1976* als enige samenwerkingsvorm

¹⁷⁹¹ Art. 474-515 DLB. De invoering van een goedkeuringstoezicht op de oprichting van een ziekenhuisvereniging en een vereniging of vennootschap voor sociale dienstverlening is bijvoorbeeld een belangrijke wijziging die het DLB doorvoerde, zie art. 502, §1, eerste lid en 508, §1, vierde lid DLB.

¹⁷⁹² BS 29 oktober 2020.

¹⁷⁹³ Zie uitgebreid over de Vlaamse verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn: M. DECOCK, "De verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn" in S. HENNAU, S. KEUNEN en S. VAN GARSSE (eds.), *Het Decreet lokaal bestuur*, Brugge, Vanden Broele, 2018, 153-191. Zie ook J. COTTYN, "Samenwerkingsverbanden voor OCMW's. Meer dan een doekje voor het bloeden!", *OCMW Visies* 2002, afl. 1; C. BERX, "Interlokale samenwerking voor meer welzijn: OCMW-samenwerkingsverbanden, een overzicht" in S. VAN GARSSE (ed.), *Verzelfstandiging en samenwerking op lokaal vlak*, Brussel, Politeia; G. VAN TICHELDT, "De OCMW-verenigingen. Relas van een ontdekkingsstocht – Deel 1", *Bin.B.* 2000, afl. 17; J. COTTYN, "Verzelfstandiging van OCMW-activiteiten: de OCMW-vereniging" in S. VAN GARSSE (ed.), *Verzelfstandiging en samenwerking op lokaal vlak*, Brussel, Politeia; M. DE LANGE, J. LEROY, H. PLAS, P. VANDERSTAPPEN, D. VANHOLSBECK e.a., *Verzelfstandiging op lokaal niveau: een afwegingskader*, http://www.vvsg.be/Werking_Organisatie/Verzelfstandiging/Documents/Afwegingskader%20verzelfstandiging%20%28juli%202013%29.pdf; C. GYSEN, "De OCMW-vereniging van publiek recht" in W. RASSCHAERT, L. VERMEIREN en B. WARNEZ (eds.), *OCMW-verzelfstandiging*, Mechelen, Kluwer, 2015; F. DE RYNCK en E. WAYENBERG, "De lokale besturen" in A. HONDEGHEM, W. VAN DOOREN, F. DE RYNCK, B. VERSCHUERE en S. OP DE BEECK (eds.), *Handboek bestuurskunde: organisatie en werking van het openbaar bestuur*, Brugge, Vanden Broele, 2013; K. DE COENSEL, "Publiek-publieke en publiek-private samenwerking vanuit het OCMW: een overzicht", *OCMW Visies* 2000, afl. 4.

behouden.¹⁷⁹⁴ In het Brussels Hoofdstedelijk Gewest zijn er verschillende verenigingsmogelijkheden voorzien, maar het is me niet geheel duidelijk hoe deze zich t.o.v. elkaar verhouden. In ieder geval is er – net zoals haar Waalse variant – de oorspronkelijke 'vereniging onderworpen aan de wet van 8 juli 1976'.¹⁷⁹⁵ In hoofdstuk XII*bis* van de Brusselse versie van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn is de ziekenhuisvereniging geregeld, die op haar beurt verschillende subvormen kan aannemen: de plaatselijke vereniging¹⁷⁹⁶, de ziekenhuis-vzw¹⁷⁹⁷, de koepelvereniging¹⁷⁹⁸, en 'andere verenigingen'¹⁷⁹⁹. Toch lijkt uit de organieke wet voort te vloeien dat al deze samenwerkingsmogelijkheden zijn onder te brengen onder de oorspronkelijke 'vereniging onderworpen aan de wet van 8 juli 1976'.

Waar de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn aan het eind van de jaren tachtig nog in één enkele publiekrechtelijke *sui generis*-verenigingsmogelijkheid voorzag voor alle Belgische OCMW's, is er nu meer diversificatie. Relevant voor dit proefschrift en kenmerkend aan deze manier van lokale bestuurlijke organisatie is dat het uitgewerkte palet aan verenigingsvormen 'geklemd' zit tussen het publiek- en het privaatrecht – iets wat herkenbaar is...

335. Vlaamse Gewest: publiekrechtelijke en privaatrechtelijke variant? –

In het *Vlaamse Gewest* vermelden artikel 476, tweede lid en artikel 498, tweede lid van het DLB uitdrukkelijk dat respectievelijk de welzijnsvereniging en de autonome verzorgingsinstelling een 'vereniging van publiekrecht' zijn. De welzijnsvereniging wordt voorzien om een van de opdrachten uit te voeren die aan de centra voor maatschappelijk welzijn zijn toevertrouwd en voor leidinggevende, staf-, expert- en managementfuncties.¹⁸⁰⁰ De autonome

¹⁷⁹⁴ Art. 121 jo. art. 121*bis* Loi organique de 08 juillet 1976 des centres publics d'action sociale (Waalse Gewest).

¹⁷⁹⁵ Art. 121*bis* Organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (Brussels Hoofdstedelijk Gewest).

¹⁷⁹⁶ Onderafdeling I.

¹⁷⁹⁷ Onderafdeling II.

¹⁷⁹⁸ Onderafdeling III.

¹⁷⁹⁹ Onderafdeling IV.

¹⁸⁰⁰ Art. 475 DLB.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

verzorgingsinstelling kent haar bestaansreden dan weer in het exploiteren van (een gedeelte van) een ziekenhuis.¹⁸⁰¹ Wat hun rechtsvorm betreft, nemen de welzijnsvereniging en de autonome verzorgingsinstelling een zuiver publieke rechtsvorm aan die integraal is uitgewerkt in het DLB. Toch blijkt de *sui generis*-rechtsvorm in de praktijk ook soms moeilijkheden te veroorzaken: "*Bij de welzijnsvereniging en de autonome verzorgingsinstelling krijg je ook wel merkwaardige zaken, zoals notarissen die deze rechtsvormen niet goed kennen waardoor ze een eigen interpretatie geven aan de regels (bv. een buitengewone algemene vergaderingen beleggen op het notariskantoor om een statutenwijziging te doen).*".¹⁸⁰²

Anderzijds zijn er de ziekenhuisvereniging, de vereniging en vennootschap voor sociale dienstverlening, en de woonzorgvereniging en woonzorgvennootschap. De ziekenhuisvereniging beoogt de gehele of gedeeltelijke exploitatie van een ziekenhuis of ziekenhuisgebonden activiteiten.¹⁸⁰³ De vereniging of vennootschap voor sociale dienstverlening dient voor het vervullen van sociale doeleinden, maar dit met uitsluiting van de gehele of gedeeltelijk exploitatie van een ziekenhuis of ziekenhuisgebonden activiteiten.¹⁸⁰⁴ De woonzorgvereniging of de woonzorgvennootschap heeft de exploitatie van woon- en zorgcentra op het oog, opnieuw met uitsluiting van de gehele of gedeeltelijke exploitatie van een ziekenhuis of ziekenhuisgebonden activiteiten.¹⁸⁰⁵ Ten aanzien van deze drie laatste vormen van OCMW-verenigingen is er op het eerste gezicht op verregaande wijze gebruik gemaakt van het privaatrecht. Het DLB bepaalt immers dat OCMW's 'een vzw als vermeld in het Wetboek van vennootschappen en verenigingen kunnen oprichten'¹⁸⁰⁶ en dat ze 'lid kunnen worden van een vzw als

¹⁸⁰¹ Art. 496 DLB; voor de reden van opsplitsing tussen de welzijnsvereniging en de autonome verzorgingsinstelling, zie memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet over het lokaal bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2017-18, nr. 1353/1, 25 en 150.

¹⁸⁰² I. CARLENS, M. DECOCK, F. VANDENDRIESSCHE, S. VAN GARSSE, J. VOETS en D. VOS, *Juridisch-bestuurskundig onderzoek – Evaluatie van het organiek kader voor verzelfstandiging en samenwerking*, Agentschap Binnenlands Bestuur, 2021, R51.

¹⁸⁰³ Art. 501, eerste lid DLB.

¹⁸⁰⁴ Art. 508, §1, eerste lid DLB.

¹⁸⁰⁵ Art. 513, eerste lid DLB.

¹⁸⁰⁶ Art. 501, eerste lid DLB (ziekenhuisvereniging).

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

vermeld in het Wetboek van vennootschappen en verenigingen¹⁸⁰⁷. De titel van hoofdstuk 4 ('Verenigingen van privaatsrecht met het oog op de gehele of gedeeltelijke exploitatie van een ziekenhuis of van ziekenhuisgebonden activiteiten: de ziekenhuisvereniging') en van hoofdstuk 6 ('Verenigingen of vennootschappen van privaatrecht van woon- en zorgcentra: de woonzorgvereniging of de woonzorgvennootschap') laten uitschijnen dat het hier om verenigingen of vennootschappen van privaatrecht gaat – hoewel deze term niet wordt hernomen in de eigenlijke decretale bepalingen. Indien OCMW's overgaan tot de gezamenlijke oprichting van een afzonderlijke rechtspersoon, nl. een ziekenhuisvereniging, vereniging en vennootschap voor sociale dienstverlening, of een woonzorgvereniging en woonzorgvennootschap, lijkt de praktijk/rechtsleer er al te gemakkelijk van uit te gaan dat zij een vzw- of vso-vorm aannemen en eenvoudigweg 'privaatrechtelijke' vzw's en vennootschappen zijn.¹⁸⁰⁸

Deze drie soorten verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn hebben echter geen (zuiver) private rechtsvorm en zijn volgens mij dan ook geen privaatrechtelijke verenigingen of vennootschappen. Net zoals dit het geval is bij de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, is er sprake van een *sui generis*-rechtspersoon met een eigen hybride rechtsvorm (zie *supra* nr. 242 e.v.). Het DLB voorziet immers in een combinatie van, enerzijds, eigen 'DLB-bepalingen' en, anderzijds, bepalingen uit het vennootschaps- en verenigingsrecht om de OCMW-verenigingen organiek vorm te geven. De bepalingen van het DLB moeten tegelijkertijd – en dus samen met de privaatrechtelijke bepalingen – in acht

¹⁸⁰⁷ Art. 508, §1 DLB (vereniging/vennootschap voor sociale dienstverlening); art. 513, eerste lid DLB (woonzorgvereniging/-vennootschap). Voor de vennootschap voor sociale dienstverlening en de woonzorgvennootschap kan dit bovendien ook als 'sociale onderneming als vermeld in het Wetboek van vennootschappen en verenigingen' (lees: coöperatieve vennootschap), zoals voorzien in respectievelijk art. 508, §1 jo. 512 DLB (vennootschap voor sociale dienstverlening) en art. 513, eerste lid jo. art. 515 DLB (woonzorgvennootschap).

¹⁸⁰⁸ Zie bv. E. MAES, "Privaatrechtelijke verzelfstandiging van een OCMW-woonzorgcentrum. Procesverloop vanuit de publiekrechtelijke bril en praktijk", PowerPoint te raadplegen op https://www.zorgneticuro.be/sites/default/files/general/2.%20Evelyne%20Maes_Curriculum_Verzelfstandiging%20vanuit%20OCMW.pdf, waarin wordt gesteld dat de 'meerwaarde van de private rechtsvorm (*sic.*) is dat deze kostenefficiëntie veroorzaakt (op personeelsmatig vlak via een Paritair Comité vs. Rechtspositieregeling) en beslissingsefficiëntie (geen administratief toezicht)'.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

worden genomen. Zo wordt er onder meer voorzien in artikel 502, §1 van het DLB dat het met redenen omklede besluit van de raad of raden voor maatschappelijk welzijn tot oprichting van een ziekenhuisvereniging is onderworpen aan de goedkeuring van de Vlaamse Regering. Verder zijn er nog verschillende bepalingen die een t.o.v. de vzw afwijkend statuut regelen, bv. artikel 503, 2° van het DLB dat voorziet dat de vereniging wordt opgericht voor een periode die, behalve na een voorafgaande verlenging, niet langer mag zijn dan dertig jaar. Artikel 514 §2, derde lid, 2° van het DLB maakt het onmogelijk om de woonzorgvereniging of woonzorgvennootschap te ontbinden binnen de eerste zes jaar na de oprichting. Ook wijkt de Vlaamse decreetgever af van bv. artikel 9:4, 1° van het WVV en artikel 6:3 van het WVV. Beide artikelen stellen dat de nietigheid van respectievelijk een vzw en een coöperatieve vennootschap kan worden uitgesproken als het aantal geldig verbonden oprichters respectievelijk minder dan twee of drie bedraagt. Artikel 501, eerste lid van het DLB en artikel 508, §1, derde lid, 1° van het DLB voorzien echter dat de ziekenhuisvereniging en de vereniging of vennootschap voor sociale dienstverlening ook *enkel door een OCMW* kunnen worden opgericht, en artikel 513 van het DLB voorziet dat de woonzorgvereniging en de woonzorgvennootschap ook door *slechts twee rechtspersonen* (nl. een OCMW en minstens een private rechtspersoon) kunnen worden opgericht. Bovendien laat de Vlaamse decreetgever de OCMW-vereniging eveneens toe af te wijken van het WVV in haar statuten. Net zoals dit bij de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden al werd uiteengezet, is dit uiteraard niet mogelijk voor een entiteit die een NV, CV of vzw *is*.¹⁸⁰⁹ De Vlaamse decreetgever voorziet bijgevolg ten aanzien van deze OCMW-samenwerkingsvormen op een verregaande wijze afwijkingen op de (dwingende) bepalingen van het federale vennootschaps- en verenigingsrecht. Aangezien de publiekrechtelijke weg steeds "*een specifieke regel [veronderstelt] die, hetzij voor een welbepaald geval, hetzij op generieke wijze, de rechtspersoonlijkheid toekent*"¹⁸¹⁰, kiezen de OCMW's hier via dit Vlaams decreet het 'publiekrechtelijke procedé'. Dit houdt in dat "*de overheid gebruik maakt van haar publiekrechtelijke*

¹⁸⁰⁹ M.u.v. de mogelijkheid om af te wijken van suppletieve bepalingen van het vennootschaps- en verenigingsrecht.

¹⁸¹⁰ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, doctoraatssthesi Rechten UGent, 2003, 100.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

bevoegdheid om een rechtspersoon op te richten".¹⁸¹¹ In dat opzicht moet de vraag of de ziekenhuisvereniging, de vereniging en vennootschap voor sociale dienstverlening en de woonzorgvereniging en woonzorgvennootschap wel een vennootschap, een vereniging of een stichting als vermeld in het Wetboek van vennootschappen en verenigingen *is*, volgens mij negatief worden beantwoord.

Net zoals 'de vennootschap' een type rechtspersoon is en de NV, BV en CV specifieke rechtsvormen zijn die tot het type 'vennootschap' behoren, zijn de ziekenhuisvereniging, de vereniging en vennootschap voor sociale dienstverlening en de woonzorgvereniging en woonzorgvennootschap rechtsvormen die tot het type 'vereniging of vennootschap voor maatschappelijk welzijn' behoren. De Vlaamse decreetgever bevestigt dit trouwens uitdrukkelijk door in artikel 474, §1, tweede lid van het DLB te stellen dat "[d]e samenwerkingsverbanden, vermeld in het eerste lid, (...) verenigingen of vennootschappen voor maatschappelijk welzijn [zijn]". Het zijn geen vennootschappen, verenigingen of stichtingen, en ze nemen niet de rechtsvorm aan van een NV, BV, CV, vzw, of stichting. Ze nemen de rechtsvorm aan van een ziekenhuisvereniging (ZV), vereniging of vennootschap voor sociale dienstverlening (VSD), of een woonzorgvereniging of woonzorgvennootschap (WZV).

Dat de ziekenhuisvereniging, de vereniging en vennootschap voor sociale dienstverlening en de woonzorgvereniging en woonzorgvennootschap geen private vennootschappen, verenigingen of stichtingen zijn, volgt volgens mij – naast de afwijking op (dwingende) bepalingen van het WVV – uit dezelfde overwegingen als diegene die werden gemaakt t.a.v. de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.

Ten eerste, de OCMW's richten de ziekenhuisvereniging, de vereniging en vennootschap voor sociale dienstverlening en de woonzorgvereniging en woonzorgvennootschap, op grond van de organieke regelgeving (nl. het DLB) op en niet op grond van het privaatsrecht (nl. het WVV). De grondslag

¹⁸¹¹ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, doctoraatssthesis Rechten UGent, 2003, 97.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

is met andere woorden te vinden in een specifieke (dwingende) positiefrechtelijke regelgeving die de Vlaamse decreetgever "*op basis van de autonome bevoegdheidsgronden*"¹⁸¹² heeft uitgewerkt en *niet* in het private vennootschaps- en verenigingsrecht. De OCMW-vereniging wordt opgericht krachtens¹⁸¹³ het DLB: de OCMW's kiezen dan ook voor 'de publiekrechtelijke weg' in het leerstuk van de (organisatierechtelijke) tweewegenleer¹⁸¹⁴ – en ze mógen zich in principe zelfs niet op het private vennootschapsrecht beroepen om een verzelfstandigde- of samenwerkingsentiteit op te richten aangezien er een dwingende positiefrechtelijke regel bestaat.¹⁸¹⁵

Ten tweede, de ziekenhuisvereniging, de vereniging en vennootschap voor sociale dienstverlening en de woonzorgvereniging en woonzorgvennootschap, zijn geen private vennootschap, vereniging of stichting aangezien ze niet voldoen aan de

¹⁸¹² J. VANPRAET, *De latente staatsvorming*, Brugge, die Keure, 2011, 457.

¹⁸¹³ D. VAN GERVEN, "Grondslagen van het rechtspersonenrecht", *TPR* 2020, (887) 945.

¹⁸¹⁴ "*Het publiekrechtelijke procedé houdt in dat de gemeente gebruik maakt van haar publiekrechtelijke bevoegdheid om welbepaalde gemeentelijke taken te behartigen (b.v. opleggen belastingen, heffen retributies, onteigenen, oprichten van een autonoom gemeentebedrijf, ...)*." in F. VANDENDRIESSCHE, "Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2007, afl. 1, (27) 27; "*Wordt gebruikgemaakt van de publiekrechtelijke weg, dan richten de gemeenten, provincies en OCMW's een rechtspersoon op overeenkomstig het specifieke publiekrechtelijke statuut dat uitgewerkt werd door de decreetgever op basis van de autonome bevoegdheidsgronden zoals deze hierboven beschreven zijn.*" in J. VANPRAET, *De latente staatsvorming*, Brugge, die Keure, 2011, 457; D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 151; voor een overzicht van de doorkruisingsleer in Nederland – waarop de Belgische tweewegenleer is geïnspireerd, zie A.P.W. DUIJKERSLOOT, A.A.J. DE GIER, G.T.J.M. JURGENS en B.J. SCHUELER, *De doorkruisingsleer in perspectief. Een onderzoek naar de mogelijke inzet van het privaatrecht ter behartiging van publieke belangen in de gemeentelijke praktijk*, Den Haag, Drukkerij Excelsior, 2010, 9-37.

¹⁸¹⁵ Zie bv. t.a.v. het intergemeentelijk samenwerkingsverband: "*Artikel 162 van de Grondwet en de intercommunalewetgeving werden geacht in de weg te staan aan het gebruik van het private verenigingsrecht door de gemeenten. Er blijkt derhalve een dwingende positiefrechtelijke regeling te bestaan die de 'echte privaatrechtelijke weg' afsluit.*" (eigen onderlijning) in F. VANDENDRIESSCHE, "De oprichting van een intergemeentelijke vereniging op grond van de v.z.w.-wet en de burgerlijke rechter", *CDPK* 2003, afl. 1, (108) 111; zie ook over de bron van de rechtspersoonlijkheid als criterium in het licht van de heterogeniteit van de begrippen 'publieke' en 'private' rechtspersoon, M. DE GROOT, *Overheidstoezicht op private rechtspersonen belast met taken van openbare dienst*, Brugge, die Keure, 2018, 38-42.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

definitie van vennootschap¹⁸¹⁶, vereniging¹⁸¹⁷, stichting¹⁸¹⁸, naamloze vennootschap¹⁸¹⁹ of coöperatieve vennootschap¹⁸²⁰ (met beperkte aansprakelijkheid) – definities die waren opgenomen in de intussen opgeheven vennootschaps- en verenigingswetten¹⁸²¹ en in gewijzigde zin vervat zijn in het WVV. De wettelijke verplichting in artikel 1:1 van het WVV om 'de uitkering of bezorging van vermogensvoordelen aan de vennoten als doel te hebben', is moeilijk verzoenbaar met het overheidsgehalte van de OCMW-verenigingen. Aangezien de ziekenhuisvereniging en de vereniging of de vennootschap voor sociale dienstverlening ook uit louter één oprichtend OCMW kan bestaan, zal de entiteit die op het eerste gezicht de vorm lijkt aan te nemen van een vzw of een coöperatieve vennootschap niet voldoen aan de definitie van respectievelijk een vereniging in artikel 1:2 van het WVV dat vooropstelt dat "[e]en vereniging wordt opgericht bij een overeenkomst tussen twee of meer personen, leden genaamd" (eigen onderlijning), of van een coöperatieve vennootschap in artikel 9:4, 1° van het WVV. Sinds de invoering van het WVV is het daarentegen wel mogelijk om een NV op te richten met slechts één persoon, maar de publiekrechtelijke

¹⁸¹⁶ Art. 1:1 WVV, zie *supra* vn. 1305.

¹⁸¹⁷ Art. 1:2 WVV: "*Een vereniging wordt opgericht bij een overeenkomst tussen twee of meer personen, leden genaamd. Zij streeft een belangeloos doel na in het kader van één of meer welbepaalde activiteiten die zij tot voorwerp heeft. Zij mag rechtstreeks noch onrechtstreeks enig vermogensvoordeel uitkeren of bezorgen aan de oprichters, de leden, de bestuurders of enig andere persoon behalve voor het in de statuten bepaald belangeloos doel. Elke verrichting in strijd met dit verbod is nietig.*"

¹⁸¹⁸ Art. 1:3 WVV: "*Een stichting is een rechtspersoon zonder leden, opgericht bij rechtshandeling door één of meer personen, stichters genoemd. Haar vermogen wordt bestemd om een belangeloos doel na te streven in het kader van één of meer welbepaalde activiteiten die zij tot voorwerp heeft. Zij mag rechtstreeks noch onrechtstreeks enig vermogensvoordeel uitkeren of bezorgen aan de stichters, de bestuurders of enig andere persoon, behalve voor het in de statuten bepaald belangeloos doel. Elke verrichting in strijd met dit verbod is nietig.*"

¹⁸¹⁹ Art. 7:1 WVV, zie *supra* vn. 1306.

¹⁸²⁰ Art. 6:1, §1 WVV, zie *supra* vn. 1307.

¹⁸²¹ Art. 1 Wetboek van Vennootschappen van 7 mei 1999 (opgeheven), zie *supra* vn. 1308; art. 437 Wetboek van Vennootschappen van 7 mei 1999 (opgeheven), zie *supra* vn. 1308; art. 27, eerste lid wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de stichtingen en de Europese politieke partijen en stichtingen (opgeheven): "*Een stichting wordt opgericht door een rechtshandeling van één of meer natuurlijke personen of rechtspersonen waarbij een vermogen wordt aangewend ter verwezenlijking van een bepaald belangeloos doel. De stichting mag geen stoffelijk voordeel verschaffen aan de stichters, de bestuurders, of enig ander persoon, behalve, in dit laatste geval, indien dit kadert in de verwezenlijking van het belangeloos doel.*"; art. 350 van het Wetboek van Vennootschappen van 7 mei 1999 (opgeheven), zie *supra* vn. 1308.

grondslag vermeld onder 1), doet hoe dan ook afbreuk aan het NV-zijn.

Ten derde, de federale bevoegdheid voor het vennootschaps- en verenigingsrecht is beperkt tot "*de door de federale overheid limitatief vastgelegde types van vennootschappen en verenigingen die private personen kunnen oprichten*".¹⁸²² Een wezenskenmerk van de ziekenhuisvereniging, de vereniging en vennootschap voor sociale dienstverlening en de woonzorgvereniging en woonzorgvennootschap is echter dat ze worden opgericht door OCMW's – m.a.w. geen private rechtspersonen, maar *publieke* rechtspersonen (waar vervolgens samenwerking mogelijk is met private rechtspersonen). In het licht van de bevoegdheidsverdelende regels, werkt de bevoegdheid van de federale wetgever bijgevolg niet door op de entiteiten die zijn opgericht door OCMW's en vinden de bepalingen van het vennootschaps- en verenigingsrecht dan ook in principe geen automatische toepassing op de voormelde lokale verzelfstandigings- en samenwerkingsentiteiten – en dus ook de dwingende bepalingen niet.¹⁸²³ De (dwingende) bepalingen van het vennootschaps- en verenigingsrecht zullen bijgevolg *enkel toepassing vinden* op de ziekenhuisvereniging, de vereniging en vennootschap voor sociale dienstverlening en de woonzorgvereniging en woonzorgvennootschap *indien dit uitdrukkelijk is bepaald* door de Vlaamse decreetgever of indien dit is voorzien in de statuten van de OCMW-vereniging. Het lijkt erop dat de Vlaamse decreetgever dit met artikel 501, eerste lid DLB (ziekenhuisvereniging); artikel 508, §1 jo. 512 DLB (vereniging/vennootschap

¹⁸²² "*De federale bevoegdheid inzake het vennootschaps- en verenigingsrecht is beperkt tot het 'gemeen' vennootschaps- en verenigingsrecht, zijnde het recht dat de wijze bepaalt waarop private personen vennootschappen en verenigingen kunnen oprichten. Het omvat met andere woorden de regels die van toepassing zijn op de door de federale overheid limitatief vastgelegde types van vennootschappen en verenigingen die private personen kunnen oprichten*." (eigen onderlijning), in J. VANPRAET, *De latente staatsvorming*, Brugge, die Keure, 2011, 479 en 446-452.

¹⁸²³ Zie omtrent de aard van de oprichters als criterium in het licht van de heterogeniteit van de begrippen 'publieke' en 'private' rechtspersoon, M. DE GROOT, *Overheidstoezicht op private rechtspersonen belast met taken van openbare dienst*, Brugge, die Keure, 2018, 37-38; zie ook: "*De verwijzing naar een tekst, vastgesteld door een regelgever van een ander niveau, wordt het best achterwege gelaten. Gebeurt een dergelijke verwijzing toch, dan kan hierin vanzelfsprekend generlei afstand of overdracht van bevoegdheid door de ene regelgever ten gunste van de andere worden gezien*." (eigen onderlijning) in H. COREMANS, M. VAN DAMME, J. DUJARDIN, B. SEUTIN en G. VERMEYLEN, *Beginnelsen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2016, 158.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

voor sociale dienstverlening) en artikel 513, eerste lid jo. 515 DLB (woonzorgvereniging/-vennootschap) ambieert. Van een automatische doorwerking kan er echter in ieder geval geen sprake zijn.

Samengevat, waar de Vlaamse decreetgever zich in sterke mate beroept op het federale vennootschaps- en verenigingsrecht, heeft dit enkel deels betrekking op de *rechtsvorm* maar niet op het *statuut*. De drie voormelde lokale entiteiten nemen louter een op het privaatrecht geïnspireerde rechtsvorm maar geen (zuiver) private rechtsvorm aan, en ze *zijn* ook geen private rechtspersonen. Net zoals dit het geval is bij de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, kunnen deze entiteiten en hun rechtsvorm in dat opzicht volgens mij het best worden omschreven als *schijnvennootschappen* en *schijn-vzw's*, of *sui-generis-vennootschappen* en *sui-generis-vzw's*. De lokale entiteit draagt enkel in zekere mate 'het kleedje' van een vennootschap of vereniging. Van zodra de Vlaamse decreetgever in eigen organieke wetgeving een afwijking voorziet op het private vennootschaps- en verenigingsrecht (of de mogelijkheid voorziet voor een entiteit om af te wijken) – wat *in casu* het geval is in het DLB – is er sprake van een hybride *sui generis*-rechtsvorm. Dit is het geval bij de voormelde drie types OCMW-verenigingen. Ook al werkt het private vennootschapsrecht door op de rechtsvorm, toch nemen ze volgens mij niet de rechtsvorm aan van een NV of CV, vzw en zijn het geen private vennootschappen of verenigingen. Het lijkt er evenwel op dat de decreetgever er een ander standpunt op nahoudt.¹⁸²⁴

Tot slot moet het onderscheid tussen OCMW's die zelf samen een entiteit oprichten, enerzijds, en OCMW's die beslissen om deel te nemen in private vennootschappen en verenigingen, anderzijds, worden benadrukt. In het eerste geval is er wel degelijk sprake van de creatie van een afzonderlijke rechtspersoon door meerdere OCMW's. Dit stemt overeen met de mogelijkheid voor gemeenten om intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op te richten zoals voorzien in het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018. Het tweede geval betreft

¹⁸²⁴ Zie bv. artikel 501, eerste lid DLB: "Om een ziekenhuis of ziekenhuisgebonden activiteiten geheel of gedeeltelijk te exploiteren, kan een openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn een vzw als vermeld in het Wetboek van vennootschappen en verenigingen oprichten (...)" (eigen onderlijning).

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

eigenlijk een toetreding tot een private rechtspersoon, net zoals er t.a.v. de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden een deelnemingsmogelijkheid is voorzien in de respectievelijke decreten en ordonnantie.¹⁸²⁵ Het lijkt er op dat een rechtspersoon, eens een OCMW-vereniging erin deelneemt, zich dient te schikken naar de desbetreffende bepalingen in het DLB. Voor mij is het onduidelijk of dit ook de 'omvorming' of 'denaturatie' van de private rechtspersoon tot een OCMW-vereniging tot gevolg heeft, maar hier valt volgens mij wel wat voor te zeggen. Mocht het echt 'louter' een participatie zijn in een private entiteit, dan zou de decreetgever niet eisen dat die private entiteit zich schikt naar de bepalingen die de OCMW-vereniging als publieke entiteit regelt. Hier verder op ingaan zou ons echter te ver leiden.

Opvallend is nog dat er in april 2021 een voorstel van decreet 'tot wijziging van deel 3, titel 4, hoofdstuk 1 en 2, van het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur' werd ingediend in het Vlaams Parlement. Hiermee wil men een decretale rechtsgrond invoeren "*voor de welzijnsvereniging, een publiekrechtelijke rechtsvorm sui generis, (...) om met het expliciete goedvinden van het OCMW te handelen vanuit een privaatrechtelijke rechtsvorm voor de exploitatie van haar dienstverlening, waarbij ze fiscale voordelen of sociale tegemoetkomingen kan ontvangen die niet gelden voor de publieke sector en waardoor ze met de private sector in concurrentie kan treden.*" (eigen onderlijning).¹⁸²⁶ Waar er wordt gesproken over de oprichting van of toetreding tot "*een privaatrechtelijke vereniging of vennootschap*", wordt in dit voorstel van decreet opnieuw vertrokken van een foutief uitgangspunt. Het voorstel van decreet voorziet t.a.v. deze filialen immers opnieuw in afwijkingen op het WVV, door bv. te vereisen dat de welzijnsvereniging steeds over een meerderheid van de stemmen in de organen van de dochtervereniging moet beschikken¹⁸²⁷, dat de private partners minder dan de helft van de stemrechten en het kapitaal moeten

¹⁸²⁵ Art. 472 DLB; art. L1512-5 CDLD; art. 63 ordonnantie van 5 juli 2018.

¹⁸²⁶ MvT bij het voorstel van decreet tot wijziging van deel 3, titel 4, hoofdstuk 1 en 2, van het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2020-21, nr. 558/1, 2.

¹⁸²⁷ Art. 5 van het voorstel van decreet tot wijziging van deel 3, titel 4, hoofdstuk 1 en 2, van het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2020-21, nr. 558/1 (hierna: voorstel van decreet filialen welzijnsvereniging).

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

bezitten¹⁸²⁸, dat de oprichting wordt goedgekeurd door de Vlaamse Regering¹⁸²⁹, en dat de dochtervereniging een overzicht van haar leden van de AV en van haar bestuurders bezorgt aan de Vlaamse Regering met het oog op de mandatendatabank¹⁸³⁰. De grondslag om dergelijke dochtervereniging op te richten, bevindt zich dan in het DLB. Artikel 10 bevestigt trouwens uitdrukkelijk dat het wetstechnisch om een suppletieve verwijzing gaat, door te stellen dat de dochterverenigingen slechts onderworpen zijn aan het WVV "*voor zover artikel 495/1 tot en met 495/5 daar niet van afwijken*". Dat dit voorstel van decreet niet leidt tot de creatie private verenigingen en vennootschappen, blijkt bovendien uit het feit dat de Vlaamse decreetgever de dochtervereniging verschillende keren gelijkstelt met de welzijnsvereniging. Zo voorziet het voorstel van decreet bv. dat de dochtervereniging wordt gelijkgesteld met de welzijnsvereniging voor het verkrijgen van een erkenning, vergunning of subsidiëring¹⁸³¹ en dat de dochtervereniging is onderworpen aan de verplichtingen voor formele motivering en openbaarheid van bestuur die gelden voor de welzijnsvereniging¹⁸³².

Uit het voorstel van decreet blijkt dat er voornamelijk fiscale redenen aan deze decreetswijziging ten grondslag liggen. Via een verwijzing naar de Vlaamse Codex Fiscaliteit (hierna: VCF) wordt gesteld dat de dochterverenigingen "*niet [worden] gekwalificeerd als 'verenigingen beheerst door' deel 3, titel 4, van het DLB (cf. artikel 180, tweede lid, h), van het WIB*".¹⁸³³ Aangezien het voorstel tot decreet deel 3, titel 4 van het DLB wijzigt, zullen de dochterverenigingen volgens mij echter wél vereniging zijn die worden beheerst door deel 3 titel 4 van het DLB. Dit heeft tot gevolg dat ze wel een vrijstelling van verkooprecht kunnen genieten en dus niet onderworpen zijn aan dezelfde principes als privaatrechtelijke initiatieven (zie artikel 2.9.6.0.2, 9^o van de VCF). Waar de memorie van toelichting stelt dat "*[d]e verdere uitbouw van die (mogelijk zelfs) commerciële activiteiten (...) door filialisering toekomstbestendig [kan] gemaakt worden zonder*

¹⁸²⁸ Art. 6 van het voorstel van decreet filialen welzijnsvereniging.

¹⁸²⁹ Art. 7 van het voorstel van decreet filialen welzijnsvereniging.

¹⁸³⁰ Art. 9, §2 van het voorstel van decreet filialen welzijnsvereniging.

¹⁸³¹ Art. 5 van het voorstel van decreet filialen welzijnsvereniging.

¹⁸³² Art. 8 van het voorstel van decreet filialen welzijnsvereniging.

¹⁸³³ MvT bij het voorstel van decreet tot wijziging van deel 3, titel 4, hoofdstuk 1 en 2, van het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2020-21, nr. 558/1, 6.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

de andere activiteiten van de welzijnsvereniging aan de vennootschapsbelasting te onderwerpen", vind ik dat de Vlaamse overheid wel erg ver gaat in haar doelstelling van fiscale optimalisatie. De decreetgever blaast bovendien warm en koud, door op het ene moment te stellen dat hij "een gelijke situatie [wil] creëren voor (diensten verstrekt door) (...) verenigingen en vennootschappen die [welzijnsverenigingen] hebben opgericht enerzijds, en de private sector anderzijds", maar elders te stellen dat – indien dit in het voordeel is van de dochtervereniging – het "een maatschappelijke taak [betreft] die niet wordt uitgeoefend door zuiver privaatrechtelijke verenigingen of vennootschappen", waardoor er "geen sprake is van gelijke situaties".¹⁸³⁴

336. Brussels Hoofdstedelijk Gewest – In het *Brussels Hoofdstedelijk Gewest* daarentegen is er minder dan in het Vlaamse Gewest maar meer dan in het Waalse Gewest sprake van een wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht. Recent voerde de ordonnantie tot wijziging van artikel 79 en hoofdstuk XII**bis** van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn een aantal opvallende wijzigingen door. De wetswijziging kaderde in de jarenlange toenemende specialisatie en concurrentie binnen het ziekenhuisaanbod. Dit vereiste volgens de ordonnantiegever een evolutie van de wetgevende instrumenten om openbare ziekenhuizen of ziekenhuizen met een overheidsparticipatie de kans te geven zich te ontwikkelen en een optimale zorgkwaliteit voor alle patiënten in Brussel te waarborgen. Tegelijkertijd benadrukt de ordonnantiegever dat "*het gebruik van overheidskapitaal (...) binnen een strikt en vastomlijnd kader [moet] plaatsvinden*", en voert hij daartoe controle- en toezichtsmechanismen in.¹⁸³⁵

Op grond van artikel 126, §1 van de organieke wet van 8 juli 1976 zijn de Brusselse OCMW-verenigingen aan dezelfde controle en hetzelfde administratief toezicht onderworpen als de OCMW's. De ordonnantiegever voert nieuwe

¹⁸³⁴ MvT bij het voorstel van decreet tot wijziging van deel 3, titel 4, hoofdstuk 1 en 2, van het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2020-21, nr. 558/1, resp. 11 en 14.

¹⁸³⁵ MvT bij het ontwerp van ordonnantie tot wijziging van artikel 79 en hoofdstuk XII**bis** van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *Parl.St.* Br.Parl., 2019-20 B-42/1, 1-2.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

instrumenten in om samenwerking tussen ziekenhuizen en fusies tussen openbare en private ziekenhuizen mogelijk te maken. Zo worden ziekenhuis-vzw's met een overheidsparticipatie toegelaten, zij het onder zeer specifieke voorwaarden, waaronder de uitoefening van een openbare dienstopdracht en de uitoefening van gedelegeerde sociale opdrachten. Opvallend is dat het erop lijkt dat de Brusselse ordonnantiegever door artikel 135/1, §3 in te voeren in de organieke wet van 8 juli 1976 een functioneel onderscheid creëert t.a.v. de plaatselijke vereniging, de ziekenhuis-vzw en de 'andere vereniging', naargelang de activiteit. Hij voorziet immers dat *"dit hoofdstuk niet van toepassing [is] op de activiteiten van de plaatselijke verenigingen, van de ziekenhuis-vzw's en van andere verenigingen, andere dan die bedoeld in de artikelen 135/2, 135/3 en 135/6."* Het blijkt echter niet duidelijk uit de memorie van toelichting wat de ordonnantiegever hier precies mee beoogt. Tot slot is in artikel 79 van de Brusselse versie van de organieke wet van 8 juli 1976 voorzien dat het OCMW kan deelnemen in *"maatschappijen die sociale doeleinden nastreven die verband houden met de taken van het OCMW of die de werking van het OCMW ten goede komen, voor zover deze maatschappijen de bepalingen van de artikelen 118 tot en met 135, of de artikelen 135/3 en 135/4 van de wet eerbiedigen of de vorm aannemen van een intercommunale vereniging"*.

Wat de rechtsvorm betreft, nemen ook de Brusselse OCMW-verenigingen een *sui generis*-rechtsvorm aan. T.a.v. de ziekenhuis-vzw bepaalt artikel 153/3, §3, 2° dat de statuten bepalen dat de vereniging de vorm aanneemt van een vzw. Hier kan echter bovenvermelde argumentatie (zo ook het grondslag-argument) worden hernomen: de ziekenhuis-vzw heeft de rechtsvorm van een 'ziekenhuis-vzw' (Z-VZW), niet van een private 'vzw'. Bovendien bepaalt §4 van voormeld artikel dat een ziekenhuis-vzw andere rechtspersonen met of zonder winstoogmerk kan oprichten of hierin participaties kan nemen om de verwezenlijking van haar maatschappelijk doel te bevorderen. De rechtspersonen die zij opricht of waarin zij participaties neemt, zijn onderworpen aan hetzelfde toezicht als hetgeen dat op haar wordt uitgeoefend in toepassing van de artikelen 135/7 tot en met 135/9 van de organieke wet van 8 juli 1976. In artikel 135/6 is voorzien dat de koepelvereniging en/of de plaatselijke verenigingen en/of andere overheidsinstanties een vereniging kunnen oprichten die geen ziekenhuis-vzw is

met een of meer privaatrechtelijke rechtspersonen, dit om de vervulling van hun opdrachten te vergemakkelijken. Deze rechtspersonen kunnen elke rechtsvorm aannemen, mits zij geen winstoogmerk hebben, maar in afwijking van artikel 118, kunnen de in het eerste lid bedoelde privaatrechtelijke rechtspersonen een winstoogmerk nastreven. De in het eerste lid bedoelde verenigingen zijn de 'andere verenigingen'. Erg duidelijk is deze bepaling niet. Bovendien zijn dergelijke bepalingen te vergelijken met de filialiserings- en participatiemogelijkheid van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en zet dit de deur open naar de creatie van een onoverzichtelijk kluwen, gekenmerkt door tal van dochterverenigingen en private deelnemingen.

337. Waalse Gewest – In het *Waalse Gewest* lijkt die klemming tussen publiek- en privaatrecht al bij al mee te vallen aangezien de wetgeving nog het meest van de drie gewesten sterk gebaseerd blijft op de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn. Daardoor is er nog steeds sprake van een *quasi* zuiver publiekrechtelijke regelgeving. Artikel 121 van de Waalse versie van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, benadrukt dit door voor te schrijven dat al de akten, facturen, aankondigingen, publicaties en andere stukken uitgaande van de vereniging de benaming van de vereniging moeten vermelden met, onmiddellijk daarvoor of daarna de leesbaar en voluit geschreven woorden: 'Vereniging onderworpen aan de wet van 8 juli 1976'.

Nieuw ten opzichte van de versie van 1976 is de toevoeging van een tweede lid aan artikel 121 van de Waalse versie van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, dat stelt dat de OCMW-vereniging 'een vzw-vorm kan aannemen'.¹⁸³⁶ Hier is het echter eveneens zo dat de OCMW-vereniging eigenlijk een *sui generis*-rechtsvorm aanneemt en geen private vereniging is. De Waalse decreetgever voerde deze aanpassing trouwens door geïnspireerd door de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, zoals blijkt uit de memorie van toelichting bij het

¹⁸³⁶ Deze laatste mogelijkheid is ingevoerd door artikel 31 van het decreet van 2 april 1998 *modifiant la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale*, BS 28 april 1998.

ontwerp van decreet van 2 april 1998 *modifiant la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale*¹⁸³⁷: "*Les sociétés intercommunales peuvent déjà adopter la forme juridique de l'association sans but lucratif. L'association visée au chapitre XII étant une personne morale de droit public de même nature que l'intercommunale, il est prévu de permettre à celle-ci d'adopter, le cas échéant, la forme juridique de l'association sans but lucratif. Il ne s'agit évidemment pas d'une obligation mais d'une simple faculté.*" (eigen onderlijning).¹⁸³⁸

De Raad van State, afdeling Wetgeving maakte een erg interessante opmerking over de intentie van de Waalse decreetgever om dit tweede lid toe te voegen aan artikel 121: "*Une telle disposition ne peut être admise. En effet, le régime juridique établi par le chapitre XII de la loi du 8 juillet 1976 contient des dispositions qui s'écartent fondamentalement de celui applicable aux associations régies par la loi du 27 juin 1921*". Daarbij geeft de Raad van State een aantal voorbeelden: "*l'on pense ainsi aux dispositions soumettant les statuts de l'association à approbation, à celle qui prévoit que, quelle que soit la proportion des apports des divers associés, les personnes de droit public disposent toujours de la majorité des voix dans les organes d'administration et de gestion de l'association, à celles qui organisent un contrôle de tutelle sur les délibérations de l'association, à celles qui règlent la dissolution de l'association, etc.*".¹⁸³⁹ Volgens de afdeling Wetgeving "[c]e serait, par conséquent, dénaturer la notion d'association sans but lucratif au sens où l'entend la loi du 27 juin 1921, que de permettre que les associations régies par le chapitre XII précité adoptent cette forme.".¹⁸⁴⁰ Door de OCMW-verenigingen toe te staan om een vzw-vorm aan te nemen, zou er met andere woorden een 'verdraaiing' of 'denaturering' van het vzw-begrip ontstaan. Ze voegt er nog aan toe dat het Waalse Gewest niet bevoegd is, ook niet via een beroep op de impliciete bevoegdheden van artikel 10 van de

¹⁸³⁷ BS 28 april 1998.

¹⁸³⁸ MvT bij *le projet de décret modifiant la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale*, Parl.St. W.Parl. 1997-98, nr. 332/1, 17-18.

¹⁸³⁹ Adv.RvS bij *le projet de décret modifiant la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale*, Parl.St. W.Parl. 1997-98, nr. 332/1, 46.

¹⁸⁴⁰ Adv.RvS bij *le projet de décret modifiant la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale*, Parl.St. W.Parl. 1997-98, nr. 332/1, 46.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

BWHI, om fundamenteel af te wijken van het vzw-regime – "*Les dispositions en projet doivent, dès lors, être omises.*".¹⁸⁴¹

De Waalse decreetgever hield het been echter stijf en voegde het tweede lid alsnog toe aan artikel 121 van de Waalse versie van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn. In tegenstelling tot wat de afdeling Wetgeving stelde, kan de Waalse wetgever de vzw-vorm naar mijn mening wel als uitgangspunt gebruiken in gewestelijke regelgeving en daar fundamenteel van afwijken (cf. *qui peut le plus, peut le moins* – *supra* nr. 255), maar – zoals de afdeling Wetgeving aangeeft – zal er in dat geval echter geen sprake zijn van een vzw. Waar het tweede lid van artikel 121 voorziet dat een OCMW-vereniging de vorm kan aannemen van een vzw, zorgt dit er niet voor dat zij een zuivere vzw-vorm aanneemt (ze heeft een hybride *sui generis*-rechtsvorm, louter gebaseerd op de vzw) en zorgt dit er niet voor dat zij een vzw *is* (ze is een OCMW-vereniging en meer bepaald een 'vereniging onderworpen aan de wet van 8 juli 1976').

338. Inspiratie voor intergemeentelijke samenwerking? – Samengevat, werden er sinds 1976 verschillende samenwerkings- en verenigingsmogelijkheden aangebouwd aan de ene oorspronkelijke (verzelfstandigings- en) samenwerkingsmogelijkheid zoals voorzien in de wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, net zoals er in private deelnemingsmogelijkheden is voorzien. Via dit knip-en-plakwerk hebben de respectievelijke decreet- en ordonnantiegevers een organiek kader geschapen dat twijfel laat over het precieze statuut, de precieze rechtsvorm, en de wisselwerking van publiek- en privaatrecht t.a.v. van deze OCMW-verenigingen. Op het eerste gezicht bestaat er in het Vlaamse Gewest een duale organieke benadering, waarbij er een organiek kader bestaat dat een onderscheid maakt tussen twee 'publiekrechtelijke varianten' en drie 'privaatrechtelijke varianten' van OCMW-verenigingen. Toch gaat dit onderscheid minder ver dan lijkt beoogd te zijn door de Vlaamse decreetgever. Ook in het Waalse en Brussels Hoofdstedelijk Gewest

¹⁸⁴¹ Adv.RvS bij *le projet de décret modifiant la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale*, Parl.St. W.Parl. 1997-98, nr. 332/1, 46.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

lijkt er op het eerste gezicht gebruik te zijn gemaakt van private verenigingen, maar blijkt bij nader inzien dat er juridisch gezien *sui generis*-rechtsvormen zijn gecreëerd die louter zijn geïnspireerd op het privaatrecht.

De wetgevingstechniek die de drie gewesten elk in meer of mindere mate hanteren, verschilt in essentie dan ook niet van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden: voor alles wat niet geregeld is in de gewestelijke regelgeving geldt het private vennootschaps- en verenigingsrecht. Tegelijkertijd zijn er bijvoorbeeld in het DLB minder bepalingen opgenomen t.a.v. de OCMW-verenigingen dan t.a.v. de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, waardoor het private vennootschaps- en verenigingsrecht sterker doorwerkt op de verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn. Aangezien de mate waarin wordt teruggevallen op het privaatrecht t.a.v. de rechtsvorm bij deze 'privaatrechtelijke' OCMW-verenigingen nog meer doorgedreven is dan bij de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, lijkt de onduidelijkheid zich trouwens nog sterker te manifesteren.

Bovendien is – net zoals bij de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden – de deur opengezet voor de creatie van een ondoorzichtig en onoverzichtelijk kluwen aan verenigingen, dochterentiteiten, en private participaties waarmee in sterke mate wordt ingezet op commerciële doelstellingen en activiteiten.¹⁸⁴² De filialiseringsmogelijkheid die het voorstel van decreet wil invoeren t.a.v. de welzijnsvereniging¹⁸⁴³ zal dit bovendien enkel maar versterken. Uit empirisch onderzoek in opdracht van de Vlaamse overheid blijkt dat de OCMW-verenigingen dit zelf ook erkennen: een respondent-welzijnsvereniging stelde dat een lagere voet, hogere aftrekposten (cf. patronale lasten), en een notionele interestaftrek, zorgen dat hun fiscale behandeling en bijhorende standpunten van de fiscus hen

¹⁸⁴² Zie omtrent de doelstellingen en activiteiten van de OCMW-verenigingen in de praktijk: I. CARLENS, M. DECOCK, F. VANDENDRIESSCHE, S. VAN GARSSE, J. VOETS en D. VOS, *Juridisch-bestuurskundig onderzoek – Evaluatie van het organiek kader voor verzelfstandiging en samenwerking*, Agentschap Binnenlands Bestuur, 2021.

¹⁸⁴³ Voorstel van decreet tot wijziging van deel 3, titel 4, hoofdstuk 1 en 2, van het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2020-21, nr. 558/1.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

dwingt om te kiezen voor een doordachte juridische structuur van het zorgbedrijf en om delen in private structuren onder het zorgbedrijf onder te brengen.¹⁸⁴⁴

Op basis van dit juridisch onderzoek van de verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn, wil ik oproepen om een foutief uitgangspunt te herzien. De decreetgever, maar evengoed de federale (bv. fiscale) wetgever en andere entiteiten die met de OCMW-verenigingen (en hun filialen) in aanraking komen, houden best op met ervan uit te gaan dat aftakkingen van een gemeente en een OCMW, zoals intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en OCMW-verenigingen, geen publiekrechtelijke entiteiten zijn omdat hun organiek regime nu eenmaal deels wordt beïnvloed door het privaatrecht. Dit is immers een fundamenteel foutief uitgangspunt met tal van gevolgen, waaronder een foutieve fiscale behandeling. Gelet op de organisatierechtelijke tweewegenleer kunnen gemeenten en OCMW's zich enkel verenigen conform de dwingende positiefrechtelijke regeling in het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 en de Waalse en Brussels Hoofdstedelijke versie van de OCMW-wet van 1976. Ook de OCMW's beroepen zich bijgevolg op de publiekrechtelijke weg om samenwerkingsverbanden op te richten, net zoals de Vlaamse welzijnsvereniging zich in de toekomst op het DLB – en dus de publiekrechtelijke weg – zal kunnen beroepen om dochterverenigingen op te richten.

Het lijkt er dan ook op dat er vooral veel inspiratie kan worden gehaald uit deze lokale bestuurlijke organisatievorm over 'hoe het niet moet'. De hybriditeit van de verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn doen immers gelijkaardige problemen ontstaan als bij de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Op het veld bestaat er verwarring en onduidelijkheid over de wisselwerking tussen het DLB en het WVV en meer algemeen rijst vaak de vraag 'welke van beide nu van toepassing is'. Er bestaat de ervaring dat de federale overheidsdiensten geen rekening houden met de DLB-vormen. Zo is er bv. sprake van een gebrek aan kennis van de DLB-vormen in hoofde van de fiscale

¹⁸⁴⁴ I. CARLENS, M. DECOCK, F. VANDENDRIESSCHE, S. VAN GARSSE, J. VOETS en D. VOS, *Juridisch-bestuurskundig onderzoek – Evaluatie van het organiek kader voor verzelfstandiging en samenwerking*, Agentschap Binnenlands Bestuur, 2021, R21 en R51.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

administratie en ondernemingsrechtbanken en notarissen die de DLB-vormen niet kennen waardoor ze er eigen onjuiste interpretaties aan geven. De roep naar meer *finetuning* tussen de vennootschaps- en verenigingswetgeving, enerzijds, en het DLB, anderzijds, weerklinkt.¹⁸⁴⁵ Ook de afhankelijkheid t.o.v. de federale wetgever is een bezorgdheid: "*Als de federale wetgever opeens zegt dat de NV maximum 15 bestuurders heeft, dan gaan er automatisch misschien ineens heel wat publiekrechtelijke gevolgen zijn als de Vlaamse decreetgever ook voor die vormen kiest bij de vormgeving van 'onze' publieke rechtspersonen. Dan bepaal je zelf niet je regels als decreetgever, maar ben je afhankelijk van die federale wetgever.*".¹⁸⁴⁶

Naast deze bezorgheden omtrent de rechtsvorm en de aard en het karakter van de verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn, kunnen er eveneens bedenkingen worden geuit over de doelstellingen en activiteiten van de OCMW-verenigingen. In tegenstelling tot intergemeentelijke samenwerkingsverbanden is er niet uitdrukkelijk vermeld in de organieke gewestelijke decreten en ordonnantie dat de OCMW-verenigingen het gemeentelijk belang dienen na te streven. Er kan echter opnieuw de vraag worden gesteld waar de doelstellingen en activiteiten van (de filialen van) verenigingen- en vennootschappen voor maatschappelijke welzijn (moeten) eindigen.

Net zoals bij intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, hebben tal van activiteiten van OCMW-verenigingen een sterk economisch, commercieel en zelfs concurrentieel karakter. Zoals dit het geval is bij de (filialen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, rijst ook t.a.v. de OCMW-samenwerking de vraag of bepaalde doelstellingen en activiteiten wel nog door verenigingen of vennootschappen van maatschappelijk welzijn moeten worden uitgevoerd, zoals enkele Vlaamse lokale besturen dit zelf ook aangeven: "*Is het een opdracht voor de lokale overheden? Is het onze taak om zorgbedrijven uit te*

¹⁸⁴⁵ I. CARLENS, M. DECOCK, F. VANDENDRIESSCHE, S. VAN GARSSE, J. VOETS en D. VOS, *Juridisch-bestuurskundig onderzoek – Evaluatie van het organiek kader voor verzelfstandiging en samenwerking*, Agentschap Binnenlands Bestuur, 2021, 5.1.2.C.

¹⁸⁴⁶ Zie bv. I. CARLENS, M. DECOCK, F. VANDENDRIESSCHE, S. VAN GARSSE, J. VOETS en D. VOS, *Juridisch-bestuurskundig onderzoek – Evaluatie van het organiek kader voor verzelfstandiging en samenwerking*, Agentschap Binnenlands Bestuur, 2021, 5.1.2.C.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

*baten? Ja of neen? Eigenlijk is dat geen taak voor de lokale overheden. Is het onze taak om een ziekenhuis uit te baten? Er zijn er veel die het niet doen, dus dat is dan waarschijnlijk geen taak voor een lokale overheid. (...) Kinderopvang, wij doen als stad ook een deel, maar in feite is dat niet nodig. Waarom zou dat nodig zijn? (...) Daarnaast is er ook een private sector aanwezig, waarom kunnen die dat dan niet doen? Een ander voorbeeld zijn de crematoria. (...) Ja, wat een onzin. (...) Wij zitten nu als lokaal bestuur crematoriumbeheerder te zijn, ik begrijp dat dus niet."*¹⁸⁴⁷

Toch komen er uit het juridisch onderzoek naar het organiek kader van OCMW-verenigingen ook enkele aspecten naar boven die een nuttige aanvulling zouden kunnen zijn op het organiek kader van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Dit betreft ongetwijfeld de controle- en toezichtsmechanismen die zijn voorzien t.a.v. de OCMW-verenigingen. Op grond van artikel 493 van het DLB kan de Vlaamse Regering de ontbinding uitspreken van elke welzijnsvereniging die haar maatschappelijke opdracht te buiten gaat of niet verwezenlijkt. Ze kan dat ook doen als die haar wettelijke en statutaire verplichtingen niet naleeft. Dit is niet uitdrukkelijk organiek voorzien t.a.v. de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, maar die uitdrukkelijke toezichtmogelijkheid zou de slagkracht van de toezichthoudende overheid versterken (meer hierover *infra* hoofdstuk 2.). Daarnaast voorziet artikel 135/8 van de Brusselse versie van de wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn in de aanwijzing van *commissarissen* met een controlerende bevoegdheden per plaatselijke vereniging, ziekenhuis-vzw en andere vereniging. Zo kan deze commissaris op grond van 5° van voormeld artikel controleren of de beslissingen van de plaatselijke vereniging, de ziekenhuis-vzw en de andere vereniging om een andere rechtspersoon op te richten of hierin participaties te nemen, kunnen bijdragen tot de verwezenlijking van hun maatschappelijk doel. Tot slot voert het voorstel van decreet voorstel van decreet 'tot wijziging van deel 3, titel 4, hoofdstuk 1 en 2, van het decreet van 22

¹⁸⁴⁷ I. CARLENS, M. DECOCK, F. VANDENDRIESSCHE, S. VAN GARSSE, J. VOETS en D. VOS, *Juridisch-bestuurskundig onderzoek – Evaluatie van het organiek kader voor verzelfstandiging en samenwerking*, Agentschap Binnenlands Bestuur, 2021, 5.2.2.I.

december 2017 over het lokaal bestuur' t.o.v. de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden het interessante en opvallende verschil in dat de verdere verzelfstandiging door de dochtervereniging onmogelijk is: "*Op die manier wordt vermeden dat een cascade van filialisering en een onoverzichtelijke vennootschapsstructuur ontstaat waarover het OCMW geen zeg meer heeft.*"¹⁸⁴⁸

339. Privaatrechtelijke weg – Mochten de gewestelijke regelgevers menen dat het nuttig kan zijn om OCMW's te laten verenigen via de privaatrechtelijke weg, is dit uiteraard ook een mogelijkheid – dit los van de wenselijkheid ervan. De vraag beantwoorden in welke mate de publiekrechtelijke kleuring (bv. door de organisatie van een bestuurlijk toezicht door de respectievelijke gewestelijke overheden) dan nog mogelijk is, zou ons hier te ver leiden. Op dit moment staat een privaatrechtelijke samenwerkingsmogelijkheid voor OCMW's in ieder geval nog steeds haaks op de tweewegenleer en de rechtspraak van de Raad van State hieromtrent. Zoals *infra* 1.3. zal blijken, is die mogelijkheid wel voorzien voor samenwerkende Nederlandse gemeenten.

¹⁸⁴⁸ MvT bij het voorstel van decreet tot wijziging van deel 3, titel 4, hoofdstuk 1 en 2, van het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2020-21, nr. 558/1, 3.

1.2. De federale autonome overheidsbedrijven

"Elles acquièrent par là un statut – 'semi-privé' diront d'aucuns, 'semi-public' diront d'autres – qui constitue un moyen terme entre la logique administrative et la logique du marché. L'une des clefs de voûte de la loi est en effet cette distinction constante entre missions de service public et activités à caractère concurrentiel."

– QUERTAINMONT, *Les entreprises publiques autonomes*, 1992

340. De AOB-wet – Bij het verlaten van het lokale niveau bestaan op federaal niveau de autonome overheidsbedrijven als een voor dit proefschrift interessante vorm van bestuursorganisatie. Onder meer in het licht van de creatie van een Europese interne markt en bijhorend klimaat van liberalisering en privatisering, werd de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven¹⁸⁴⁹ (hierna: AOB-wet) aangenomen.¹⁸⁵⁰ Met de AOB-wet beoogde de wetgever privatisering te vermijden en de overheidsondernemingen tegelijkertijd te harmoniseren. Dit door een nieuwe categorie van overheidsbedrijven te creëren naast de parastatalen die zijn uitgewerkt in de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut.¹⁸⁵¹ Het voornaamste doel van de AOB-wet was om de overheidsbedrijven te wapenen voor de Europese eenheidsmarkt en de daaruit voortvloeiende groeiende concurrentie en nieuwe behoeften.¹⁸⁵² De wetgever wou 1) de concurrentiekracht van de overheidsbedrijven verzekeren in hun

¹⁸⁴⁹ BS 27 maart 1991.

¹⁸⁵⁰ Zie voor de geschiedenis van de totstandkoming van de AOB-wet en een algemene toelichting bij de AOB-wet D. NUCHELMANS en G. PAGANO, *Les entreprises publiques autonomes*, CRISP, 1991, 5-14; zie ook H. MATTHIJS, "De federale overheidsbedrijven: een analyse van de Wet van 21 maart 1991", *TBP* 2000, afl. 6, (425) 425 en 447.

¹⁸⁵¹ BS 24 maart 1954; oorspronkelijk kwam er een voorstel om een categorie E toe te voegen aan de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut.

¹⁸⁵² Verslag namens de commissie voor de infrastructuur bij het wetsontwerp betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *Parl.St.* Kamer 1989-90, nr. 1287/10, 10; MATTHIJS heeft het over het 'klaarstomen' van overheidsbedrijven voor de interne markt, maar werpt enkele punten van kritiek op t.a.v. de AOB-wet, zie hiervoor H. MATTHIJS, "De federale overheidsbedrijven: een analyse van de Wet van 21 maart 1991", *TBP* 2000, afl. 6, (425) 447; BAETEN geeft aan dat steeds meer monopolies geleidelijk aan werden verlaten, zie S. BAETEN, "De beursintroductie van Belgacom: een vernieuwde 'corporate governance' met een cruciale rol voor de nieuwe, onafhankelijke bestuurders", *TBP* 2005, afl. 6, (383) 384, vn. 13.

concurrerende activiteiten en 2) de voorwaarden verbeteren waaronder zij hun opdrachten van openbare dienst waarnemen.¹⁸⁵³ Op vandaag zijn er "slechts" vijf federale autonome overheidsbedrijven opgenomen in de AOB-wet, nl. Proximus, de NMBS, Infrabel, bpost en Skeyes, terwijl de wet oorspronkelijk is bedoeld als kaderwet. De intentie was dat de wetgever stelselmatig nieuwe autonome overheidsbedrijven in de AOB-wet zou opnemen.¹⁸⁵⁴ Belangrijk is dat de wetgever naast een deel overkoepelende bepalingen, ook per specifiek autonoom overheidsbedrijf nog een reeks afzonderlijke en specifieke regels uitwerkte.¹⁸⁵⁵

Gelet op de haalbaarheid in het licht van de (functionele) opzet van deze vergelijking en in het volle besef dat er nog andere autonome overheidsbedrijven bestaan die onderworpen zijn aan bijzondere regelgeving, beperkt dit onderzoek zich tot de AOB-wet. De federale overheidsbedrijven die niet onder de toepassing van de AOB-wet vallen, blijven buiten beschouwing. Daarnaast is het onmogelijk om de juridische benadering van het federaal autonoom overheidsbedrijf in de AOB-wet *in extenso* te behandelen. Net zoals bij de OCMW-verenigingen, wordt er gefocust op die elementen en facetten die nuttige inspiratie kunnen bieden voor het organiek kader omtrent intergemeentelijke samenwerking. De tekst verwijst waar mogelijk wel naar verdiepende literatuur.

341. Autonoom overheidsbedrijf & NV van publiek recht – De AOB-wet voorziet in twee types federale autonome overheidsbedrijven: 1) het federaal autonoom overheidsbedrijf *sensu stricto* en 2) de NV van publiek recht. Op grond van artikel 1, §1 van de AOB-wet kan elk organisme van openbaar nut dat over beheersautonomie moet beschikken in een gegeven industriële of commerciële sector, na aanpassing bij wet van zijn organiek statuut aan de bepalingen van titel I van de AOB-wet, dergelijke autonomie verkrijgen door het sluiten van een beheerscontract met de Staat onder de voorwaarden van de AOB-wet. Op grond van artikel 37 van de AOB-wet kan een autonoom overheidsbedrijf ook de vorm van een 'NV van publiek recht aannemen'. Een NV van publiek recht is een

¹⁸⁵³ MvT bij het wetsontwerp betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *Parl.St.* Kamer 1989-90, nr. 1287/1, 3.

¹⁸⁵⁴ Art. 1, §4, 1^o-4^o AOB-wet; zie MvT bij het wetsontwerp betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *Parl.St.* Kamer 1989-90, nr. 1287/1, 8-9.

¹⁸⁵⁵ Zie bv. voor bpost: art 129-154^{ter} AOB-wet.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

publiekrechtelijke rechtspersoon waarop het vennootschapsrecht m.b.t. de NV van toepassing is voor zover de AOB-wet of de statuten er niet van afwijken.¹⁸⁵⁶ De AOB-wet voorziet op sommige plaatsen een verschillende benadering tussen het autonoom overheidsbedrijf *sensu stricto* en de NV van publiek recht.¹⁸⁵⁷

Wetgevingstechnisch gezien, hanteert de wetgever bij de NV van publiek recht opnieuw de techniek van de suppletieve verwijzing: de organieke regels in de AOB-wet primeren en de organieke regels van de NV gelden voor alles wat niet is geregeld in de wet. Volgens BAETEN is "*de keuze voor de op het vennootschapsrecht geïnspireerde vormgeving van de autonome overheidsbedrijven (...) gericht op een besparing, met name op een zo efficiënt mogelijk beheer.*".¹⁸⁵⁸ De referentie naar de NV heeft in ieder geval voornamelijk een symbolische waarde. Dat de NV er als 'prestigieuze' rechtsfiguur met positieve uitstraling om bekend staat een efficiënte en doelgerichte werking te hebben, zette de wetgever en overheid ertoe aan om het begrip 'naamloze vennootschap' (NV) uitdrukkelijk op te nemen in de benaming van de rechtsvorm. Het terminologisch gebruik van de NV scheidt een amelioratief beeld van het autonoom overheidsbedrijf dat de negatieve bijklank van 'een overheidsbedrijf', dient te compenseren.¹⁸⁵⁹

Wat de rechtsvorm betreft, kan de vergelijking worden gemaakt met de verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn: de wet- en

¹⁸⁵⁶ Zie de definitie van CORNELIS, DE KEYSER, D'HOOGHE en VANDENDRIESSCHE in L. CORNELIS, E. DE KEYSER, D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, "De N.V. van publiek recht" in S. BAETEN, K. BYTTEBIER, K. LEUS (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen, Maklu, 2000, (63) 68.

¹⁸⁵⁷ Bv. art. 25, §2-3 van de AOB-wet schrijft voor dat het Rekenhof twee leden van het *college van commissarissen* benoemt en de minister onder wie het overheidsbedrijf ressorteert twee leden benoemt, indien het een autonoom overheidsbedrijf *sensu stricto* is. Indien het autonoom overheidsbedrijf de vorm aanneemt van een NV van publiek recht, schrijft de AOB-wet voor dat het Rekenhof twee leden benoemt en de algemene vergadering de andere leden benoemt.

¹⁸⁵⁸ S. BAETEN, "De beursintroductie van Belgacom: een vernieuwde 'corporate governance' met een cruciale rol voor de nieuwe, onafhankelijke bestuurders", *TBP* 2005, afl. 6, (383) 386, zie ook S. BAETEN en T. COEN, "Nieuwe corporate governance voor Proximus en bpost: much ado about nothing, of toch niet?", *TRV* 2017, (393) 394.

¹⁸⁵⁹ L. CORNELIS, E. DE KEYSER, D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, "De N.V. van publiek recht" in S. BAETEN, K. BYTTEBIER, K. LEUS (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen, Maklu, 2000, (63) 84-85.

decreet/ordonnantiegever kiezen in beide gevallen voor twee 'types' entiteiten, nl. een 'zuiver' publiekrechtelijke type (resp. welzijnsvereniging/autonome verzorgingsinstelling en autonoom overheidsbedrijf) en een 'hybride' type (resp. ziekenhuisvereniging, vereniging/vennootschap voor sociale dienstverlening, woonzorgvereniging en -vennootschap en de NV van publiekrecht). Enkel bij het laatste type voorziet de wetgever in een doorwerking van het privaatrecht (nl. het vennootschapsrecht). De argumentatie over het statuut en de rechtsvorm zoals uiteengezet in het kader van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (*supra* nr. 249) en de OCMW-verenigingen (*supra* nr. 335), kan dan ook hier worden herhaald.¹⁸⁶⁰ Zowel het autonoom overheidsbedrijf *sensu stricto* als de NV van publiek recht nemen een *sui generis*-rechtsvorm aan (in meer en mindere mate geïnspireerd op het vennootschapsrecht) en *zijn* geen private vennootschappen (lees: NV's).¹⁸⁶¹ VERBEYST heeft het in dat opzicht over de NV van publiek recht als 'onbenoemde rechtspersoon'.¹⁸⁶²

¹⁸⁶⁰ Ook de AOB-wet wijkt af van dwingende bepalingen van het vennootschapsrecht, zie bv. art. 41, §5 AOB-wet dat stelt dat tot de ontbinding van een autonoom overheidsbedrijf, dat de vorm van naamloze vennootschap van publiek recht heeft aangenomen, slechts kan worden beslist bij of krachtens wet, terwijl art. 2:70 WVV voorschrijft dat de ontbinding van een vennootschap kan 1° door een besluit van de algemene vergadering, 2° van rechtswege, als gevolg van een door de wet omschreven feit of gebeurtenis, of 3° door een gerechtelijke beslissing.

¹⁸⁶¹ DÉOM bevestigt dat de federale autonome overheidsbedrijven geen privaatrechtelijke rechtspersonen (bv. NV's) zijn: "*Selon nous, les entreprises publiques autonomes continuent de répondre aux critères de cette qualification. Créées et organisées par la loi, chargées par elle de missions d'intérêt général, elles restent placées, ultimement, sous le contrôle des gouvernants. L'existence d'un personnel statutaire, l'impossibilité de la faillite, la faculté d'exproprier, dessinent les éléments d'un régime juridique spécial. Nous pensons donc qu'intrinsèquement, les entreprises publiques autonomes demeurent des personnes morales de droit public.*" (eigen onderlijning) in D. DÉOM, "Les contraintes de droit public qui pèsent sur les entreprises publiques autonomes" in X., *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, (115) 155; zie ook "Vanuit organiek-institutioneel gezichtspunt gezien is het autonome overheidsbedrijf, niettegenstaande het duaal karakter van het betrokken bedrijf en ook al wordt in zekere mate gebruik gemaakt van private beheerstechnieken, nog te kwalificeren als een publiekrechtelijke rechtspersoon nu het op- en ingericht wordt bij wet, belast wordt met de behartiging van opdrachten van algemeen belang, inzonderheid taken van openbare dienst en voorts ruimschoots gecontroleerd blijft door de overheid, behept overigens met prerogatieven van openbaar gezag." in K. LEUS, "Een klassiek bestuursrechtelijke benadering van het verschijnsel 'verzelfstandiging' van openbare diensten: naar een nieuw evenwicht tussen autonomie en centrale sturing" in J. KRINGS (ed.), *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, Story-Scientia, 1997, (585) 610. *Contra*: S. BAETEN, *De overheid als ondernemer*, Brugge, die Keure, 2003.

¹⁸⁶² S. VERBEYST, "De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen", *TBP* 2017, afl. 4, (233) 238.

Het feit dat het niet gaat om een 'privaatrechtelijke' NV wordt bovendien impliciet bevestigd door artikel 54/7, §2 van de AOB-wet. Dit artikel voorziet dat van zodra de deelneming van de overheid in het kapitaal van een van de autonome overheidsbedrijven daalt beneden 50% plus één aandeel, dat dit bedrijf niet langer tot de categorie van de autonome overheidsbedrijven behoort, en dan "een naamloze vennootschap van privaatrecht wordt". Ook de beursintroductie van een overheidsbedrijf (in de feiten tot nog toe enkel Proximus en bpost) "impliceert geenszins haar omvorming tot een naamloze vennootschap 'van privaatrecht' of, beter, die volledig door het privaatrecht wordt beheerst."¹⁸⁶³ De toevoeging 'van publiek recht' aan de benaming is bovendien voldoende om het vertrouwensbeginsel niet in het gedrang te brengen: er "komt immers duidelijk [in] tot uiting dat de rechtspersoon niet als een gewone N.V. moet worden beschouwd, maar dat hierop tevens een afwijkend publiekrechtelijke regime van toepassing is."¹⁸⁶⁴ De juridische benadering van het federaal autonoom overheidsbedrijf in de AOB-wet past volgens DIEUX in een evolutie naar een pragmatische benadering van dergelijke overheidsentiteiten, gekoppeld aan een daaruit voortvloeiende denaturatie van bepaalde rechtsvormen: "*Il n'est pas d'autre solution en la matière que celle d'une combinaison des règles du droit privé et du droit public, en fonction d'une appréciation de chaque question particulière à résoudre in concreto. La loi du 21 mars 1991 contribue, (...) à l'affermissement de cette conception pragmatique. Sans doute celle-ci conduit-elle parfois à une certaine dénaturation des institutions de l'une ou de l'autre discipline dont elle s'inspire, mais en définitive il appartient au législateur de tracer souverainement le cadre juridique des entreprises auxquelles il reconnaît droit de cité.*" (eigen onderlijning).¹⁸⁶⁵ Tot slot lijkt de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, in het verleden al geoordeeld te hebben dat de NV van publiekrecht ondanks haar rechtsvorm "een overheidsinstelling is en blijft". De

¹⁸⁶³ S. BAETEN, "De beursintroductie van Belgacom: een vernieuwde 'corporate governance' met een cruciale rol voor de nieuwe, onafhankelijke bestuurders", *TBP* 2005, afl. 6, (383) 383.

¹⁸⁶⁴ L. CORNELIS, E. DE KEYSER, D. D'HOOGE en F. VANDENDRIESSCHE, "De N.V. van publiek recht" in S. BAETEN, K. BYTTEBIER, K. LEUS (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen, Maklu, 2000, (63) 114.

¹⁸⁶⁵ X. DIEUX, "Les entreprises publiques et le droit commercial (à la lumière de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques" in X., *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, (99) 113.

visie van de afdeling Bestuursrechtspraak dat dit tegelijkertijd een handelsvennootschap zou betreffen, lijkt me om bovenvermelde redenen dan ook niet te kloppen.¹⁸⁶⁶ Bovendien zijn er ook auteurs die – volgens mij onterecht – menen dat de NV van publiekrecht wel een privaatrechtelijke NV is.¹⁸⁶⁷

342. 'Taken van openbare dienst' & 'vrije activiteiten' – Van belang voor dit proefschrift is dat de AOB-wet een onderscheid maakt tussen taken van openbare dienst en vrije activiteiten.¹⁸⁶⁸ De openbare dienststopdrachten, enerzijds, maken in de bewoordingen van DÉOM "*une sorte de 'noyau dur'*" uit van de activiteit van overheidsbedrijven – een harde kern.¹⁸⁶⁹ MEUNIER wijst erop dat deze taken van openbare dienst voornamelijk in monopolie (lees: staatsmonopolie/wettelijk monopolie) worden uitgeoefend.¹⁸⁷⁰ De wetgever maakte, anderzijds, de keuze om het autonoom overheidsbedrijf naast openbare diensttaken ook zuiver commerciële taken of 'vrije activiteiten' uit te laten oefenen. Deze keuze was ingegeven door financiële redenen: de wetgever wou inkomstenderving door het louter uitoefenen van taken van openbare dienst vermijden. Volgens de wetgever 'is er geen enkele reden' om de productiefactoren die eveneens in de concurrentiële sector kunnen worden gevaloriseerd, uitsluitend te gebruiken voor de opdrachten van openbare dienst.¹⁸⁷¹ Zo voorziet artikel 7 van de AOB-wet dat

¹⁸⁶⁶ De Raad van State stelt "*dat voorts een naamloze vennootschap van publiek recht weliswaar de vorm heeft van een handelsvennootschap (sic) doch niettemin een overheidsinstelling is en blijft en haar werkingsregels -inzonderheid de statuten van haar personeel- op dat stuk kunnen worden aangepast aan de regels van publiek recht waaraan zij onderworpen is en die op de regels van privaat recht primeren*", RvS 4 mei 2001, nr. 95.165, Goedhuys t. VRT, overw. 2.3.4.

¹⁸⁶⁷ Zie bv. S. BAETEN en T. COEN, "Nieuwe corporate governance voor Proximus en bpost: much ado about nothing, of toch niet?", TRV 2017.

¹⁸⁶⁸ Over de categorieën van activiteiten waarmee overheidsbedrijven zich in het algemeen kunnen inlaten (bv. de toewijzing van middelen, herverdelingsdoelstellingen, bijdragen aan macro-economisch beleid, financiële doelstellingen) zie B. THIRY, "Les nouvelles conditions de concurrence (ou de partenariat) entre le secteur public et le secteur privé" in X., *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, (17) 19-22.

¹⁸⁶⁹ D. DÉOM, "Les contraintes de droit public qui pèsent sur les entreprises publiques autonomes" in X., *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, (115) 136.

¹⁸⁷⁰ B. MEUNIER, "Le contenu et les objectifs de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques" in X., *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, (53) 56.

¹⁸⁷¹ MvT bij het wetsontwerp betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *Parl.St.* Kamer 1989-90, nr. 1287/1, 2-3; S. BAETEN, "De beursintroduktie van Belgacom: een vernieuwde 'corporate governance' met een

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

autonome overheidsbedrijven vrij, binnen de grenzen van de AOB-wet, alle bedrijvigheden kunnen ontwikkelen die verenigbaar zijn met hun doel.¹⁸⁷² In tegenstelling tot de taken van openbare dienst die de federale autonome overheidsbedrijven *moeten* realiseren, zijn ze volledig vrij om te kiezen welke andere activiteiten ze ondernemen.¹⁸⁷³ De federale autonome overheidsbedrijven beschikken over een maximale beheersautonomie bij het uitoefenen van deze vrije activiteiten.¹⁸⁷⁴

Kenmerkend aan deze vorm van gedecentraliseerd bestuur, is de functionele tweedeling tussen taken van openbare dienst en zuiver commerciële taken die de *organieke wetgeving zelf* hanteert. De AOB-wet bepaalt welke opdrachten van openbare dienst een autonoom overheidsbedrijf in ieder geval dient te vervullen. Zo is bijvoorbeeld bpost over het hele Belgische grondgebied belast met de opdracht van openbare dienst om de sociale rol van de postbodes, in het bijzonder ten aanzien van de alleenstaanden en de minstbedeelden, te ontwikkelen.¹⁸⁷⁵ De bijzondere regels en voorwaarden waaronder een autonoom overheidsbedrijf de door de wet toevertrouwde opdrachten van openbare dienst vervult, worden vastgelegd in een beheerscontract tussen de Staat en het betrokken overheidsbedrijf – een nieuwheid gecreëerd met de AOB-wet.¹⁸⁷⁶ De opdeling in de AOB-wet kadert in een ruimere evolutie waarbij er een onderscheid bestaat

cruciale rol voor de nieuwe, onafhankelijke bestuurders", *TBP* 2005, afl. 6, (383) 386; K. DECKERS, "Publiekrechtelijke afwijkingen van het vennootschapsrecht voor autonome overheidsbedrijven: evolutie 1991-2014 aan de hand van de casus van bpost", *TBP* 2014, afl. 4-5, (232) 232.

¹⁸⁷² Dit artikel voorziet bovendien dat de Raad van Bestuur op grond van dit artikel kan beslissen om filialen ('bijhuizen' of agentschappen) op te richten, in België maar evengoed in het buitenland.

¹⁸⁷³ S. BAETEN, "De beursintrodactie van Belgacom: een vernieuwde 'corporate governance' met een cruciale rol voor de nieuwe, onafhankelijke bestuurders", *TBP* 2005, afl. 6, (383) 384, vn. 14.

¹⁸⁷⁴ MvT bij het wetsontwerp betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *Parl.St.* Kamer 1989-90, nr. 1287/1, 5.

¹⁸⁷⁵ Zie art. 141, D AOB-wet; zie bijvoorbeeld art. 58 AOB-wet voor Proximus: "*De opdrachten van openbare dienst van Proximus bestaan in de levering van de openbare telecommunicatiedienst, bedoeld in artikel 82.*"; zie voor NMBS art. 156 AOB-wet, voor Skeyes art. 170 AOB-wet, en voor Infrabel art. 197 AOB-wet.

¹⁸⁷⁶ Art. 3, §1 AOB-wet; zie over de inhoud, de wijze van sluiting, en de controle op de naleving van deze beheersovereenkomst B. MEUNIER, "Le contenu et les objectifs de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques" in X., *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, (53) 55-59.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

tussen 'overheidsonderneming' en 'openbare dienst' en waarbij het algemeen belang niet langer enkel wordt gerealiseerd door overheidsondernemingen.¹⁸⁷⁷

Sinds de aanneming van de AOB-wet in 1991 is intussen echter een belangrijk deel van de doelstelling en activiteiten van de federale autonome overheidsbedrijven van zuiver commerciële aard. Volgens MAST e.a. oefenen de autonome overheidsbedrijven zelfs "*in de eerste plaats een industriële of handelsactiviteit uit*".¹⁸⁷⁸ Reeds in 2005 wees BAETEN er op dat de openbare dienstactiviteit – hoewel het eerste streefdoel van het autonoom overheidsbedrijf – in het voorbeeld van Belgacom "*nog slechts een blanke pit [is] binnen de ruime zee van andere, zogenaamde 'commerciële', 'concurrentiële' of beter 'vrije' activiteiten*".¹⁸⁷⁹ Dit heeft ongetwijfeld te maken met de geëvolueerde economische rol van de overheid en de toenemende mededinging met private bedrijven. In de memorie van toelichting werd mooi verwoord dat de autonome overheidsbedrijven zich moeten aanpassen aan de groeiende mededinging afkomstig van nationale of internationale vennootschappen, of dat ze anders zullen worden geconfronteerd met een progressieve feitelijke privatisering van hun traditioneel actieterrein.¹⁸⁸⁰ Er wordt in de feiten door de autonome overheidsbedrijven halstarrig vastgehouden aan de uitoefening van dergelijke activiteiten, ondanks een intussen vaak parallel bestaande volwaardige private markt. De huidige situatie lijkt dan ook niet meer overeen te stemmen met de initiële bedoeling van de wetgever in 1991. Uit de memorie van toelichting blijkt immers dat de productiefactoren, ondanks de valorisatie via vrije activiteiten, in eerste instantie aanwezig zijn voor het verwezenlijken van de openbare dienst.¹⁸⁸¹ De opdracht

¹⁸⁷⁷ Zie hieromtrent P. QUERTAINMONT, "Les objectifs de la loi du 21 mars 1991: du desserrement de l'étroite étatique à l'émergence de nouveaux critères de gestion des entreprises publiques" in X., *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, (65) 74 e.v.

¹⁸⁷⁸ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 135.

¹⁸⁷⁹ S. BAETEN, "De beursintroductie van Belgacom: een vernieuwde 'corporate governance' met een cruciale rol voor de nieuwe, onafhankelijke bestuurders", *TBP* 2005, afl. 6, (383) 384 en 386.

¹⁸⁸⁰ MvT bij het wetsontwerp betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *Parl.St.* Kamer 1989-90, nr. 1287/1, 2.

¹⁸⁸¹ MvT bij het wetsontwerp betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *Parl.St.* Kamer 1989-90, nr. 1287/1, 3.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

van openbare dienst is de bestaansreden van het autonoom overheidsbedrijf¹⁸⁸²: "*Het is immers de openbare dienstverlening die zorgt voor de verbinding tussen overheid en overheidsonderneming en verantwoordt waarom de overheid zich inmengt in de economie.*".¹⁸⁸³

Iets wat vaak lijkt te worden vergeten, is dat ook de commerciële 'vrije' activiteiten geacht worden van *algemeen belang* te zijn, zoals BAETEN dit benadrukt: "*Vermits deze activiteiten worden uitgeoefend door een overheidsinstelling worden ze geacht van algemeen belang te zijn – het gegeven dat alle overheidsinstellingen steeds geacht worden het algemeen belang te behartigen wordt met name ook expliciet bevestigd door het Arbitragehof) – doch geen openbare dienst, vermits ten aanzien van hen moeilijk kan worden verdedigd dat 'l'accomplissement régulier apparaît essentiel aux yeux du législateur' (...)*".¹⁸⁸⁴ Dit neemt niet weg dat er een duidelijk winstoogmerk aan dit overheidsoptreden ten grondslag ligt: "*Ook de Staat heeft een zeker winstoogmerk, minstens in de vorm van een besparing op de kosten voor het aanbieden van de openbare dienst.*".¹⁸⁸⁵

343. Gevolgen van uitdrukkelijke functionele tweedeling – De AOB-wet voert niet enkel een onderscheid in tussen verrichtingen van openbare dienst en zuiver commerciële of industriële doelstellingen. Daaraan gekoppeld, voorziet de AOB-wet op verschillende plaatsen dat het autonoom overheidsbedrijf al naargelang het zich inlaat met de ene of andere activiteit een andere juridische behandeling krijgt: "*En établissant à charge des entreprises publiques autonomes*

¹⁸⁸² K. DECKERS, "Publiekrechtelijke afwijkingen van het vennootschapsrecht voor autonome overheidsbedrijven: evolutie 1991-2014 aan de hand van de casus van bpost", *TBP* 2014, afl. 4-5, (232) 245.

¹⁸⁸³ D. DEGRANDE, "De wapens van de privésector ten dienste van het algemeen belang? Een evaluatie van de wet op de autonome overheidsbedrijven in het licht van de ratio legis", Masterproef KUL 2019, onuitg., 46 met verwijzing naar D. DÉOM, "Les contraintes de droit public qui pèsent sur les entreprises publiques autonomes" in X., *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, (115) 136.

¹⁸⁸⁴ S. BAETEN, "De beursintroductie van Belgacom: een vernieuwde 'corporate governance' met een cruciale rol voor de nieuwe, onafhankelijke bestuurders", *TBP* 2005, afl. 6, (383) 384, vn. 14.

¹⁸⁸⁵ S. BAETEN, "De beursintroductie van Belgacom: een vernieuwde 'corporate governance' met een cruciale rol voor de nieuwe, onafhankelijke bestuurders", *TBP* 2005, afl. 6, (383) 386.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

un régime juridique distinct selon la nature des activités en question, le législateur belge a introduit une nouvelle approche du concept de service public." (eigen onderlijning).¹⁸⁸⁶

Concrete voorbeelden zijn dat de autonome overheidsbedrijven de *immunité van tenuitvoerlegging* enkel genieten voor de goederen die geheel of gedeeltelijk zijn bestemd voor de uitvoering van hun taken van openbare dienst, dit op grond van artikel 8, tweede lid van de AOB-wet.¹⁸⁸⁷ De federale autonome overheidsbedrijven zijn onderworpen aan de wetgeving omtrent de *boekhouding* en *jaarrekening* voor ondernemingen maar voorzien in een afzonderlijk stelsel van rekeningen voor de activiteiten die verband houden met hun taken van openbare dienst, enerzijds, en hun andere activiteiten, anderzijds.¹⁸⁸⁸ Artikel 11, §1 van de AOB-wet onderwerpt de autonome overheidsbedrijven enkel aan de toepassing van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten voor de *overheidsopdrachten* die betrekking hebben op taken van openbare dienst. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie valt evenwel af te leiden dat het autonoom overheidsbedrijf voor ál zijn taken, dus ook voor de taken die geen betrekking hebben op de uitoefening van de openbare dienstopdracht indien de Europese drempelbedragen zijn bereikt, *ratione personae* aan de toepassing van de overheidsopdrachtenwet is onderworpen.¹⁸⁸⁹ Het functioneel onderscheid dat de AOB-wet invoerde, is m.a.w. in de feiten vervangen door een

¹⁸⁸⁶ D. NUCHELMANS en G. PAGANO, *Les entreprises publiques autonomes*, CRISP, 1991, 14.

¹⁸⁸⁷ "De toenemende staatsinterventie in alle geledingen van het maatschappelijk gebeuren, maar vooral op het economisch vlak, zijn aan deze evolutie niet vreemd. Er is al ten overvloede in de rechtsleer op gewezen dat er geen enkel zinnig en aanvaardbaar argument is voor de uitvoeringsimmunité van overheidsgoederen die niet bestemd zijn voor een openbare dienst." (eigen onderlijning) in F. VAN VOLSEM en D. VAN HEUVEN, "Nogmaals over de uitvoeringsimmunité van publiekrechtelijke rechtspersonen", *RW* 1991, afl. 9, (301) 303.

¹⁸⁸⁸ Art. 27, §1 AOB-wet.

¹⁸⁸⁹ Zie bv. HvJ 15 januari 1998, C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4, Mannesman, overw. 25-35; HvJ 10 november 1998, C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525, BFI Holding BV, overw. 54-58; zie ook J. DEBIÈVRE en E. ROBBROECKX, "Behoeft van algemeen belang. Voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn", *O&O* 2020, afl. 2, (193) 193-195; zie ook K. DECKERS, "Publiekrechtelijke afwijkingen van het vennootschapsrecht voor autonome overheidsbedrijven: evolutie 1991-2014 aan de hand van de casus van bpost", *TBP* 2014, afl. 4-5, (232) 238-239.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

organieke tweedeling.¹⁸⁹⁰ De wetgever koos bewust voor een functionele tweedeling in de AOB-wet en bijhorend verschillend regime. Zo wou de wetgever de autonome overheidsbedrijven bevrijden van publiekrechtelijke beperkingen zoals begrotingsregels, de wetgeving overheidsopdrachten, personeelsbeheer, beperkingen aan de mogelijkheid tot filialisering, enzovoort.¹⁸⁹¹

De AOB-wet koppelt dus zelf verschillende gevolgen aan dit functionele onderscheid, maar daar blijft het niet bij. Het uitoefenen van zuiver commerciële activiteiten verhindert ook de toepassing van tal van bestuursregelgeving¹⁸⁹²: "*In de eerste plaats is er een onderscheid tussen de taken van openbaar belang die onderworpen blijven aan de Belgische wetgeving betreffende administratieve diensten en de concurrentiële taken die hieraan worden onttrokken.*", aldus MATTHIJS.¹⁸⁹³ Zoals DÉOM het omschrijft, moeten de activiteiten van openbare dienst "*s'exercer dans le respect des principes de droit administratif dont l'application est liée à un critère fonctionnel.*" (eigen onderlijning).¹⁸⁹⁴ Concrete voorbeelden van deze functionele toepassing van het administratief recht zijn dat

¹⁸⁹⁰ K. LEUS en S. BAETEN, "Nieuwe vormen van overheidsrechtspersonen" in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht. Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1998-1999*, Gent, Mys & Breesch, 1999, (149) 156-157.

¹⁸⁹¹ QUERTAINMONT heeft het over "*se débarrasser d'une certaine lourdeur administrative*", "*débarrasser le secteur public d'une structure juridique trop rigide*" en "*l'allègement des contraintes administratives*", zie P. QUERTAINMONT, "Les objectifs de la loi du 21 mars 1991: du desserrement de l'étroite étatique à l'émergence de nouveaux critères de gestion des entreprises publiques" in X., *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, (65) 66 en 68-69.

¹⁸⁹² Zie hierover ook S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, "De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA's en EVA's", *TBP* 2011, afl. 1, (4). De auteurs overlopen verschillende bestuursrechtelijke bepalingen en hun al dan niet toepasselijkheid op (de vrije activiteiten van) federale autonome overheidsbedrijven.

¹⁸⁹³ H. MATTHIJS, "De federale overheidsbedrijven: een analyse van de Wet van 21 maart 1991", *TBP* 2000, afl. 6, (425) 429; zie ook K. DECKERS, "Publiekrechtelijke afwijkingen van het vennootschapsrecht voor autonome overheidsbedrijven: evolutie 1991-2014 aan de hand van de casus van bpost", *TBP* 2014, afl. 4-5, (232) 237: "*De vraag of de realisatie van een bepaalde taak al dan niet een openbare dienst vormt, dient door de wetgever beantwoord te worden en vormt desgevallend het voorwerp van een parlementair debat. Als gevolg van deze kwalificatie als organieke openbare dienst is het administratief recht als uitzonderingsrecht van toepassing op de autonome overheidsbedrijven, behoudens wettelijke afwijkingen.*".

¹⁸⁹⁴ D. DÉOM, "Les contraintes de droit public qui pèsent sur les entreprises publiques autonomes" in X., *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, (115) 136; volgens DÉOM rijzen er tal van vragen die de kwalificatie van het overheidsbedrijf en zijn activiteiten in twijfel trekken, maar waarover de wet verder zwijgt, zie p. 142.

een autonoom overheidsbedrijf enkel als een *administratieve overheid* in de zin van artikel 14 van de RvS-wetten gekwalificeerd wordt indien het zich inlaat met taken van openbare dienst.¹⁸⁹⁵ Gelet op het feit dat ook de zuiver commerciële activiteiten het algemeen belang moeten behartigen, lijkt me dit echter te kort door de bocht te zijn. Waar de AOB-wet dit onderscheid niet uitdrukkelijk voorziet, zal het autonoom overheidsbedrijf volgens Deckers op grond van artikel 16 van de Grondwet enkel tot *onteigening* kunnen overgaan in het kader van de uitvoering van taken van openbare dienst.¹⁸⁹⁶ Enkel bij het uitoefenen van opdrachten van openbare dienst, zullen de autonome overheidsbedrijven de *wetten van de openbare dienst* moeten naleven (nl. het beginsel van de benuttingsgelijkheid, het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel)¹⁸⁹⁷ – dit is enigszins vreemd aangezien de toepassing van de wetten van de openbare dienst is gekoppeld aan het organieke openbare dienst-begrip en federale autonome overheidsbedrijven dergelijke organieke openbare diensten zijn bij het uitoefenen van zowel openbare diensttaken als vrije activiteiten. Het autonoom overheidsbedrijf wordt voor zijn *fiscale behandeling* deels gelijkgesteld met de Staat¹⁸⁹⁸, maar de BTW-vrijstelling geldt alleen maar voor de openbare diensttaken die het federaal autonoom overheidsbedrijf

¹⁸⁹⁵ S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, "De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA's en EVA's", *TBP* 2011, afl. 1, (4) 9, met verwijzing naar RvS 10 maart 2003, nr. 116.818, Vanhecke t. De Post, overw. 2.1.3; zie ook RvS 12 oktober 2001, nr. 99.744, Ooghe t. De Post; RvS 20 december 2001, nr. 102.204, Cayman t. De Post; zie ook S. DE SOMER en V. VUYLSTEKE, "De Wet Motivering Bestuurshandelingen en het ontslag van de overheidscontractant: het langverwachte oordeel van het Hof van Cassatie en een blik op de toekomst", *T.Gem.* 2016, afl. 2, (125) 130, vn. 39.

¹⁸⁹⁶ K. DECKERS, "Publiekrechtelijke afwijkingen van het vennootschapsrecht voor autonome overheidsbedrijven: evolutie 1991-2014 aan de hand van de casus van bpost", *TBP* 2014, afl. 4-5, (232) 233.

¹⁸⁹⁷ K. DECKERS, "Publiekrechtelijke afwijkingen van het vennootschapsrecht voor autonome overheidsbedrijven: evolutie 1991-2014 aan de hand van de casus van bpost", *TBP* 2014, afl. 4-5, (232) 237.

¹⁸⁹⁸ Zie bv. artikel 204 van de AOB-wet: "*Infrabel is vrijgesteld van alle belastingen, heffingen en rechten ten voordele van de provincies, de gemeenten en de agglomeraties van gemeenten.*", zie ook over het fiscaal regime van de federale autonome overheidsbedrijven en bv. de overgang van bpost naar een onderwerping aan de vennootschapsbelasting, K. DECKERS, "Publiekrechtelijke afwijkingen van het vennootschapsrecht voor autonome overheidsbedrijven: evolutie 1991-2014 aan de hand van de casus van bpost", *TBP* 2014, afl. 4-5, (232) 241-242; zie voor een uiteenzetting over de fiscale behandeling van overheidsondernemingen: P. DE BURYNE, "De overheidsonderneming van publiek recht: een toetsing aan de fiscale wetgeving" in S. BAETEN, K. BYTTEBIER en K. LEUS (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen, Maklu, 2000, 413 e.v.

uitoefent.¹⁸⁹⁹ Het Grondwettelijk Hof oordeelde reeds in het kader van een vraag naar toelaatbaarheid van gewestelijke belastingen dat de belastingvrijstelling van bpost noodzakelijk is indien de belastingheffing de uitvoering van opdrachten van openbare dienst treft, aangezien bpost een openbare dienst vormt waarvan de goederen bestemd zijn voor dienstverlening aan de bevolking en haar verschillend statuut verantwoordt dat ze aan bijzondere regels wordt onderworpen.¹⁹⁰⁰ Wat tot slot de toepassing van de *algemene beginselen van behoorlijk bestuur* betreft, "werd reeds verdedigd dat de beginselen van behoorlijk bestuur niet van toepassing zijn op de door de wet van 1991 geregelde federale autonome overheidsbedrijven wanneer ze handelen buiten hun taken van openbare dienst.", aldus VAN GARSSE en LERNOUT.¹⁹⁰¹ VANDENDRIESSCHE nuanceert verder dat "enkel mag worden besloten tot de niet-toepasselijkheid van deze beginselen in de uitoefening van zuiver commerciële activiteiten indien deze in de regelgeving zelf verankerd zijn (...)", wat het geval is bij de federale autonome overheidsbedrijven.¹⁹⁰² Aangezien ook de zuiver commerciële activiteiten echter het algemeen belang dienen te behartigen (een overheid dient nu eenmaal te allen tijde het algemeen belang na te streven), durf ik me vragen te stellen bij de toch wel zware gevolgen die er op het vlak van de toepassing van tal van bestuursregelgeving worden gekoppeld aan de uitoefening van zuiver commerciële activiteiten.¹⁹⁰³

¹⁸⁹⁹ "Vanaf 1 januari 2005 dient er voor de toepassing van de belasting op de toegevoegde waarde een onderscheid gemaakt te worden tussen de universele postdiensten die bpost uitvoert en haar andere activiteiten. Enkel wat haar universele postdiensten betreft, geniet bpost vanaf dan nog van een btw-vrijstelling."

¹⁹⁰⁰ GwH 30 juni 2005, nr. 113/2005, overw. B.8.3 en GwH 20 september 2012, nr. 111/2012, overw. B.13.3; zie ook "Deze rechtspraak bevestigt dus het belang van de kwalificatie als opdracht van openbare dienst ter verantwoording van een uitzonderingspositie." in K. DECKERS, "Publiekrechtelijke afwijkingen van het vennootschapsrecht voor autonome overheidsbedrijven: evolutie 1991-2014 aan de hand van de casus van bpost", *TBP* 2014, afl. 4-5, (232) 242.

¹⁹⁰¹ S. VAN GARSSE en M. LERNOUT, "Erfpacht en opstal & de overheid" in CARETTE, N. (ed.), *Erfpacht en opstal*, Morsel, Intersentia, 2017, (219) 256.

¹⁹⁰² F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (35) 56-57.

¹⁹⁰³ QUERTAINMONT wijst nog op de gevolgen van de functionele tweedeling t.a.v. de rechter die dient te oordelen: "On pourrait ainsi voir le juge, amené à trancher un litige relatif à une entreprise publique, ne pas appliquer le droit commercial, dans l'hypothèse où c'est l'exercice d'une mission de service public qui est en jeu, ou l'appliquer, dans l'hypothèse contraire." in P. QUERTAINMONT, "Les objectifs de la loi du 21 mars 1991: du desserrement de l'étreinte étatique à l'émergence de nouveaux critères de gestion des entreprises publiques" in X., *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, (65) 78.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

Het feit dat federale autonome overheidsbedrijven bijvoorbeeld niet onderworpen zijn aan de rechtsmacht van de bestuursrechter indien ze activiteiten in mededinging met private dienstenverstrekkers verrichten, is een voorbeeld van de functionele benadering die de afbakening van het bestuursrecht vorm geeft.¹⁹⁰⁴ De federale autonome overheidsbedrijven die zowel taken van algemeen belang als zuiver commerciële en industriële taken uitoefenen, zullen enkel voor de eenzijdige beslissingen die worden genomen in de uitoefening van hun taak van algemeen belang als administratieve overheid worden beschouwd.¹⁹⁰⁵ "Voor beslissingen in het raam van hun taken van zuiver commerciële of industriële aard treden zij dus niet op als administratieve overheden", aldus DE SOMER.¹⁹⁰⁶ Veralgemeend kan worden gesteld dat publiekrechtelijke regelgeving en beginselen enkel van toepassing zijn op het federaal autonoom overheidsbedrijf indien het een taak van openbare dienst uitoefent. Enkel de openbaredienstverplichtingen vallen onder de regels en beperkingen van het administratief recht. De autonome overheidsbedrijven "*beschikken (...), omwille van het algemeen belang, over een aantal voorrechten die kenmerkend zijn voor het 'overheidsapparaat'*".¹⁹⁰⁷ BAETEN heeft het over een "*bijzonder, administratief rechtsregime, dat weliswaar door de wetgever in principe aan deze opgedragen taken verbonden is*".¹⁹⁰⁸ Voor de overige, commerciële activiteiten geldt zoveel als mogelijk het gemeen recht.¹⁹⁰⁹ OPDEBEEK en DE SOMER vatten dit samen als volgt: "*Hoewel publiekrechtelijke rechtspersonen zoals de Staat, provincies en gemeenten normaal optreden als bestuur bij alles wat zij doen, geldt dit dus niet voor deze federale autonome overheidsbedrijven*".¹⁹¹⁰ Samengevat heeft dit tot

¹⁹⁰⁴ S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Morsel, Intersentia, 2017, 7-8.

¹⁹⁰⁵ Zie S. DE SOMER en I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 316 en de rechtspraak van de Raad van State waar aldaar naar wordt verwezen.

¹⁹⁰⁶ S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story", *RW* 2012, afl. 37, (74) 89.

¹⁹⁰⁷ K. DECKERS, "Publiekrechtelijke afwijkingen van het vennootschapsrecht voor autonome overheidsbedrijven: evolutie 1991-2014 aan de hand van de casus van bpost", *TBP* 2014, afl. 4-5, (232) 232.

¹⁹⁰⁸ S. BAETEN, "De beursintroduktie van Belgacom: een vernieuwde 'corporate governance' met een cruciale rol voor de nieuwe, onafhankelijke bestuurders", *TBP* 2005, afl. 6, (383) 391-392.

¹⁹⁰⁹ K. ROSSIGNOL, *De (on)belastbaarheid van de overheid*, Brugge, die Keure, 2016, 26.

¹⁹¹⁰ I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Morsel, Intersentia, 2017, 316.

gevolg dat het autonoom overheidsbedrijf op een tweeledige manier wordt behandeld in het recht.

Tot slot is nog op te merken dat de vrije activiteiten *niet geheel onttrokken* zijn aan het publiekrecht. BAETEN stelt hierover dat "*voor de autonome overheidsbedrijven (...) de draagwijdte van het bestuursrecht in eerste instantie [wordt] beperkt tot de taken van openbare dienst. Toch blijven bepaalde facetten van het bestuursrecht van toepassing op hun andere activiteiten.*".¹⁹¹¹ Zo zal er wat het *personeel* betreft geen onderscheid worden gemaakt tussen activiteiten van openbare dienst en vrije activiteiten: het principe van statutaire tewerkstelling speelt in beginsel t.a.v. het federaal autonoom overheidsbedrijf in het algemeen.¹⁹¹² Op grond van artikel 1, §1, 1^o van de wetten van 18 juli 1966 op het gebruik van de talen in bestuurszaken¹⁹¹³ is de *taalwetgeving* van toepassing op de gecentraliseerde en gedecentraliseerde openbare diensten van de Staat. Artikel 36, §1 van de AOB-wet voorziet uitdrukkelijk dat de federale autonome overheidsbedrijven, alsmede hun dochterondernemingen die zij betrekken bij de uitvoering van hun taken van openbare dienst en waarin het belang van de overheid in het kapitaal meer dan 50% bedraagt, onderworpen zijn aan de bepalingen van de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken, gecoördineerd op 18 juli 1966. Ook de *motivering* van bestuurshandelingen kan hier volgens mij worden aangehaald. Artikel 1 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen¹⁹¹⁴ legt de uitdrukkelijke motivering op aan 'het bestuur' dat eenzijdige administratieve rechtshandelingen stelt. Onder 'het bestuur' moeten 'de administratieve overheden als bedoeld in artikel 14 van de RvS-wetten' worden begrepen. Het autonoom overheidsbedrijf *sensu stricto* zal, gelet op zijn zuiver publiekrechtelijke

¹⁹¹¹ S. BAETEN, "De beïnvloeding van het bestuursrecht door het Europese Unierecht: de overheidsondernemingen" in K. WAUTERS, B. DELVAUX en B. VANHEUSDEN (eds.), *Invloed van het EU-recht op het Belgische bestuursrecht*, Brugge, die Keure, 2014, (81) 87.

¹⁹¹² Art. 29, §1, eerste lid AOB-wet. In het tweede lid van dit artikel zijn er echter vier uitzonderingsmogelijkheden voorzien op grond waarvan er ook op contractuele basis personeel kan worden aangeworven. In realiteit is ondanks dit uitzonderlijk karakter van deze vier mogelijkheden, bijna de helft van het personeel op contractuele basis aangeworven.

¹⁹¹³ BS 2 augustus 1966.

¹⁹¹⁴ BS 12 september 1991.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

vormgeving, in ieder geval een administratieve overheid zijn. Gelet op de argumentatie die hierboven werd uiteengezet omtrent de rechtsvorm, zal de NV van publiekrecht met zijn hybride *sui generis*-rechtsvorm in bepaalde gevallen eveneens een administratieve overheid zijn. Indien deze vervolgens een eenzijdige rechtshandeling stellen, zal de motiveringsplicht spelen. Tot slot koppelt artikel 1, a) van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur¹⁹¹⁵ haar toepassing eveneens aan het begrip administratieve overheid¹⁹¹⁶. De wet maakt geen onderscheid tussen taken van openbare dienst en vrije activiteiten. Aangezien het autonoom overheidsbedrijf als administratieve overheid kan worden gekwalificeerd, zal het – ongeacht de soort activiteit – onderworpen zijn aan de toepassing van de regelgeving inzake passieve en actieve openbaarheid.

344. Inspiratie voor intergemeentelijke samenwerking? – Na het bestuderen van het organiek kader omtrent de federale autonome overheidsbedrijven, valt het op dat er heel wat gelijkenissen bestaan tussen het federaal autonoom overheidsbedrijf (zoals uitgewerkt in de AOB-wet) en de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (zoals uitgewerkt in het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018). Zoals *supra* al gesteld, krijgen zowel de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden als de autonome overheidsbedrijven een *sui generis*-rechtsvorm aangemeten. Het onderscheid tussen de 'zuivere' *sui generis*-rechtsvorm en 'hybride' *sui generis*-rechtsvorm wordt zowel in de AOB-wet (resp. federaal autonoom overheidsbedrijf *sensu stricto* en NV van publiek recht) als in het DLB (projectvereniging als zuivere *sui generis*-rechtsvorm en de dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging als hybride *sui generis*-rechtsvorm) gehanteerd. Tegelijkertijd nemen noch de federale autonome overheidsbedrijven noch de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden de *vorm* aan van een vennootschap of vereniging en *zijn* ze ook geen private vennootschap of private vereniging (lees: NV, CV, ...). Daarnaast speelt er t.a.v. beide overheidsentiteiten een immuniteit van tenuitvoerlegging (resp. artikel 1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek en artikel

¹⁹¹⁵ BS 30 juni 1994.

¹⁹¹⁶ Art. 1: Deze wet is van toepassing: a) op de federale administratieve overheden.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

8 AOB-wet) en geldt er een uitsluiting van de mogelijkheid tot faillissement (resp. artikel I.22, 8° van het WER en art. 8 AOB-wet). Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en federale autonome overheidsbedrijven kunnen overgaan tot onteigening op grond van artikel 412 van het DLB (projectvereniging), artikel 450, derde lid van het DLB (dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging), artikel L1512-4, §2 van de CDLD (Waalse intercommunale), artikel 76 van de ordonnantie van 5 juli 2018 (intercommunale in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest), en artikel 10 van de AOB-wet (federaal autonoom overheidsbedrijf).

Naast gelijkenissen bestaan er ook opmerkelijke verschillen. Het zijn vooral deze verschillen die mogelijk ter inspiratie kunnen dienen ter optimalisatie van het organiek kader van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. De wettelijke verankering in de AOB-wet van de functionele tweedeling tussen taken van openbare dienst en vrije activiteiten staat ongetwijfeld met stip op een voor dit onderzoek. De organieke regelgeving inzake intergemeentelijke samenwerking bevat immers geen gelijkaardig decretaal verankerd onderscheid, terwijl in de vorige delen van dit proefschrift is gebleken dat dit onderscheid wel degelijk bestaat in de praktijk: tal van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden oefenen zuiver commerciële activiteiten uit in concurrentie met de privésector. Zo verrichten intergemeentelijke crematoria uitvaartactiviteiten, verkopen intergemeentelijke samenwerkingsverbanden actief in de IT-sector software, laptops en iPads, verhuren intergemeentelijke sport-samenwerkingsverbanden padelvelden, verhandelen streekontwikkelingsintercommunales industriegronden, enzovoort. In DEEL II is gebleken dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden – ondanks het gebrek aan decretaal verankerde functionele tweedeling – tóch op verschillende plaatsen in het recht op een functioneel gedifferentieerde wijze worden behandeld (cf. een onderscheiden behandeling genieten naargelang de doelstelling en activiteit). Dit is onder meer het geval in het ondernemingsrecht, het mededingingsrecht, het fiscaal recht, maar – in tegenstelling tot de federale autonome overheidsbedrijven – (nog) niet in het bestuursrecht. De organieke regelgeving op intergemeentelijke samenwerkingsverbanden doet daarentegen met een *one size fits all*-benadering minstens de schijn ontstaan dat *alle* intergemeentelijke samenwerkingsverbanden

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

eenzelfde uitgangspunt hebben, allen aan dezelfde regelgeving zijn onderworpen en allen dezelfde juridische benadering genieten, *quod non*.

In de AOB-wet is bovendien per federaal autonoom overheidsbedrijf uitdrukkelijk opgenomen met welke taken van openbare dienst het federaal autonoom overheidsbedrijf zich kan inlaten. Dit is niet het geval in de organiek wetgeving omtrent intergemeentelijke samenwerking. In het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 is enkel voorzien dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband het gemeentelijk belang dient te behartigen. Waar de beheersovereenkomst bij federale autonome overheidsbedrijven de opdrachten van openbare dienst ook gedetailleerd opsomt/dient op te sommen, zijn de statuten van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden vaak veel te ruim en onduidelijk geformuleerd in het licht van het specialiteitsbeginsel (zie *supra* DEEL III).

Een derde relevant verschil is dat de AOB-wet in artikel 8, eerste lid uitdrukkelijk vooropstelt dat de handelingen van federale autonome overheidsbedrijven "*geacht [worden] daden van koophandel te zijn*". De handelingen van een intergemeentelijk samenwerkingsverband worden echter geacht 'geen handelskarakter' te hebben. Intussen is die bepaling met artikel 92, 1^o van het decreet van 16 juli 2021 tot wijziging van diverse decreten, wat betreft versterking van de lokale democratie, opgeheven voor de Vlaamse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.¹⁹¹⁷ De CDLD voorziet daarentegen nog steeds dat de intercommunales "*n'ont pas un caractère commercial*"¹⁹¹⁸, net zoals de ordonnantie van 5 juli 2018 stelt dat ze "*geen commercieel karakter*"¹⁹¹⁹ hebben. Los van het feit dat het begrip 'daad van koophandel' intussen inhoudsloos is geworden met het afvoeren van het handelsrecht, is er toch sprake van een fundamenteel verschillend oogmerk van de wetgever. Waar het 'geen handelskarakter' de onttrekking van de intercommunale aan commerciële bepalingen ambieert (zie *supra* DEEL II), stelt de kwalificatie van de handelingen

¹⁹¹⁷ Art. 397, tweede lid DLB.

¹⁹¹⁸ Art. L1512-6, §1 CDLD.

¹⁹¹⁹ Art. 54 van de ordonnantie van 5 juli 2018.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

van het federaal autonoom overheidsbedrijf als 'daden van koophandel' net de toepassing van commerciële bepalingen voorop.¹⁹²⁰

Aansluitend bij het vorige is ook een relevant verschil dat artikel 1, eerste paragraaf van de AOB-wet vooropstelt dat "[e]lk organisme van openbaar nut dat over beheersautonomie moet beschikken in een gegeven industriële of commerciële sector (...), dergelijke autonomie verkrijgen door het sluiten van een beheerscontract met de Staat onder de voorwaarden van deze wet." (eigen onderlijning). De AOB-wet behoudt haar statuut m.a.w. voor aan entiteiten die optreden in een 'industriële of commerciële sector'.¹⁹²¹ De organieke regelgeving omtrent intergemeentelijke samenwerkingsverbanden vernauwt de focus niet – het ambiëren van het gemeentelijk belang is de enige vereiste en geen enkele sector wordt bij voorbaat uitgesloten.

Tot slot moet er kort worden ingegaan op de verschillen tussen federale autonome overheidsbedrijven en intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op het vlak van hun filialisering.¹⁹²² De wet van 26 januari 2018 tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, wat de bestuurlijke transparantie bij de dochterondernemingen van NMBS en Infrabel betreft, voegde een tweede lid toe aan artikel 25, §1 van de AOB-wet. De controle door een college van commissarissen gebeurt voortaan ook op de dochterondernemingen van Infrabel

¹⁹²⁰ M.u.v. 'de bepalingen van boek III van het Wetboek van Koophandel' (het Wetboek van Koophandel is intussen *quasi* volledig opgeheven en geïntegreerd in het WER). Op grond van art. 8, tweede lid AOB-wet genieten ze de immuniteit van tenuitvoerlegging voor de goederen die geheel of gedeeltelijk zijn bestemd voor de uitvoering van hun taken van openbare dienst.

¹⁹²¹ Vgl. de vroegere beperking tot de oprichting van autonome gemeentebedrijven tot activiteiten van commerciële en economische aard, zie hieromtrent bv. K. LEUS, "Een klassiek bestuursrechtelijke benadering van het verschijnsel 'verzelfstandiging' van openbare diensten: naar een nieuw evenwicht tussen autonomie en centrale sturing" in J. KRINGS (ed.), *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, Story-Scientia, 1997.

¹⁹²² Zie algemeen omtrent de filialisering in de AOB-wet: D. DÉOM, "Les contraintes de droit public qui pèsent sur les entreprises publiques autonomes" in X., *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, (115) 133-135; zie ook het rapport uitgebracht door het Rekenhof: X., "Financiële stromen tussen de vennootschappen van de NMBS-Groep. Audit op verzoek van de Kamer van Volksvertegenwoordigers", Brussel, 2012.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

en NMBS en hun vennootschappen met deelnemingsverhouding waarin de gezamenlijke overheden rechtstreeks of onrechtstreeks een controlepercentage bezitten van meer dan 50%. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is veelbeduidend opgenomen dat de overheid "*indirect (...) – en dus de belastingbetaler – uiteindelijk niet alleen garant [staat] voor alle activiteiten van de autonome overheidsbedrijven, maar bovendien ook voor de dochterondernemingen van deze overheidsbedrijven.* (...) Dit staat echter in schril contrast met de controle die de overheid kan uitoefenen op activiteiten van commerciële aard en op activiteiten van dochterondernemingen. (...) Het geringe toezicht blijkt in extremis misbruiken te faciliteren." (eigen onderlijning).¹⁹²³ Opvallend is dat er bij deze toezichtmogelijkheid geen onderscheid wordt gemaakt tussen de taken van openbare dienst en de vrije activiteiten. Daarnaast is de inspanning om de bestuurlijke transparantie van filialen te verhogen prijzenswaardig maar tegelijkertijd is het spijtig dat enkel de filialen van Infrabel en NMBS zijn geambieerd en niet de overige federale autonome overheidsbedrijven.¹⁹²⁴ Vergeleken met de organieke regelgeving op intergemeentelijke samenwerking gaat de AOB-wet dus verder. In het Vlaamse Gewest is er naast toezicht op de oprichting immers niet uitdrukkelijk in toezicht voorzien op het handelen van filialen van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden – met de nodige problemen van dien. In het Brussels Hoofdstedelijk Gewest is hetzelfde toezicht als op het handelen van de intercommunales van toepassing op de filialen op grond van artikel 90, tweede lid *jo.* artikel 78-89 van de ordonnantie van 5 juli 2018. Het Waalse Gewest versterkte het toezicht op de filialen van intercommunales recent met het decreet van 29 maart 2018 tot wijziging van het Wetboek van de Plaatselijke Democratie en de Decentralisering met het oog op een sterker bestuur en een sterkere transparantie in de uitvoering van de openbare mandaten in de lokale en bovenlokale structuren en hun filialen.¹⁹²⁵ Dat de toezichtmogelijkheden op de filialen van Vlaamse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in de nabije

¹⁹²³ MvT bij het wetsontwerp betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *Parl.St.* Kamer 1989-90, nr. 1287/1, 4-5.

¹⁹²⁴ DEVIN diende nochtans een amendement in met als doel de controle van het Rekenhof uit te breiden tot de dochterondernemingen van Proximus en bpost (beiden beursgenoteerd), zie *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2357/004 4-5.

¹⁹²⁵ Zie voortaan art. L1532-5 CDLD.

toekomst zullen worden versterkt, is trouwens onwaarschijnlijk. De huidige minister van Binnenland Bestuur is aan het inzetten op een drastische afbouw van het toezicht in het licht van de lokale autonomie.¹⁹²⁶

345. Is voorzichtigheid geboden? – De bovenvermelde juridische benadering van federale autonome overheidsbedrijven bevat op het eerste gezicht interessante (verschil)punten die mogelijk kunnen worden getransponeerd naar de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (zie *infra* hoofdstuk 2.). Toch moet er voorzichtig worden omgesprongen met hieruit inspiratie te halen. De juridische benaderingswijze en het bijhorend organiek kader van de federale autonome overheidsbedrijven valt ook te bekritisieren.

Zo laat MATTHIJS zich in een bijdrage van in 2000 op verschillende vlakken erg kritisch uit over het federaal autonoom overheidsbedrijf. Volgens de auteur heeft "*de creatie van deze overheidsbedrijven de grijze zone tussen de overheid en private sector alleen maar vergroot*"¹⁹²⁷ en is het t.a.v. te veel instellingen en bedrijven te onduidelijk of ze tot de publieke sector of de private sector behoren: "*Een dergelijk duidelijk onderscheid zou beter zijn. In de publieke sectoren gelden de regels van het openbaar ambt, de overheidsopdrachten en de rijkscomptabiliteit. Daartegenover gelden de privaatrechtelijke regels voor de desbetreffende sectoren.*"¹⁹²⁸ Was het maar zo simpel – het onderscheid tussen privaat- en publiekrechtelijke rechtspersonen maakt niet voor niets "*één van de moeilijkste vraagstukken van het (publiek)recht uit*"¹⁹²⁹, aldus CORNELIS, DE KEYSER, D'HOOGHE en VANDENDRIESSCHE.

¹⁹²⁶ Zie de initiatieven in het kader van de regiovorming, bv. Nota aan de Vlaamse Regering betreffende de regiovorming – afbakening referentieregio's en vervolgtraject, *Parl.St.* VI.Parl. 2020-21, 1096/1bis.

¹⁹²⁷ H. MATTHIJS, "De federale overheidsbedrijven: een analyse van de Wet van 21 maart 1991", *TBP* 2000, afl. 6, (425) 428; QUERTAINMONT heeft het over "*le décloisonnement du secteur public par rapport au secteur privé*" in P. QUERTAINMONT, "Les objectifs de la loi du 21 mars 1991: du desserrement de l'étroite étatique à l'émergence de nouveaux critères de gestion des entreprises publiques" in X., *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, (65) 66.

¹⁹²⁸ H. MATTHIJS, "De federale overheidsbedrijven: een analyse van de Wet van 21 maart 1991", *TBP* 2000, afl. 6, (425) 447-448.

¹⁹²⁹ L. CORNELIS, E. DE KEYSER, D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, "De N.V. van publiek recht" in S. BAETEN, K. BYTTEBIER, K. LEUS (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen, Maklu, 2000, (63) 68.

In het kader van de mededinging, concurrentievervalsing en controle werpt MATTHIJS de terechte vraag op of de federale autonome overheidsbedrijven hun activiteiten die ze in mededinging uitvoeren, niet beter zouden afstoten. Volgens de auteur zorgt de huidige benadering waarbij taken van openbare dienst en taken in mededinging in eenzelfde bedrijf worden gecombineerd, zowel voor de bedrijven zelf als voor de toezichthoudende overheid voor een onoverzichtelijke situatie m.b.t. het beleid, de boekhouding en de controle.¹⁹³⁰ Bovendien vervalst bijvoorbeeld de NMBS de concurrentie t.o.v. andere bedrijven, aldus MATTHIJS: "*Als zwaar gesubsidieerd overheidsbedrijf gaat ze telecomdiensten aanbieden. De andere operators op deze markt (bv. het semi-overheidsbedrijf Belgacom) worden daardoor benadeeld.*".¹⁹³¹ THIRY stelt het belang van concurrerende overheidsbedrijven eveneens in vraag, mede in het licht van Europeesrechtelijke invloeden in deze materie: "*[o]n pourrait s'interroger sur l'intérêt de maintenir des entreprises publiques qui produisent des biens et services sur des marchés concurrentiels en particulier si les dispositions communautaires, relayées au niveau national, amènent les entreprises publiques à se comporter de plus en plus comme une entreprise privée, à se concentrer sur les objectifs allocatifs et financiers au détriment des objectifs redistributifs et macroéconomiques.*" (eigen onderlijning).¹⁹³² Ook LOMBARD stelt in een van haar bijdragen dat "*l'impact du droit de l'Union européenne sur les entreprises publiques [conduit] à s'interroger moins sur leurs risques de disparition sous l'emprise de ce droit que (...) sur les raisons mêmes qu'elles auraient de survivre dans ce contexte*" (eigen onderlijning).¹⁹³³

¹⁹³⁰ H. MATTHIJS, "De federale overheidsbedrijven: een analyse van de Wet van 21 maart 1991", *TBP* 2000, afl. 6, (425) 440.

¹⁹³¹ H. MATTHIJS, "De federale overheidsbedrijven: een analyse van de Wet van 21 maart 1991", *TBP* 2000, afl. 6, (425) 434.

¹⁹³² B. THIRY, "Les nouvelles conditions de concurrence (ou de partenariat) entre le secteur public et le secteur privé" in X., *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, (17) 28. Zie deze bijdrage over de vermeende concurrentieverstoring door overheidsbedrijven t.o.v. de private sector. De auteur wijst bovendien op de "*attitude soupçonneuse*" (verdachte houding) van de Europese autoriteiten t.a.v. overheidsbedrijven. In dit artikel gaat THIRY eveneens in op de positie van het overheidsbedrijf in de Europese politiek.

¹⁹³³ M. LOMBARD, "L'impact du droit de l'Union européenne sur les entreprises publiques" in J.-B. AUBRY en J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (eds.), *Traité de droit administratif européen*, Brussel, Bruylant, 2014, (1127) 1136.

Daarnaast is de ongebreidelde ontwikkeling van een geïnstitutionaliseerd netwerk geen gegeven dat enkel bij de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden rijst. Ook bij de federale autonome overheidsbedrijven is er de mogelijkheid voorzien in artikel 13 van de AOB-wet dat de autonome overheidsbedrijven dochterondernemingen kunnen oprichten als het doel verenigbaar is met hun doel. Volgens MATTHIJS zorgt de mogelijkheid tot filialisering dat bijvoorbeeld "[d]e spoorwegen (...) ook een ondoorzichtig kluwen [zijn] geworden van tientallen filialen. Hierop is helemaal geen externe controle meer voorzien. Bovendien verschuilt de directie van de spoorwegen zich ten onrechte achter het 'bedrijfsgeheim' om daarover vragen te beantwoorden, zelfs aan *parlementsleden*." (eigen onderlijning).¹⁹³⁴ De auteur wijst nog op de opname van de bepaling in het beheerscontract van de NMBS dat de minister geen vragen mag stellen over de commerciële verbintenissen met derden buiten de opdrachten van openbare dienst.¹⁹³⁵ De bevoegde federale minister heeft op die manier geen volledige controle meer over het autonoom overheidsbedrijf NMBS.

De niet-toepassing van bepaalde publiekrechtelijke regels op de vrije activiteiten van federale autonome overheidsbedrijven zorgt dat er bedenkingen kunnen worden geformuleerd t.a.v. deze juridische benadering van het federaal autonoom overheidsbedrijf. Zo stelt DÉOM in haar proefschrift dat het functioneel onderscheid in activiteiten en de bijhorende onttrekking aan het publiek recht (cf. *l'affranchissement des contraintes spécifiques du droit public*) de juridische kwalificatie van het federaal autonoom overheidsbedrijf in twijfel trekt: "*L'application du type de distinction formulée (...) soulèvera dès lors deux types de difficultés juridiques. D'une part, il ne sera pas facile d'opérer l'identification des activités de service public, qui devra se faire sur base de critères entièrement neufs; outre cette difficulté théorique, l'application d'une telle scission interne n'ira d'ailleurs pas sans soulever des problèmes pratiques évidents. D'autre part la nature juridique des activités qui n'entrent pas dans la notion de service public*

¹⁹³⁴ H. MATTHIJS, "De federale overheidsbedrijven: een analyse van de Wet van 21 maart 1991", *TBP* 2000, afl. 6, (425) 433.

¹⁹³⁵ H. MATTHIJS, "De federale overheidsbedrijven: een analyse van de Wet van 21 maart 1991", *TBP* 2000, afl. 6, (425) 430.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

devra être définie et précisée: c'est, en réalité, la qualification d'organismes d'intérêt public elle-même qui se trouve ainsi mise en question par l'apparition, au sein des activités de tels organismes, d'un secteur se déroulant dans des conditions partiellement affranchies des contraintes spécifiques du droit public." (eigen onderlijning).¹⁹³⁶ Dat er "over de afbakening van de begrippen 'openbare diensttaak' en 'commerciële en industriële activiteit' ook vandaag nog heel wat onduidelijkheid bestaat"¹⁹³⁷, maakt het er niet makkelijker op.

Wat de opname van de taken van openbare dienst in de beheerscontracten van de autonome overheidsbedrijven betreft, stelt masterstudent DEGRANDE in zijn scriptie dat "de AOB's aan de slag (kunnen) met concrete doelstellingen in plaats van een immer wijzigende visie van politici over de invulling van het 'algemeen belang'", maar dat de slinger tegelijkertijd is doorgeslagen wat de te detaillistische uitwerking van de taken van openbare dienst in de beheerscontracten betreft.¹⁹³⁸

BAETEN en COEN wijzen ten slotte op de 'ongelukkige wetgevingstechniek' die de AOB-wet hanteert. De wet van 16 december 2015 tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven¹⁹³⁹ verklaarde delen van de AOB-wet buiten toepassing voor 'marktgerichte' beursgenoteerde autonome overheidsbedrijven: "Deze wet kan bezwaarlijk een mooi staaltje wetgevingstechniek worden genoemd. Vóór deze wet was het al zeer moeilijk om een goed overzicht van het corporate governance kader van Proximus en bpost te krijgen. (...) De AOB-bepalingen en de afwijkingen daarvan werden integendeel tijdelijk (gedeeltelijk) uitgeschakeld door nieuwe bepalingen (m.n. art. 54/1-54/9 AOB-wet) waardoor alles nog een stukje

¹⁹³⁶ D. DÉOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 480-481; zie ook D. NUCHELMANS en G. PAGANO, *Les entreprises publiques autonomes*, CRISP, 1991, 19.

¹⁹³⁷ S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, "De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA's en EVA's", *TBP* 2011, afl. 1, (4) 15.

¹⁹³⁸ D. DEGRANDE, "De wapens van de privésector ten dienste van het algemeen belang? Een evaluatie van de wet op de autonome overheidsbedrijven in het licht van de ratio legis", Masterproef KUL 2019, onuitg., 76-77.

¹⁹³⁹ *BS* 12 januari 2016.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

ingewikkelder is geworden."¹⁹⁴⁰ Interessant bij deze hervorming is trouwens dat de wet een extra onderscheiden behandeling van bepaalde federale autonome overheidsbedrijven invoerde met artikel 54/1, 3° AOB-wet. Dit artikel machtigt de regering om bij koninklijk besluit federale autonome overheidsbedrijven te onderwerpen aan de bepalingen van hoofdstuk XIII, indien het autonoom overheidsbedrijf gedurende twee jaar minstens 75% van de omzet behaalt uit vrije taken (lees: taken die niet van taken van openbare dienst zijn). Concreet wil de wetgever een einde maken aan de asymmetrische beslissingsrechten ontleend aan het administratief recht door de wijze van benoeming en de werking van de bestuursorganen dichter te laten aansluiten bij de regels van de *corporate governance* die gelden voor genoteerde vennootschappen.¹⁹⁴¹ De wetgever wil m.a.w. een *level playing field* tot stand brengen tussen deze federale autonome overheidsbedrijven en private concurrenten.¹⁹⁴²

De juridische uitwerking van het federaal autonoom overheidsbedrijf in de AOB-wet is dus niet vrij van kritiek. Gelijkaardige argumenten als deze die kunnen worden ingeroepen t.a.v. de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden spelen duidelijk ook t.a.v. de federale autonome overheidsbedrijven, nl. de grijze zone tussen de overheid en private sector, het kluwen dat is ontstaan door *quasi* ongebreidelde filialisering, vervalsing van de mededinging, enzovoort. Zoals hierboven is gebleken, komen er uit het juridisch onderzoek naar het organiek kader van de federale autonome overheidsbedrijven toch ook enkele aspecten naar boven die een rol kunnen spelen bij de optimalisatie van het organiek kader van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Opvallend is dat het

¹⁹⁴⁰ S. BAETEN en T. COEN, "Nieuwe corporate governance voor Proximus en bpost: much ado about nothing, of toch niet?", *TRV* 2017, (393) 401-402.

¹⁹⁴¹ In het kader van *corporate governance* (deugdelijk bestuur van een onderneming) zette de AOB-wet reeds in op garanties voor andere aandeelhouders dan de overheidsaandeelhouder(s) en op controle en toezicht op het federaal autonoom overheidsbedrijf, zie hieromtrent S. BAETEN, "De beursintroductie van Belgacom: een vernieuwde 'corporate governance' met een cruciale rol voor de nieuwe, onafhankelijke bestuurders", *TBP* 2005, afl. 6, (383) 389 e.v. Zie over de afstemming van de AOB-wet op vlak van beursgenoteerde federale autonome overheidsbedrijven op de regels van *corporate governance* voor genoteerde vennootschappen: S. BAETEN en T. COEN, "Nieuwe corporate governance voor Proximus en bpost: much ado about nothing, of toch niet?", *TRV* 2017, (393) 393 e.v.

¹⁹⁴² MvT bij wetsontwerp tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 1287/1, 4-5.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

publiekrecht – weliswaar beperkt – toch nog in zekere mate doorwerking vindt op vrije activiteiten (zie meer hierover *infra* hoofdstuk 2.). Dat de werkwijze die wordt gehanteerd ten opzichte van het federaal autonoom overheidsbedrijf inspirerend kan werken op gemeentelijk niveau (en dus bijvoorbeeld t.a.v. de intercommunale), werd trouwens ook bij de parlementaire bespreking van het ontwerp van AOB-wet in zoveel woorden vooropgesteld: "*[d]e bepalingen van het ontwerp [hebben] in een redelijk evenwicht (...) voorzien tussen enerzijds het algemeen belang en anderzijds de noodwendigheden van de economisch verantwoorde werking van het bedrijf. De in het ontwerp voorgestelde hervorming zou dus als voorbeeld kunnen dienen voor andere overheidsbedrijven, met inbegrip van de gewestelijke, communautaire of plaatselijke bedrijven. De formule zou inderdaad interessant kunnen zijn voor bedrijven zoals de Antwerpse haven of een groot aantal intercommunale bedrijven die thans verhinderd worden hun specialistische kennis te gelde te maken.*" (eigen onderlijning).¹⁹⁴³

¹⁹⁴³ Verslag namens de Commissie voor de Infrastructuur, uitgebracht door de heren F. Bosmans en Perdieu, bij het wetsontwerp betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *Parl.St.* Kamer, 1989-90, nr. 1287/10, 26.

1.3. Nederlandse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden

"De Gemeentewet en de Wet gemeenschappelijke regelingen bieden waarborgen als het gaat om het gebruik van bevoegdheden, besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, repressief toezicht, democratische controle en openbaarheid. Dergelijke waarborgen zijn niet aanwezig als gekozen wordt voor een privaatrechtelijke rechtsvorm."

– TIMMERMANS en ACKERMANS-WIJN, *Privatisering op decentraal en centraal niveau*, 1999

346. Publiekrechtelijke samenwerking tussen Nederlandse gemeenten –

Net zoals dit het geval is in België, gaat de techniek waarbij gemeenten samenwerken ook in de gedecentraliseerde eenheidsstaat Nederland al enkele eeuwen terug. Al in 1851 voorzag de Nederlandse Gemeentewet in de algemene mogelijkheid voor steden en gemeenten om intergemeentelijk samen te werken op bepaalde beleidsterreinen.¹⁹⁴⁴ Na de Tweede Wereldoorlog ontstond steeds meer behoefte aan een nieuwe wettelijke regeling.¹⁹⁴⁵ Voor de publiekrechtelijke intergemeentelijke samenwerking werd op termijn met de Wet Gemeenschappelijke Regelingen (hierna: WGR) die dateert van 1950 een afzonderlijke wet aangenomen. Na een periode van discussie en variërende initiatieven omtrent de reorganisatie van het Nederlandse binnenlands bestuur werd uiteindelijk in 1985 een herziene versie van de WGR aangenomen: *"Door intergemeentelijke samenwerking als oplossing van de regionale problematiek naar voren te schuiven, kwam het reeds lang bestaande instituut gemeenschappelijke regeling weer volop in de aandacht."*¹⁹⁴⁶

¹⁹⁴⁴ "Tot vereeniging of splitsing van Gemeenten wordt niet overgegaan dan nadat de bepalingen der artt. 129–132 zijn in acht genomen" in art. 128 Wet van 19 Junij 1851 regelende de samenstelling, inrigting en bevoegdheid der gemeentebesturen.

¹⁹⁴⁵ J.F. DE GROOT, "Het fiscaal instrumentarium van gemeenschappelijke regelingen", *Belastingblad* 1995, afl. 34/1, 3.

¹⁹⁴⁶ R.P.G. DOESCHOT, A.F. BOSKMA, M. HERWEIJER en M. OOSTING, *Intergemeentelijke samenwerking: een onderzoek naar invoeringsproblemen van de herziene Wet Gemeenschappelijke Regeling*, Deventer, Kluwer, 1987, 11-12; zie pagina 7 e.v. van deze bijdrage voor een verdere uiteenzetting van de wetsgeschiedenis omtrent intergemeentelijke samenwerking in Nederland.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

Net zoals dit in België het geval is, is de mogelijkheid voor gemeenten om zich te verenigen verankerd in de Grondwet.¹⁹⁴⁷ Dit grondwetsartikel stelt dat de wet regels geeft ter voorziening in zaken waarbij twee of meer openbare lichamen zijn betrokken en verwijst daarbij naar artikel 134, tweede en derde lid van de Nederlandse Grondwet. Indien een nieuw 'openbaar lichaam' wordt gecreëerd, regelt de wet de taken en de inrichting van deze openbare lichamen, de samenstelling en bevoegdheid van hun besturen, de openbaarheid van hun vergaderingen, en het toezicht waarbij vernietiging van deze besturen alleen kan geschieden wegens strijd met het recht of het algemeen belang.

Op vandaag zijn er vijf publiekrechtelijke samenwerkingsvormen in de WGR opgenomen – toevallig evenveel als in het Vlaamse Gewest.¹⁹⁴⁸ Op grond van artikel 8 van de WGR kunnen gemeenten overgaan tot de oprichting van een openbaar lichaam¹⁹⁴⁹, een gemeenschappelijk orgaan¹⁹⁵⁰, een bedrijfsvoeringsorganisatie¹⁹⁵¹, een centrumgemeente¹⁹⁵², en een regeling zonder meer.¹⁹⁵³ Het gemeenschappelijk orgaan, de centrumgemeente, en de regeling zonder meer hebben *geen rechtspersoonlijkheid*. Deze drie vormen zijn dus te vergelijken zijn met de Vlaamse interlokale vereniging. De andere twee samenwerkingsvormen voorzien wel in het hebben van rechtspersoonlijkheid en variëren onderling qua 'zwaarte'. De bedrijfsvoeringsorganisatie is pas in 2015 als vijfde publiekrechtelijke samenwerkingsvorm toegevoegd aan de WGR en heeft als kenmerk dat het een lichtere samenwerkingsvorm met slechts één bestuursorgaan betreft. Volgens de Greef kregen de gemeenten er op die manier "*een keuzemogelijkheid bij, zeker ook in de afweging tussen publiek- of privaatrechtelijke samenwerking (art. 160 lid 2 Gemeentewet)*"¹⁹⁵⁴, waarover

¹⁹⁴⁷ Art. 135 van de Nederlandse Grondwet.

¹⁹⁴⁸ Zie voor een heldere uiteenzetting van de verschillende publiekrechtelijke samenwerkingsmogelijkheden E.R. MULLER, H. KUMMELING en R. NEHMELMAN (eds.), *Instituten van de staat*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, 7.6, 7 e.v.; zie ook L. SCHAAP, "How Good is Inter-Municipal Governance?", Working Paper ECPR, 2017.

¹⁹⁴⁹ Art. 8, eerste lid WGR.

¹⁹⁵⁰ Art. 8, tweede lid WGR.

¹⁹⁵¹ Art. 8, derde lid WGR.

¹⁹⁵² Art. 8, vierde lid WGR.

¹⁹⁵³ Art. 1 WGR.

¹⁹⁵⁴ R. DE GREEF, "De bedrijfsvoeringsorganisatie in de Wet gemeenschappelijke regelingen: een nieuwe vorm van samenwerking?", *Gst.* 2013, afl. 125, 5.

verder meer. Het openbaar lichaam maakt tot slot de zwaarste intergemeentelijke samenwerkingsvorm uit en is te vergelijken met de Vlaamse opdrachthoudende vereniging en met de Waalse en Brussels Hoofdstedelijke intercommunale. Deze samenwerkingsvorm is tegelijkertijd ook de populairste: in 2013 nam 79% van de Nederlandse gemeenschappelijke regelingen deze vorm aan.¹⁹⁵⁵ Kenmerkend aan het gemeenschappelijk openbaar lichaam is bovendien dat de entiteit als een verlengd lokaal bestuur wordt beschouwd.¹⁹⁵⁶ Naast de mogelijkheden in de WGR bestaan er nog verschillende lichte vormen van niet-geïstitutionaliseerde intergemeentelijke samenwerking. Aangezien deze niet zorgen voor de creatie van een afzonderlijke rechtspersoon blijven deze hier buiten beschouwing.¹⁹⁵⁷

Artikel 1, eerste lid van de WGR voorziet bovendien dat gemeenten een gemeenschappelijke regeling kunnen treffen (lees: gaan samenwerken) *ter behartiging van een of meer bepaalde belangen van die gemeenten*. Dit betekent dat – net zoals in België – de samenwerking is beperkt tot samenwerking met het oog op de behartiging van het gemeentelijk belang.¹⁹⁵⁸ Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kunnen zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke bevoegdheden uitoefenen. HUISMAN en VAN OMMEREN benadrukken dat dit "*niet weg[neemt] dat in de rechtspraak gemeenschappelijke regelingen als publiekrechtelijk worden aangemerkt, ook als ze een privaatrechtelijk object*

¹⁹⁵⁵ R. DE GREEF, "De bedrijfsvoeringsorganisatie in de Wet gemeenschappelijke regelingen: een nieuwe vorm van samenwerking?", *Gst.* 2013, afl. 125, 1; zie ook R. DE GREEF, "Intergemeentelijke samenwerking", *Klachtrecht* 2018, afl. 2, (11) 11.

¹⁹⁵⁶ "Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden ontleen hun democratische legitimatie immers aan de deelnemende gemeenten en moeten worden beschouwd als een 'hulpstructuur' met een van de gemeenten afgeleid karakter, in plaats van als zelfstandige bestuurseenheid." in R. DE GREEF, "Gaat de Nationale ombudsman zijn boekje te buiten? Of is het boekje misschien achterhaald?", *JBplus* 2020, afl. 2, (33) 48; zie ook R. DE GREEF, "De gemeenschappelijke regeling: onbegrepen, onbekend en onbemind!", *Gst.* 2008, afl. 107, 4.1.

¹⁹⁵⁷ Zie over deze lichtere intergemeentelijke samenwerkingsmogelijkheden buiten de WGR: L.T. VAN DEN DOOL en L. SCHAAP, "Intergemeentelijk samenwerken: het kan ook licht", *Bestuurskunde* 2014, afl. 23, 65-75; zie over de centrumgemeenten, centrumconstructies en centrumregelingen als lichte samenwerkingsvormen in de WGR: R. DE GREEF, "Over centrumgemeenten, centrumconstructies en centrumregelingen", *Gst.* 2012, afl. 95.

¹⁹⁵⁸ In art. 30 WGR is opgenomen dat de deelnemende gemeenten zelf kiezen welke bevoegdheden zij overdragen aan het intergemeentelijk samenwerkingsverband. Op grond van art. 10, tweede lid WGR dienen deze bevoegdheden wel binnen de belangen van het intergemeentelijk samenwerkingsverband vallen en in de gemeenschappelijke regeling (cf. de statuten) zijn opgenomen.

hebben".¹⁹⁵⁹ In de Nederlandse juridische literatuur is er nog maar beperkt aandacht besteed aan de doelstellingen en activiteiten waartoe intergemeentelijke samenwerking is beperkt. Volgens DE GREEF, ZIJLSTRA en THEISSEN is het 'gemeentelijk belang' gelijk aan het 'openbaar belang'¹⁹⁶⁰ en kan er daarbij worden verwezen naar de invulling die de Wetenschappelijke Raad van het Regeringsbeleid aan het 'publieke belang' geeft: "*Er is eerst sprake van een publiek belang indien de overheid zich de behartiging van een maatschappelijk belang aantrekt op grond van de overtuiging dat dit belang anders niet goed tot zijn recht komt.*" (eigen onderlijning).¹⁹⁶¹ Uit een gesprek met DE GREEF blijkt evenwel dat er in de praktijk erg soepel wordt omgegaan met de doelstellingen en activiteiten die de intergemeentelijke entiteiten uitoefenen. Net zoals dit het geval is in België, zijn er tal van Nederlandse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die economische, commerciële, industriële en zelfs concurrentiële activiteiten uitoefenen. In realiteit is het intergemeentelijk handelen m.a.w. niet beperkt tot belangen die 'anders niet goed tot hun recht komen'. Daar komt nog bij dat het ministerie van Economische Zaken toezicht zou moeten uitoefenen en doelstellingen/activiteiten die het gemeentelijk belang overstijgen, zou moeten verbieden – net zoals de respectievelijke toezichthouders dit zouden moeten verbieden voor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in het Vlaamse, Brussels Hoofdstedelijke en Waalse Gewest. Activiteiten in volle markt worden echter toegelaten. Méér nog, het ministerie adviseert gemeenten zelfs om dergelijke doelstellingen en activiteiten te ondernemen.¹⁹⁶² Het feit dat

¹⁹⁵⁹ P.J. HUISMAN en F.J. VAN OMMEREN, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen: Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2019, 687.

¹⁹⁶⁰ Zie ook omtrent deze wetsevolutie L.J.M. TIMMERMANS en J.C.E. ACKERMANS-WIJN, "Privatisering op decentraal en centraal niveau", *Gst.* 1999, 7 e.v.: het 'gemeentelijk belang' zoals dit vroeger was opgenomen in art. 234 van de 'oude' Gemeentewet, is mettertijd vervangen door het 'openbaar belang' aangezien het "*in het kader van een samenwerking in een privaatrechtelijke vorm (...) niet langer meer gaat om het belang van de gemeente alleen, maar om een publiek belang dat zij gemeenschappelijk heeft met andere deelnemende partners*" (eigen onderlijning).

¹⁹⁶¹ R. DE GREEF, S.E. ZIJLSTRA en F.H.K. THEISSEN, *Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden. Afwegingskader voor de keuze tussen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2015, 16; zie ook deze bijdrage omtrent het onderscheid tussen doe-taken en publieke taken.

¹⁹⁶² Input uit een gesprek met drs. Rob de Greef, 31 augustus 2021.

het gemeentelijk belang ook in Nederland een open begrip is, ligt mede aan de oorzaak van deze gelijkaardige evolutie als in België.

Bij de invulling van de mogelijkheid voor gemeenten om op institutionele wijze samen te werken voorziet de WGR in artikel 93 e.v. ook in de mogelijkheid voor privaatrechtelijke personen om deel te nemen aan het samenwerkingsverband, voor zover ze daartoe bevoegd zijn. Deze mogelijkheid is vergelijkbaar met de regeling van het Waalse en Brussels Hoofdstedelijk Gewest, waar private deelname ook in elke intercommunale is toegelaten.¹⁹⁶³ Daarnaast kan een samenwerkingsverband op grond van artikel 96 e.v. van de WGR ook wordt aangegaan door één gemeente en een andere rechtspersoon – in dit geval is er echter bezwaarlijk nog sprake meer van *intergemeentelijke* samenwerking. Er wordt *infra* nog ingegaan op enkele aspecten van hoe (publiekrechtelijke) intergemeentelijke samenwerking in de WGR als Nederlandse equivalent van het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 is gereguleerd. Voor het overige blijft de WGR in grote mate buiten beschouwing aangezien de focus van deze functionele rechtsvergelijking ligt op de privaatrechtelijke verenigingsmogelijkheden voor Nederlandse gemeenten. Waar mogelijk verwijst de tekst wel naar verdiepende literatuur.

347. Intergemeentelijke samenwerking langs privaatrechtelijke weg – Wat de Nederlandse casus van intergemeentelijke samenwerking zo interessant maakt voor dit onderzoek, is dat geïnstitutionaliseerde samenwerking tussen gemeenten in Nederland niet enkel via de publiekrechtelijke weg maar ook *langs de privaatrechtelijke weg* kan én mag gebeuren: "*Het komt in de praktijk ook voor dat er afspraken worden gemaakt tussen overheden over het gebruik van hun bevoegdheden anders dan in de vorm van een gemeenschappelijke regeling. Uit de jurisprudentie is af te leiden dat dit in beginsel is toegestaan. Het heeft althans tot dusver geen onaanvaardbare doorkruising van de WGR opgeleverd.*" (eigen

¹⁹⁶³ In Vlaanderen daarentegen is private deelname enkel mogelijk onder bepaalde voorwaarden in de afval- en energiesector en indien het intergemeentelijk samenwerkingsverband de vorm aanneemt van een opdrachthoudende vereniging met private deelname (zie *supra*).

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

onderlijning), aldus HUISMAN en VAN OMMEREN.¹⁹⁶⁴ In België daarentegen is het op basis van vaststaande rechtspraak duidelijk dat twee of meer gemeenten zich niet op het privaatrecht kunnen beroepen om over te gaan tot de oprichting van een gestructureerd samenwerkingsverband. Dit aangezien er een dwingende positiefrechtelijke regeling bestaat die de privaatrechtelijke weg 'afsluit' (zie *supra* nr. 271 e.v. – de tweewegenleer). In het Nederlandse recht wordt het echter – opvallend genoeg, zeker gelet op artikel 134, tweede en derde lid van de Nederlandse Grondwet – "*niet als onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling (...) gezien indien gemeenten langs privaatrechtelijke weg samenwerken ter behartiging van openbare belangen.*", aldus DE VRIES.¹⁹⁶⁵ Meer hierover *infra* nr. 353.

Het volgen van 'de privaatrechtelijke weg' betekent meer concreet dat gemeenten zich op de mogelijkheden van artikel 2:3 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek (hierna: NBW) beroepen om op privaatrechtelijke grond samen te werken.¹⁹⁶⁶ Aangezien gemeenten rechtspersonen zijn, kunnen ze privaatrechtelijke rechtshandelingen stellen op grond van artikel 2:1, derde lid *jo.* artikel 2:5 *jo.*

¹⁹⁶⁴ P.J. HUISMAN en F.J. VAN OMMEREN, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen: Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2019, 687. Zie ook hetzelfde boek op pagina 252: "*Door overheden wordt een samenwerkingsstichting met name opgericht als een publiekrechtelijke samenwerkingsvorm – te denken valt in het bijzonder aan een gemeenschappelijke regeling op grond van de gelijknamige wet (WGR) – niet aantrekkelijk wordt geacht.*".

¹⁹⁶⁵ D.H. DE VRIES, "De Wet gemeenschappelijke regelingen per 1 januari 2006", *Gst.* 2006, afl. 132, 2-3; zie omtrent de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon in het licht van de tweewegenleer/doorkruisingsleer: L.J.M. TIMMERMANS en J.C.E. ACKERMANS-WIJN, "Privatisering op decentraal en centraal niveau", *Gst.* 1999, 3 e.v.; zie ook R. DE GREEF, "De gemeenschappelijke regeling: onbegrepen, onbekend en onbemind!", *Gst.* 2008, afl. 107, 1: "*Provincies, gemeenten en waterschappen werken veelvuldig samen om verscheidene redenen. Ze maken daarbij gebruik van het privaatrecht, maar ze doen dit eveneens via de mogelijkheden die het publiekrecht biedt.*".

¹⁹⁶⁶ Zie over de procedure om dergelijk privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband op te richten (o.a. over de goedkeuring door de raad op grond van het toenmalige art. 155, tweede lid Gemeentewet): L.J.M. TIMMERMANS en J.C.E. ACKERMANS-WIJN, "Privatisering op decentraal en centraal niveau", *Gst.* 1999; E.R. MULLER, H. KUMMELING en R. NEHMELMAN (eds.), *Instituten van de staat*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, 7.5; zie ook over de oprichting van overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen in het algemeen, F.J. VAN OMMEREN, "Van de overheidsvennootschap en de overheidsstichting", *Rechtsgeleerd magazijn Themis*, 2018, 1-32.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

artikel 3:32 van het NBW.¹⁹⁶⁷ Indien het privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband rechtspersoonlijkheid heeft, "gaat het om een vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, naamloze vennootschap, besloten vennootschap of stichting (art. 2:5 [N]BW)".¹⁹⁶⁸ Indien gemeenten louter contractueel op privaatrechtelijke wijze samenwerken zonder een afzonderlijke rechtspersoon te creëren, zijn beleidsovereenkomsten en dienstverleningsovereenkomsten populaire instrumenten door hun flexibiliteit.¹⁹⁶⁹ Onder het volgen van 'de privaatrechtelijke weg' wordt in het Nederlandse rechtssysteem bijgevolg hetzelfde begrepen als in de Belgische rechtsorde.¹⁹⁷⁰ Mocht de organisatierechtelijke tweewegenleer dit niet verhinderen, dan zouden de Belgische gemeenten zich via de privaatrechtelijke weg op het WVV kunnen beroepen om samen de entiteiten die daarin zijn uitgewerkt (bv. NV, CV, vzw, stichting, enz.), op te richten.

Ondanks de mogelijkheid voor Nederlandse gemeenten om op privaatrechtelijke basis samen te werken, gaat de wettelijke voorkeur echter uit naar publiekrechtelijke samenwerkingsmogelijkheden. Artikel 160, tweede lid van de Nederlandse Gemeentewet (hierna: NGenw) stelt dit uitdrukkelijk voorop: "*Het college besluit slechts tot de oprichting van en de deelneming in stichtingen, maatschappen, vennootschappen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden*

¹⁹⁶⁷ In het rapport 'Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden' dat dateert van 2006 zijn er een aantal cijfergegevens opgenomen: "In totaal zijn bij tien provincies 700 oprichtingen/deelnemingen ter goedkeuring voorgelegd. In (47%) van de gevallen is de stichting gekozen. De keuze is 175 keer (25%) op de BV en 119 (17%) keer op NV gevallen. De vereniging is 44 keer genoemd en de CV is in 22 gevallen als rechtsvorm gekozen. In een relatief gering aantal gevallen is de voorkeur uitgegaan naar de coöperatie, de onderlinge waarborg maatschappij en de VOF."

¹⁹⁶⁸ R. DE GREEF, "Openbaarheid van bestuur en intergemeentelijke samenwerking: Hoe zit het nu eigenlijk?", *Gst.* 2018, afl. 133, 2.3; zie beknopt over deze privaatrechtelijke rechtsvormen R. DE GREEF, S.E. ZIJLSTRA en F.H.K. THEISSEN, *Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden. Afwegingskader voor de keuze tussen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2015, 95 e.v.

¹⁹⁶⁹ E.R. MULLER, H. KUMMELING en R. NEHMELMAN (eds.), *Instituten van de staat*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, 7.5.

¹⁹⁷⁰ Belangrijk is dat er wel een 'voorhangprocedure' is gekoppeld aan het volgen door gemeenten van de privaatrechtelijke weg. Samengevat houdt deze procedure in dat gemeenteraden hun goedkeuring dienen te verlenen aan de oprichting van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden met privaatrechtelijke grondslag.

geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Het besluit wordt niet genomen dan nadat de raad een ontwerp-besluit is toegezonden en in de gelegenheid is gesteld zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college te brengen." (eigen onderlijning).¹⁹⁷¹ De publiekrechtelijke weg dient bijgevolg de voorkeur te krijgen: "men wenst namelijk een krachtige, kleine overheid, waar allerlei semi-overheden of overheidsdeelnemingen toch minder voor de hand liggen"¹⁹⁷². Het is duidelijk dat de gemeenten enkel samen een privaatrechtelijke rechtspersoon kunnen oprichten indien dit in het bijzonder aangewezen is voor het openbaar belang. Die voorkeur is ingegeven door de bezorgdheid dat de privaatrechtelijke weg afbreuk zou doen aan publieke correctieve mechanismen. Dit blijkt ook uit de voorbereidende werken van 1928: "De openbare lichamen hebben inzonderheid de zorg voor belangen eener gemeenschap, dus voor algemeene publieke belangen. Men mag aannemen, dat zij die het best zullen kunnen behartigen langs den weg van het publieke recht, beter dan bij de uitvoering van burgerrechtelijke contracten of in vennootschappen, waarbij allicht het gevaar dreigt, dat de publiekrechtelijke beschouwing van het onderwerp te zeer op den achtergrond geraakt." (eigen onderlijning).¹⁹⁷³

De wettelijke voorkeur voor de publiekrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingstechniek blijft echter louter theoretisch. In de praktijk bestaat er immers een duidelijke voorkeur bij gemeenten voor privaatrechtelijke verenigingstechnieken.¹⁹⁷⁴ Eén van de redenen die DE VRIES aangeeft is dat "het Burgerlijk Wetboek, waaraan samenwerking langs privaatrechtelijke weg is onderworpen, goede (zo niet betere) mogelijkheden biedt voor beïnvloeding door

¹⁹⁷¹ Zie voor wat er onder 'oprichting' en 'deelneming' zoals opgenomen in art. 160 NGemw dient te worden begrepen: B.F.TH. DE MOOR, "Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtsvormen door gemeenten" *Gst.* 2007, afl. 97.

¹⁹⁷² R. DE GREEF, L.C.L. HUNTJENS en N.M. OUD, "Verbonden partijen: de lusten en lasten van verzelfstandiging", *NTB* 2012, afl. 6, 1.

¹⁹⁷³ Zie de verwijzing naar *Bijl.Hand. II* 1928/29, 235, nr. 3 in R. DE GREEF, S.E. ZIJLSTRA en F.H.K. THEISSEN, *Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden. Afwegingskader voor de keuze tussen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2015, 53-54.

¹⁹⁷⁴ Volgens ZIJLSTRA is er "geen terrein van staats- en bestuursrecht waar de overheid zó consequent en zonder gêne het recht schendt als hier." in S.E. ZIJLSTRA, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 277.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

gemeenteraden".¹⁹⁷⁵ Nog een 'voordeel' voor de gemeenten is dat een gemeente niet kan worden aangesproken voor schulden van een NV, BV, stichting of vereniging, maar wel voor schulden van het (publiekrechtelijk) openbaar lichaam. Volgens ZIJLSTRA wordt de massale oprichting van overheidsvennootschappen en -stichtingen vaak verklaard door "1) de *privaatrechtelijke organisatievorm (...)* meer zelfstandigheid [*biedt*] dan een *publiekrechtelijke organisatievorm*; 2) een *privaatrechtelijke rechtspersoon (...)* sneller in te stellen [*is*]; 3) de *privaatrechtelijke rechtsvorm (...)* meer mogelijkheden [*biedt*] tot samenwerking met burgers en niet-overheidsorganisaties.", maar de auteur voegt er aan toe dat deze argumenten niet altijd valide zijn.¹⁹⁷⁶

Waar het betreffende artikel 160 van de NGenw werd ingevoerd in 1931, blijkt op vandaag het merendeel van de intergemeentelijke samenwerking in de praktijk te gebeuren via de privaatrechtelijke weg.¹⁹⁷⁷ DE GREEF wijt dit ten dele aan het 'onbegrepen, onbekend en onbemind' zijn van de mogelijkheden waarin de WGR voorziet, "*waardoor het privaatrecht in opkomst is in het publieke domein*".¹⁹⁷⁸ In het verleden werd dan ook geopperd om de wettelijke voorkeur voor publieke samenwerking te schrappen uit de Gemeentewet, maar voormelde auteur stelt de vraag of de conclusie niet eerder zou moeten zijn dat "*de mogelijkheden van de WGR moeten worden verduidelijkt zodat de (...) gemeenten (...) weten wat mogelijk is en minder snel naar de wel bekende privaatrechtelijke weg grijpen?*".¹⁹⁷⁹

Gelet op de bezorgdheden die aan de basis liggen van artikel 160 NGenW, rijst de wezenlijke vraag in welke mate publiekrechtelijke regelgeving, en in het

¹⁹⁷⁵ D.H. DE VRIES, "De Wet gemeenschappelijke regelingen per 1 januari 2006", *Gst.* 2006, afl. 132, 2.

¹⁹⁷⁶ S.E. ZIJLSTRA, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 278.

¹⁹⁷⁷ Ter illustratie, in 2005 bestonden er al 1165 privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden en 'slechts' 697 publiekrechtelijke samenwerkingsverbanden. In 2010 bestonden er 698 publiekrechtelijke en 1022 privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden, L.T. VAN DEN DOOL en L. SCHAAP, "Intergemeentelijk samenwerken: het kan ook licht", *Bestuurskunde* 2014, afl. 23, (65) 68.

¹⁹⁷⁸ R. DE GREEF, "De gemeenschappelijke regeling: onbegrepen, onbekend en onbemind!", *Gst.* 2008, afl. 107, 1.

¹⁹⁷⁹ R. DE GREEF, "De gemeenschappelijke regeling: onbegrepen, onbekend en onbemind!", *Gst.* 2008, afl. 107, 1-2.

bijzonder het bestuursrecht, nog doorgang vinden op deze privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.¹⁹⁸⁰ Opvallend is dat dit eigenlijk exact dezelfde vraag is zoals deze *supra* 1.2. werd beantwoord t.a.v. de Belgische federale autonome overheidsbedrijven.

348. Toepassing van publiekrechtelijke waarborgen in de Awb: het onderscheid tussen a- en b-bestuursorgaan – Bestuursrechtelijke bepalingen zijn in de Nederlandse rechtsorde voornamelijk terug te vinden in de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Een eerste stap bij het beantwoorden van deze vraag is dan ook na te gaan of het privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband onder het toepassingsgebied van de Awb valt.

Waar er in België een ongelooflijk amalgaam aan bestuursbegrippen bestaat (zie *supra*) bestaat er in Nederland over het algemeen een eenvormig bestuursbegrip, nl. 'het bestuursorgaan'. De uitwerking van de personele toepassing van het bestuursrecht in Nederland is dan ook iets om vanuit België gezond jaloers op te zijn. Artikel 1:1, 1 van de Awb definieert wat er onder een bestuursorgaan dient te worden begrepen: "*Onder bestuursorgaan wordt verstaan: a) een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of b) een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.*". Kenmerkend aan dit begrip is dus dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen a-bestuursorganen en b-bestuursorganen.¹⁹⁸¹

De *a-bestuursorganen* vormen "*als het ware het hart van de overheid*", om het met de metafoor van Klap en Groenewegen te zeggen.¹⁹⁸² Indien een

¹⁹⁸⁰ Vragen omtrent de toepassing van het recht op hybride overheidsentiteiten rijzen ook bijvoorbeeld op centraal niveau (bv. de overheidsstichting), zie K. Schrotten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid*, W.E.J. Tjeenk Willink, 2000.

¹⁹⁸¹ Volgens Huisman en van Ommeren krijgt de rechtspersoon "*afhankelijk van de rechtsverhouding waarin zij zich openbaart een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke uitwerking (...). Publiekrechtelijke rechtspersonen zijn rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld (vgl. art. 1:1 lid 1 onderdeel a Awb).*" in P.J. Huisman en F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen: Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2019, 32, 2.8.2. c).

¹⁹⁸² A. Klap en T. Groenewegen, *Kernbegrippen van de Algemene Wet Bestuursrecht. Bestuursorgaan, besluit en belanghebbende*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2019, 7.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

rechtspersoon 'krachtens het publiekrecht is ingesteld' zal deze voor *a* zijn handelen als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, 1, a) van de Awb worden aangemerkt, ook indien dit privaatrechtelijke of feitelijke handelingen betreffen. Een entiteit is 'krachtens het publiekrecht ingesteld' indien uit een organisatie- of instellingswet blijkt dat de entiteit rechtspersoonlijkheid bezit of een rechtspersoon is. Opdat een entiteit een 'rechtspersoon krachtens publiekrecht' is, vereist artikel 2:1 van het NBW met andere woorden dat er een organisatiewet of instellingswet wordt aangenomen waaruit de rechtspersoonlijkheid blijkt.¹⁹⁸³

Ter illustratie zouden de Belgische intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in het licht van dit Nederlandse uitgangspunt als a-bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt in de zin van de Awb. Het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 bevatten als gewestelijke organieke regelgeving immers de uitdrukkelijke bepaling dat de Belgische intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (publiekrechtelijke) rechtspersonen zijn. Hier kunnen we tegelijkertijd de terugkoppeling met de verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn en de federale autonome overheidsbedrijven maken. Aangezien beide overheidsentiteiten in respectievelijk een organisatiewet (het DLB) en een instellingswet (de AOB-wet) worden geregeld waaruit hun rechtspersoonlijkheid blijkt, zouden zij eveneens a-bestuursorganen zijn in de zin van de Awb.¹⁹⁸⁴ Opvallend is dat de federale autonome overheidsbedrijven op grond van het

¹⁹⁸³ Andere lichamen dan de Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, en alle lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend, waaraan een deel van de overheidstaak is opgedragen, bezitten slechts rechtspersoonlijkheid, indien dit uit het bij of krachtens de wet bepaalde volgt, zie art. 2:1, eerste en tweede lid NBW.

¹⁹⁸⁴ Wat de *verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn* betreft: de bepalingen omtrent de OCMW verenigingen voorzien niet t.a.v. elke OCMW-verenigingsvorm op uitdrukkelijke wijze dat deze rechtspersoonlijkheid heeft. Vreemd genoeg voorziet art. 478 DLB dit enkel voor de welzijnsvereniging: "*De welzijnsvereniging bezit rechtspersoonlijkheid*". T.a.v. de andere Vlaamse OCMW-verenigingen blijkt de rechtspersoonlijkheid die de wet toekent echter impliciet uit de bepalingen van het DLB. In het Waalse en Brussels Hoofdstedelijk Gewest voorziet art. 121 van resp. de Waalse en Brusselse versie van de OCMW-wet: "*De vereniging bezit rechtspersoonlijkheid*".

Wat de *federale autonome overheidsbedrijven* betreft: de AOB-wet bepaalt eveneens niet uitdrukkelijk dat de federale autonome overheidsbedrijven rechtspersoonlijkheid hebben, maar dit blijkt ook impliciet uit haar wetsartikelen. Bv. art. 54/7, §2 AOB-wet stelt dat het autonoom overheidsbedrijf waarbij de deelneming van de overheid in het kapitaal daalt beneden 50% plus een aandeel, een naamloze vennootschap van privaatrecht wordt, zonder onderbreking van rechtspersoonlijkheid.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

Nederlandse uitgangspunt in principe voor ál hun handelingen onder het toepassingsgebied van de Awb zouden vallen, en dus ongeacht of het gaat om publiek- of privaatrechtelijke handelingen. Er is m.a.w. sprake van een organieke benadering. Volgens mij kan dit worden vergeleken met het onderscheid tussen taken van openbare dienst en vrije activiteiten, waardoor ook deze laatste activiteiten in principe volledig aan het bestuursrecht zouden zijn onderworpen.

Tegenover de rechtspersonen krachtens het publiekrecht ingesteld, staan de rechtspersonen krachtens privaatrecht. Deze ontlede *"hun status aan het verrichten van de specifieke oprichtingshandelingen die in het [N]BW voor elk van de in art. 2:3 genoemde rechtspersonen zijn voorzien."*¹⁹⁸⁵ Gelet op het feit dat het NBW in een typedwang of 'gesloten stelsel' van privaatrechtelijke rechtspersonen voorziet (cf. de Belgische *numerus clausus* in het vennootschaps- en verenigingsrecht), *"kan een rechtspersoon krachtens publiekrecht geen rechtspersoon krachtens privaatrecht zijn, of omgekeerd."*¹⁹⁸⁶ Indien privaatrechtelijke rechtspersonen aan een aantal voorwaarden voldoen, zullen ze te kwalificeren zijn als *b-bestuursorganen*.¹⁹⁸⁷ Vaak gaat het bij b-bestuursorganen om personen of colleges die tot een privaatrechtelijke rechtspersoon behoren. B-bestuursorganen oefenen eveneens publiekrechtelijke taken en bevoegdheden uit, maar die personen of dat college zullen slechts een bestuursorgaan in de zin van de Awb zijn voor zover ze een publiekrechtelijke taak en bevoegdheid uitoefenen waardoor ze *met openbaar gezag zijn bekleed*. Met andere woorden, kenmerkend aan een b-bestuursorgaan is dat het een handeling moet stellen waarbij er 'openbaar gezag' wordt uitgeoefend. Er is dus sprake van een casuïstisch aanknopingspunt en tezelfdertijd van een functionele benadering – wat dit uiteraard een erg interessante materie maakt voor dit

¹⁹⁸⁵ A. KLAP en T. GROENEWEGEN, *Kernbegrippen van de Algemene Wet Bestuursrecht. Bestuursorgaan, besluit en belanghebbende*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2019, 2-4.

¹⁹⁸⁶ A. KLAP en T. GROENEWEGEN, *Kernbegrippen van de Algemene Wet Bestuursrecht. Bestuursorgaan, besluit en belanghebbende*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2019, 3.

¹⁹⁸⁷ Zie uitgebreid omtrent het b-bestuursorgaan: N. JAK, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en onderneming*, Den Haag, BJU, 2014, 55 e.v.; zie ook P.J. HUISMAN en F.J. VAN OMMEREN, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen: Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2019, 365 e.v.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

normatief deel van dit proefschrift.¹⁹⁸⁸

Daarbij rest uiteraard nog de vraag wat het beschikken over 'openbaar gezag' precies betekent. Zonder op alle nuances van de begripsinvulling te willen ingaan, betekent 'openbaar gezag' het 'eenzijdig kunnen bepalen van de rechtspositie van rechtssubjecten': "*de bevoegdheid daartoe moet – gelet op het legaliteitsbeginsel – gebaseerd zijn op een wettelijk voorschrift. Het enkele feit dat sprake is van een overheidstaak is dus niet voldoende; er moet ook een publiekrechtelijke bevoegdheid zijn toegekend om de daarvoor vereiste rechtsgevolgen mogelijk te maken. Een persoon of college wordt dus als b-bestuursorgaan aangemerkt indien hij een publiekrechtelijke rechtshandeling verricht (oftewel een besluit in de zin van art. 1:3 Awb neemt)*".¹⁹⁸⁹ Om te weten of een b-bestuursorgaan de rechtspositie van een rechtssubject eenzijdig bepaalt, moet dus worden nagegaan of het b-bestuursorgaan een besluit neemt. 'Het besluit' vormt dan ook een tweede kernbegrip waaraan de toepassing van de Awb is opgehangen. De Awb voorziet gelukkig zelf wat onder een besluit moet worden verstaan.¹⁹⁹⁰

Het typevoorbeeld van een b-bestuursorgaan in de Nederlandse literatuur is dat van de op grond van artikel 83 van de Wegenverkeerswet¹⁹⁹¹ erkende APK-keuringsbedrijven. Voor de 'private' garageactiviteiten die dergelijke APK-keuringsbedrijven uitoefenen, zullen zij niet worden beschouwd als b-bestuursorgaan. Bij de afgifte van het wettelijk verplicht keuringsbewijs (cf. het nemen van een besluit) zullen zij daarentegen wél als b-bestuursorgaan

¹⁹⁸⁸ Zie uitgebreid omtrent het bestuursorgaanbegrip in de Awb: hoofdstuk 3 van S.E. ZIJLSTRA, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer, Wolters Kluwer; zie ook onder meer H.E. BRÖRING en K.J. DE GRAAF (eds.), *Bestuursrecht 1*, Den Haag, Boom juridisch, 2022, 90 e.v., A.T. MARSEILLE, V.M. BEX-REIMERT, L.J.A. DAMEN, K.J. DE GRAAF en G.A. VAN DER VEEN, *Inleiding bestuursrecht*, Den Haag, 2021, Boom juridisch, 53 e.v.

¹⁹⁸⁹ A. KLAP en T. GROENEWEGEN, *Kernbegrippen van de Algemene Wet Bestuursrecht. Bestuursorgaan, besluit en belanghebbende*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2019, 8.

¹⁹⁹⁰ Op grond van artikel 1:3, eerste lid van de Awb is een besluit een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Op grond van het tweede lid van hetzelfde artikel is een beschikking een besluit dat niet van algemene strekking is, met inbegrip van de afwijzing van een aanvraag daarvan. Zie onder meer over het feit dat een besluit een publiekrechtelijke en geen privaatrechtelijke rechtshandeling is: A. KLAP en T. GROENEWEGEN, *Kernbegrippen van de Algemene Wet Bestuursrecht. Bestuursorgaan, besluit en belanghebbende*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2019, 32.

¹⁹⁹¹ Online te raadplegen op <https://wetten.overheid.nl/BWBR0006622/2021-08-01>.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

kwalificeren. "*Aldus kan men spreken van een hybride organisatie: deels bestuursorgaan, deels private instelling.*", schrijft ZIJLSTRA.¹⁹⁹² Net zoals dit in België het geval is, kan die hybriditeit van dergelijke Nederlandse organisaties tot gelijkaardige problemen leiden.¹⁹⁹³ Om opnieuw de terugkoppeling te maken met de Belgische federale autonome overheidsbedrijven, is er hier sprake van een enigszins gelijkaardige functionele benadering naargelang de activiteit die wordt gesteld. Mocht een federaal autonoom overheidsbedrijf echter worden opgericht op grond van het WVV (*quod non*) en dus niet op grond van de AOB-wet, dan zou deze onder een Nederlandse redenering voor sommige activiteiten een b-bestuursorgaan zijn en voor sommige activiteiten een private entiteit.

Een eerste stap om de vraag te beantwoorden in welke mate het bestuursrecht nog precies doorgang vindt op privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, is dus bepalen of er sprake is van een bestuursorgaan dat onder de toepassing van de Awb valt.¹⁹⁹⁴ Aangezien privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden hun rechtspersoonlijkheid ontleen aan artikel 2:3 van het NBW (= de privaatrechtelijke weg), zullen zij al zeker geen a-bestuursorganen zijn. Indien privaatrechtelijke rechtspersonen met enig openbaar gezag zijn bekleed, zullen ze wel b-bestuursorganen zijn. Aangezien gemeenten echter in beginsel geen bevoegdheden kunnen overdragen aan privaatrechtelijke rechtspersonen omdat de Gemeentewet in een gesloten bevoegdhedenstelsel voorziet, zijn attributie en delegatie aan een (orgaan van

¹⁹⁹² S.E. ZIJLSTRA, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 261.

¹⁹⁹³ Zo is het voor betrokkenen vaak onduidelijk of de hybride organisatie als bestuursorgaan of als private instelling optreedt. Daarnaast kunnen hybride organisaties "*vanwege het Europese recht wel eens in een 'worst of both worlds' terecht (...) komen: ze hebben vaak geen voordeel van hun privaatrechtelijke vorm, maar kunnen door hun relatie met de overheid – bijvoorbeeld wat betreft aanbestedingsplicht- aanzienlijke risico's lopen.*", zie S.E. ZIJLSTRA, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 261.

¹⁹⁹⁴ Het Nederlandse onderscheid tussen a-bestuursorgaan en b-bestuursorgaan valt volgens mij trouwens enigszins te vergelijken met het Belgische leerstuk van de administratieve overheid en de daar gehanteerde begrippen van 'imperiumbevoegdheid' of 'de eenzijdig bindende derdenbeslissing'. Zonder in herhaling te willen vallen, zal een entiteit met een publiekrechtelijke rechtsvorm te allen tijde als administratieve overheid kwalificeren (uitz. tenzij bij de uitoefening van commerciële activiteiten indien de wet dit voorziet). Een entiteit met privaatrechtelijke rechtsvorm zal een administratieve overheid zijn in de mate dat deze een imperiumbevoegdheid uitoefent (cf. bindende derdenbeslissing neemt), zie *supra* nr. 271 over het begrip 'administratieve overheid'.

een) privaatrechtelijke rechtspersoon in beginsel onmogelijk¹⁹⁹⁵: "*Daaruit blijkt dat de mogelijkheden van toekenning van publiekrechtelijke bevoegdheden aan privaatrechtelijke rechtspersonen beperkt zijn tot mandaat, terwijl publiekrechtelijk vormgegeven organen (commissies, gemeenschappelijke regelingen) dergelijke bevoegdheden ook gedelegeerd kunnen krijgen.*".¹⁹⁹⁶ Het mandateren van taken kan dus wel, maar dit leidt er niet automatisch toe dat een privaatrechtelijke rechtspersoon is bekleed met openbaar gezag.¹⁹⁹⁷ Kenmerkend aan het mandaat is dus dat er geen sprake zal zijn van een bevoegdheidsoverdracht, terwijl dit net wél het geval is bij het delegeren of bij het attribueren van een bevoegdheid.¹⁹⁹⁸

Concreet betekent dit dat deelnemende gemeenten niet kunnen overgaan tot de attributie of delegatie van publiekrechtelijke bevoegdheden aan privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Dit heeft tot gevolg dat privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden *noch een a-bestuursorgaan, noch een b-bestuursorgaan* zijn in de zin van de Awb. Toch is er

¹⁹⁹⁵ "Slechts bij wet in formele zin kunnen aanvullende delegatiemogelijkheden worden gecreëerd, dit kan niet in 'lagere' wettelijke voorschriften zoals gemeentelijke verordeningen. Om die reden kunnen bijvoorbeeld geen bevoegdheden gedelegeerd worden aan een privaatrechtelijke rechtspersoon." (eigen onderlijning) in R. DE GREEF, "Een vrije keuze tussen delegatie en mandaat bij intergemeentelijke samenwerking", *JBplus* 2019, afl. 4, 5, zie deze bijdrage omtrent delegatie en mandaat bij publiekrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en de voor- en nadelen die aan beide technieken zijn gekoppeld; R. DE GREEF, "Gaat de Nationale ombudsman zijn boekje te buiten? Of is het boekje misschien achterhaald?", *JBplus* 2020, afl. 2, (33) 44; zie ook R. DE GREEF, "Openbaarheid van bestuur en intergemeentelijke samenwerking: Hoe zit het nu eigenlijk?", *Gst.* 2018, afl. 13, 692 e.v.; L.J.M. TIMMERMANS en J.C.E. ACKERMANS-WIJN, "Privatisering op decentraal en centraal niveau", *Gst.* 1999, 5.

¹⁹⁹⁶ R. DE GREEF, S.E. ZIJLSTRA en F.H.K. THEISSEN, *Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden. Afwegingskader voor de keuze tussen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2015, 61; "Privaatrechtelijke vormen worden dan ook met name gebruikt voor de behartiging van wat in het jargon 'doe-taken' worden genoemd: afvalverwerking, havens, vervoer, stedelijke vernieuwing, etc." (eigen onderlijning), aldus ZIJLSTRA in S.E. ZIJLSTRA, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 346.

¹⁹⁹⁷ Tenzij de voorwaarden van de Stichting-Silicosejurisprudentie zijn vervuld (zie *infra* vn. 1999).

¹⁹⁹⁸ Zie omtrent bevoegdheidstoedeling en het onderscheid tussen, enerzijds, attributie en delegatie en, anderzijds, mandaat: R.J.N. SCHLÖSSELS, C.L.G.F.H. ALBERS, S. HILLEGERS en S. KOLE, *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag, Boom juridisch, 2020, 110-117 en – meer uitgebreid – het volledige derde hoofdstuk van H.E. BRÖRING en K.J. DE GRAAF (eds.), *Bestuursrecht 1*, Den Haag, Boom juridisch, 2022, 135-162.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

een uitzondering mogelijk: gemeenten kunnen een privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband geheel of grotendeels subsidiëren en dit samenwerkingsverband kan vervolgens als bestuursorgaan onder de burgers uitkeringen of op geld waardeerbare rechten verdelen.¹⁹⁹⁹ In dit geval zal er alsnog sprake zijn van een b-bestuursorgaan.²⁰⁰⁰

Het feit dat privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in principe noch een a-bestuursorgaan, noch een b-bestuursorgaan zijn in de zin van de Awb, heeft tot gevolg dat de Awb en bijhorende publiekrechtelijke waarborgen geen toepassing vinden op deze samenwerkingsverbanden. Meer concreet zal bijvoorbeeld het klachtrecht zoals dit is geregeld in hoofdstuk 9 van de Awb niet spelen.²⁰⁰¹ Hier geldt immers het algemene uitgangspunt van de Awb, namelijk dat de bepalingen van toepassing zijn van zodra er sprake is van een *bestuursorgaan*: "*Bij 'publiekrechtelijke bestuursorganen' (de a-organen) geldt dat het klachtrecht altijd van toepassing is, bij de 'privaatrechtelijke bestuursorganen' (de b-organen) geldt het klachtrecht ook, maar dan alleen wanneer het betreffende orgaan handelt in de uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden.*" (eigen onderlijning).²⁰⁰² Gelet op de

¹⁹⁹⁹ Een belangrijke nuance bij de invulling van 'openbaar gezag' is die van het 'publieketaakcriterium' zoals dit is ontwikkeld in de Nederlandse rechtspraak en meer bepaald in de Stichting-Silicosejurisprudentie (ECLI:NL:RVS:1995:ZF1850). Bij dit criterium dat is ontwikkeld in het kader van subsidiëring van entiteiten met overheidsgelden door private rechtspersonen ligt de focus op de vraag of er sprake is van "*financiële en inhoudelijke banden tussen de overheid en de privaatrechtelijke organisaties die overheidstaken uitoefenen. Bepalend is dus of de 'echte' overheid 'bepaalt en betaalt'.*", zie A. KLAP en T. GROENEWEGEN, *Kernbegrippen van de Algemene Wet Bestuursrecht. Bestuursorgaan, besluit en belanghebbende*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2019, 11.

²⁰⁰⁰ R. DE GREEF, S.E. ZIJLSTRA en F.H.K. THEISSEN, *Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden. Afwegingskader voor de keuze tussen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2015, 70.

²⁰⁰¹ Art. 9:1, eerste lid Awb voorziet dat een ieder het recht heeft om over de wijze waarop een bestuursorgaan zich in een bepaalde aangelegenheid jegens hem of een ander heeft gedragen, een klacht in te dienen bij dat bestuursorgaan (= intern klachtrecht). Op grond van art. 9:18, eerste lid Awb heeft een ieder ook het recht om de ombudsman schriftelijk te verzoeken een onderzoek in te stellen naar de wijze waarop een bestuursorgaan zich in een bepaalde aangelegenheid jegens hem of een ander heeft gedragen (= extern klachtrecht).

²⁰⁰² R. DE GREEF, "Gaat de Nationale ombudsman zijn boekje te buiten? Of is het boekje misschien achterhaald?", *JBplus* 2020, afl. 2, (33) 34, zie ook deze bijdrage over het klachtrecht t.a.v. de publiekrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

redenering van het gesloten bevoegdhedenstelsel zullen de bepalingen inzake het klachtrecht in beginsel niet van toepassing zijn op het handelen van de privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Het mandateren van taken door de gemeenten aan het privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband kan dan weer wel, maar dit zal er niet automatisch toe leiden dat een privaatrechtelijke rechtspersoon is bekleed met openbaar gezag.²⁰⁰³ Aangezien de mandaatverlening een band van ondergeschiktheid creëert t.a.v. een bestuursorgaan ontstaat er dan wel een klachtrecht t.o.v. het mandaterend bestuursorgaan (nl. de deelnemende gemeenten).

Dit uitgangspunt is hetzelfde ten aanzien van de verschillende hoofdstukken van de Awb. Zo zal er bijvoorbeeld op grond van artikel 8:1 van de Awb (dit artikel regelt de *toegang tot de bestuursrechter*) geen beroep kunnen worden ingesteld bij de bestuursrechter tegen een handeling van een privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband, aangezien dit geen besluit is waartegen dergelijk beroep openstaat.²⁰⁰⁴ Opvallend is dat publiekrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden daarentegen in beginsel voor ál hun handelen (dus ook voor hun privaatrechtelijke handelingen) onderworpen zijn aan de toepassing van de Awb: "*Wgr-organen zijn orgaan van een rechtspersoon, krachtens publiekrecht ingesteld, en om die reden voor al hun handelingen onderhevig aan de Awb (art. 1:1 lid 1 onder a Awb). Rechtsbescherming bij de bestuursrechter bestaat alleen voor zover zij besluiten in de zin van de Awb nemen.*"²⁰⁰⁵

349. Toepassing van andere publiekrechtelijke waarborgen – Naast de bestuursrechtelijke waarborgen die de Awb vooropstelt, zijn er ook bestuursrechtelijke principes opgenomen in verschillende bijzondere wetgeving.

²⁰⁰³ Tenzij de voorwaarden van de Stichting-Silicosejurisprudentie zijn vervuld (zie *supra* vn. 1999).

²⁰⁰⁴ Zie omtrent het besluitbegrip: A. KLAP en T. GROENEWEGEN, *Kernbegrippen van de Algemene Wet Bestuursrecht. Bestuursorgaan, besluit en belanghebbende*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2019, 17 e.v.

²⁰⁰⁵ R. DE GREEF, S.E. ZIJLSTRA en F.H.K. THEISSEN, *Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden. Afwegingskader voor de keuze tussen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2015, 70.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

Toch is ook daar niet veel nieuws te vermelden aangezien die bijzondere wetgeving zo goed als steeds teruggrijpt naar het Awb-bestuursorgaanbegrip.

Zo is er het principe van de *openbaarheid van bestuur* zoals dit is geregeld in de Wet open overheid (hierna: Woo).²⁰⁰⁶ Het uitgangspunt t.a.v. een privaatrechtelijke rechtspersoon is dat de Woo er in beginsel niet op van toepassing is aangezien de wet voor haar toepassingsgebied teruggrijpt naar het Awb-bestuursorgaanbegrip.²⁰⁰⁷ Bovenvermelde redenering kan hier worden herhaald, namelijk dat de Woo – gelet op de invulling van het bestuursorgaanbegrip – toch toepassing vindt indien de privaatrechtelijke rechtspersoon bevoegdheden heeft geattribueerd of gedelegeerd gekregen: "*In dat geval is het orgaan van de rechtspersoon immers met openbaar gezag bekleed en zodoende bestuursorgaan. De WOB is dan onverkort van toepassing voor zover de publiekrechtelijke taak wordt uitgevoerd.*", aldus DE GREEF. De auteur voegt daar evenwel terecht aan toe dat dit nauwelijks het geval zal zijn op (inter)gemeentelijk niveau, aangezien de Gemeentewet in een gesloten bevoegdhedenstelsel voorziet (zie *supra* nr. 348).²⁰⁰⁸ Bovendien volstaat aandeelhouderschap of lidmaatschap niet als zodanig om van de band van ondergeschiktheid te kunnen spreken waarin artikel 4.1.1. van de Woo²⁰⁰⁹ voorziet: "*Eenieder kan een verzoek om publieke informatie richten tot een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf.*" (eigen onderlijning). Indien daarentegen aan het privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband een opdracht wordt gemandateerd (lees: de gemeenten hebben een overwegende invloed op het privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband), dan handelt het privaatrechtelijk samenwerkingsverband onder verantwoordelijkheid van het

²⁰⁰⁶ Online te raadplegen op <https://wetten.overheid.nl/BWBR0045754/2022-05-01>. Tot voor kort, gold de Wet openbaarheid van bestuur (WOB). De WOB is vervallen op 1 mei 2022.

²⁰⁰⁷ Art. 2.2.1. Woo, zie vroeger art. 1a WOB.

²⁰⁰⁸ R. DE GREEF, "Openbaarheid van bestuur en intergemeentelijke samenwerking: Hoe zit het nu eigenlijk?", *Gst.* 2018, afl. 13, 692 e.v.

²⁰⁰⁹ Onder de WOB was dit artikel 3, eerste lid.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

mandaterende bestuursorgaan. De deelnemende gemeenten zullen dan als bestuursorgaan bevoegd zijn om de Woo-verzoeken te behandelen.²⁰¹⁰

Ook de Wet Nationale ombudsman²⁰¹¹ (hierna: WNo) koppelt zijn toepassingsgebied in artikel 1a van de WNo aan het Awb-bestuursorgaanbegrip.²⁰¹² Aangezien de privaatrechtelijke intergemeentelijk samenwerkingsverbanden in beginsel geen bestuursorgaan zijn, is hun handelen niet onderworpen aan de toepassing van de WNo.²⁰¹³

De toepassing van de *beginselen van behoorlijk bestuur*, deels ongeschreven regels van publiekrecht, verdienen nog een uitdrukkelijke vermelding omdat er daar op het eerste gezicht een ander 'bestuursbegrip' lijkt te worden gehanteerd (nl. 'overheid'). Artikel 3:14 van het NBW voorziet dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Dit laatste artikel houdt onder meer in dat een *overheid* gebonden is aan de beginselen van behoorlijk bestuur als ze privaatrechtelijke bevoegdheden uitoefent, wat eerder reeds bevestigd is door de Hoge Raad.²⁰¹⁴ Dus: als een privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband als overheid in de zin van artikel 3:14

²⁰¹⁰ Zie omtrent de openbaarheid van bestuur (ook t.a.v. de publiekrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden) R. DE GREEF, "Openbaarheid van bestuur en intergemeentelijke samenwerking: Hoe zit het nu eigenlijk?", *Gst.* 2018, afl. 13; zie ook R. DE GREEF, S.E. ZIJLSTRA en F.H.K. THEISSEN, *Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden. Afwegingskader voor de keuze tussen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2015, 71.

²⁰¹¹ Online te raadplegen op <https://wetten.overheid.nl/BWBR0003372/2021-07-10>.

²⁰¹² Zie ook omtrent de Wet Nationale ombudsman: N. JAK, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en onderneming*, Den Haag, BJU, 2014, 109-116.

²⁰¹³ Zie uitgebreid omtrent de problemen die de ombudsman ervaart met 'ontstating' (i.h.b. klachten over privaatrechtelijke organisaties die 'publieke' taken uitvoeren) en de noodzakelijke verruiming van zijn bevoegdheid: het preadvies en bijhorende toelichting van J. DE BRUIJN n.a.v. de Jonge VAR 2021 die plaatsvond op 17 december 2021.

²⁰¹⁴ Bv. in het Ikon-arrest (HR 27 maart 1987, NJ 1987/727, ECLI:NL:HR:1987:AG5565 en de noot van SCHELTEMA) en het Zeeland/Hoondert-arrest (HR 24 april 1992, NJ 1993/232, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582 en de noot van SCHELTEMA); zie over de ontstaansgeschiedenis en de inhoud van dit artikel van het NBW, N. JAK, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en onderneming*, Den Haag, BJU, 2014, 87 e.v.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

van het NBW kan worden gekwalificeerd, zouden de beginselen van behoorlijk bestuur op zijn handelen van toepassing zijn. De criteria die bepalen of er sprake is van een 'overheid' zijn door de Hoge Raad ontwikkeld in zijn ComforMed-arrest, waarbij de Hoge Raad aansluiting zoekt bij het Awb-bestuursorgaanbegrip.²⁰¹⁵ De beginselen van behoorlijk bestuur vinden met andere woorden op grond van artikel 3:1, tweede lid van de Awb *jo.* artikel 3:14 van het NBW toepassing op privaatrechtelijke overeenkomsten indien deze zijn gesloten *door een bestuursorgaan*.²⁰¹⁶ Dit brengt met zich mee dat het handelen van privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in beginsel ook niet aan de beginselen van behoorlijk bestuur is onderworpen.²⁰¹⁷

De wetgever kan er evenwel voor kiezen om bepalingen te voorzien die het gedrag regelen van privaatrechtelijke rechtspersonen die geen openbaar gezag uitoefenen maar wel de behartiging van publieke belangen vooropstellen: "*In tal van bijzondere wetten zijn maatschappelijke organisaties gebonden aan normen die soms inhoudelijk grotendeels overeenkomen met publiekrechtelijke normen. Zo kan de wetgever voorschrijven dat zij hun beslissingen moeten motiveren (voor bestuursorganen automatisch voorgeschreven via art. 3:46 en 3:47 Awb),*

²⁰¹⁵ HR 4 april 2003, nr. C01/169HR, ComforMed, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, overw. 3.4.3: "*Het Hof heeft zijn oordeel dat RZG gebonden is aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur - in het licht van het hiervoor in 3.4.2 overwogene terecht - niet doen steunen op het in art. 1:1 Awb bepaalde, doch het heeft daarvoor bepalend geacht dat ziekenfondsen als specifiek doel hebben te voorzien in behoeften van algemeen belang en dat zij in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd. Deze omstandigheden brengen echter niet mee dat de onderhavige inkoopactiviteiten van RZG, die niet door het geschreven publiekrecht worden beheerst, wel kunnen worden aangemerkt als handelingen waarvoor (publiekrechtelijke) algemene beginselen van behoorlijk bestuur gelden.*"

²⁰¹⁶ "*Op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten zijn de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet.*"; zie ook E.R. MULLER, H. KUMMELING en R. NEHMELMAN (eds.), *Instituten van de staat*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, 7.5.

²⁰¹⁷ JAK merkt op in zijn proefschrift dat de Hoge Raad evengoed "*een eigen overheidsbegrip onder artikel 3:14 BW [had] kunnen ontwikkelen*", maar dat de Hoge Raad redeneerde vanuit de harmonisatie en systematiseringsgedachte van de Awb, zie N. JAK, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en onderneming*, Den Haag, BJU, 2014, 92; zie over enkele rechtstheoretische principes omtrent de mate waarin de privaatrechtelijke equivalenten van de beginselen van behoorlijk bestuur mogelijk toepassing vinden op de privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden: R. SCHLÖSSELS, C. JANSEN, I. OPDEBEEK, S. DE SOMER, J. DELVOIE en C. FORNOVILLE, *De polsstok van de beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?*, Wolf Publishers, 2021.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

dat zij een klachtregeling moeten hebben (voor bestuursorganen automatisch voorgeschreven via hoofdstuk 9 Awb), dat hun stukken openbaar zijn (voor bestuursorganen automatisch voorgeschreven via de Wob), etc. Het blijven echter naar hun aard normen van (dwingend) privaatrecht."²⁰¹⁸, aldus ZIJLSTRA. De wetgever zal in dat geval dus wel optreden, terwijl de publiekrechtelijke waarborgen automatisch spelen t.a.v. publiekrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.

350. Toepassing van andere regelgeving – Uit het rapport 'Privaatrechtelijke taakbeartiging door decentrale overheden', uitgebracht in opdracht van het Nederlandse Ministerie van Justitie, blijkt dat de meeste oprichtingen van en deelnemingen in privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden plaatsvinden in 'de economische sector'. Meer concreet gaat het vooral om "*bedrijventerreinen en samenwerking ten dienste van de economische ontwikkeling van de stad of regio.*"²⁰¹⁹ Waar tal van Belgische intergemeentelijke samenwerkingsverbanden actief zijn in commerciële sectoren (zie *supra* DEEL II) is dit dus eveneens het geval bij de Nederlandse (privaatrechtelijke) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Gelet op de actieradius van deze entiteiten en het opzet van deze functionele rechtsvergelijking is het ook belangrijk om, naast de toepassing van publiekrechtelijke regelgeving, kort na te gaan in welke mate privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zijn onderworpen aan andere relevante regelgeving.

Zonder hier teveel in detail op te willen ingaan, is het *aanbestedingsrecht* van toepassing op een 'aanbestedende dienst' (zie ook *supra* DEEL III, nr. 302 voor enkele beschouwing t.a.v. Belgische intercommunales). Artikel 1.1 van de Nederlandse Aanbestedingswet²⁰²⁰ definieert een 'aanbestedende dienst' als de

²⁰¹⁸ S.E. ZIJLSTRA, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 268.

²⁰¹⁹ "Onder de noemer 'bedrijventerreinen' is vooral melding gemaakt van: locatieontwikkeling, het beheer van bedrijventerreinen en parkmanagement. Met het stimuleren van de economische ontwikkeling van stad of regio is met name bedoeld op: het versterken binnensteden, grensoverschrijdende samenwerking, economische activiteiten regio, bevorderen veiligheid van de stad, participatie in vastgoedprojecten." in X., *Privaatrechtelijke taakbeartiging door decentrale overheden. Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies, gemeenten en waterschappen*, Rapport in opdracht van het Ministerie van Justitie, Den Haag, 23.

²⁰²⁰ Online te raadplegen op <https://wetten.overheid.nl/BWBR0032203/2019-04-18>.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen. Er bestaat geen twijfel over dat het openbaar lichaam als *publiekrechtelijk* intergemeentelijk samenwerkingsverband een aanbestedende dienst is. Het is daarentegen minder duidelijk of een privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband een aanbestedende dienst is. In zijn artikel 1.1 definieert de Awb een 'publiekrechtelijke instelling' als een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan: a) de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd, b) het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of c) de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen. Gelet op deze criteria valt er bijgevolg niet op algemene wijze te stellen of er sprake is van *publiekrechtelijke instellingen* en bijhorende toepassing van het aanbestedingsrecht op privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, maar dergelijke toepassing is dus zeker mogelijk. Dit zal m.a.w. telkens *in concreto* na te gaan zijn.²⁰²¹

Naast het aanbestedingsrecht kan er nog een blik worden geworpen op de Nederlandse uitgangspunten in het *mededingingsrecht*. In DEEL II werd reeds geïllustreerd dat Belgische intergemeentelijke samenwerkingsverbanden als onderneming kunnen kwalificeren in de zin van het mededingingsrecht zoals opgenomen in boek IV van het WER. Waar de Nederlandse Mededingingswet²⁰²² een onderneming kwalificeert als 'elke eenheid die goederen of diensten op de markt aanbiedt', zullen bepaalde privaatrechtelijke intergemeentelijke

²⁰²¹ R. DE GREEF, S.E. ZIJLSTRA en F.H.K. THEISSEN, *Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden. Afwegingskader voor de keuze tussen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2015, 73; zie omtrent inbesteding door gemeenten: H.N. S'JACOB, "Inbesteding door de gemeente", *Gst.* 2009, afl. 54.

²⁰²² Online te raadplegen op <https://wetten.overheid.nl/BWBR0008691/2021-02-18#>.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

samenwerkingsverbanden – net zoals hun Belgische 'publiekrechtelijke' variant – onderworpen zijn aan het mededingingsrecht. In dat kader dient bovendien de wet 'Markt en Overheid' te worden vermeld die het Europees mededingingsrecht aanvult. Deze regels zijn opgenomen in hoofdstuk 4b 'Overheden en overheidsbedrijven' van de Mededingingswet en hebben als doel oneerlijke concurrentie door de overheid bij het stellen van economische activiteiten te voorkomen.²⁰²³ Enerzijds maakt hoofdstuk 4b gebruik van het begrip 'bestuursorgaan'. Hier kan bovenvermelde redenering worden gehanteerd om te stellen dat de privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in principe geen bestuursorgaan zijn.²⁰²⁴ Anderzijds is er echter nog de relatie tussen de deelnemende gemeenten (als bestuursorgaan) en het privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband zelf. In dat opzicht is het van belang om te weten of een privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband een 'overheidsbedrijf' is zoals gedefinieerd in artikel 25, eerste lid, a).²⁰²⁵ Hiertoe is doorslaggevend of de gemeenten het beleid kunnen bepalen in het privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband.²⁰²⁶ Indien dit het geval is – wat op het eerste gezicht zeker zo kan zijn – zullen de regels van

²⁰²³ Er staat een wijziging van deze bepalingen op til (o.a. een aanscherping van de regels inzake het algemeenbelangbesluit) maar omdat deze nog niet zijn doorgevoerd, is er intussen overgegaan tot een verlenging van de werkingsduur van hoofdstuk 4b, zie het besluit van 24 maart 2021 tot wijziging van het Besluit van 31 januari 2017, houdende verlenging van de werkingsduur van de gedragsregels voor de overheid in de Mededingingswet; zie hieromtrent ook <https://europadecentraal.nl/onderwerp/europees-mededingingsrecht/gedragsregels-wet-markt-en-overheid/>.

²⁰²⁴ De mededingingsrechtelijke bepalingen in de wet Markt en Overheid die betrekking hebben op een *bestuursorgaan*, zullen bijgevolg niet van toepassing zijn op de privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.

²⁰²⁵ Art. 25g, eerste lid, a) voorziet dat een overheidsbedrijf een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid is, niet zijnde een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid, waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon, al dan niet tezamen met een of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, in staat is het beleid te bepalen.

²⁰²⁶ Art. 25g, tweede lid stelt dat een publiekrechtelijke rechtspersoon alleen in staat is in een onderneming het beleid te bepalen in de zin van het eerste lid, onder a, a) indien hij, al dan niet tezamen met een of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, beschikt over de meerderheid van de stemrechten, verbonden aan de door de rechtspersoon van de onderneming uitgegeven aandelen; b) indien meer dan de helft van de leden van het bestuur of het toezichthoudend orgaan wordt benoemd door een of meer publiekrechtelijke rechtspersonen of door leden of aandeelhouders die een publiekrechtelijke rechtspersoon zijn; c) indien de onderneming een dochtermaatschappij in de zin van artikel 24a van Boek 2 van het NBW is van een rechtspersoon waarvoor onderdeel a of b van toepassing is; of d) in andere gevallen, voor zover bij algemene maatregel van bestuur bepaald.

hoofdstuk 4b spelen. Dit brengt met zich mee dat de deelnemende gemeenten op grond van artikel 25j van de wet Markt en Overheid het privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband bijvoorbeeld niet mag bevoordelen boven andere ondernemingen waarmee het samenwerkingsverband in concurrentie treedt. Er is evenwel een noemenswaardige uitzondering voorzien. Als de bevoordeling in artikel 25j plaatsvindt *in het algemeen belang*, dan is die bevoordeling van het privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband wel toegelaten.²⁰²⁷ Tot slot valt op te merken dat de Autoriteit Consument en Markt (ACM) een erg nuttige lijst opstelde van economische activiteiten die gemeenten kunnen stellen en die in principe onder de toepassing van de wet Markt en Overheid vallen.²⁰²⁸ Die lijst somt onder meer het verlenen van juridische bijstand, het verkopen en/of verhuren van vastgoed of grond, het exploiteren van ICT-producten, het inzamelen van bedrijfsafval, en het exploiteren van restcapaciteit op als zijnde een economische activiteit.

351. Geen onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke entiteiten – Tot slot voorziet bepaalde Nederlandse wetgeving soms (bewust) helemaal geen onderscheiden juridische behandeling tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke entiteiten. In die gevallen zal er ook geen sprake zijn van een verschillende werkwijze naargelang het gaat om een publiekrechtelijk of een privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband. Als voorbeeld kan het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten (hierna: BBV) worden vermeld. Artikel 1, eerste lid, b) van het BBV definieert een 'verbonden partij' als 'een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke organisatie waarin de provincie onderscheidenlijk gemeente een bestuurlijk en een financieel belang heeft'. Op die manier wordt er niet enkel financiële controle georganiseerd op

²⁰²⁷ Op grond van art. 25h, 6) wet Markt en Overheid zal de gemeenteraad daartoe een 'algemeenbelangbesluit' moeten nemen. Om dergelijk algemeenbelangbesluit te kunnen nemen zal een gemeente een toetsingskader moeten in acht nemen dat onder meer het aantonen van een marktfalen vereist en aantoont dat de gevolgen voor overige belanghebbenden gerechtvaardigd zijn. Zie uitgebreid omtrent het juridisch kader dat het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) heeft omschreven: A.M. SERRA, "De Wet Markt en Overheid en de uitzondering van het algemeenbelangbesluit: de stand van zaken", *Gst.* 2019, afl. 163.

²⁰²⁸ Online te raadplegen op <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12647/Voorbeelden-economische-activiteiten-markt-en-overheid>.

publiekrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, maar ook op de privaatrechtelijke equivalenten: "Het *comptabiliteitsrecht voor decentrale overheden maakt daarin in beginsel dan ook geen onderscheid, anders dan het algemeen bestuursrecht, het ambtenarenrecht, het fiscaal recht, het aanbestedingsrecht en het mededingingsrecht.*", (eigen onderlijning), aldus DE GREEF, HUNTJENS en OUD.²⁰²⁹ Het lijkt erop dat de Nederlandse wetgever dus soms weloverwogen tóch door de privaatrechtelijke vorm heen kijkt en zich baseert op de essentie van een entiteit, nl. in welke mate gemeentelijke belangen vooropstaan.

352. Inspiratie voor intergemeentelijke samenwerking? – In deze functionele rechtsvergelijking met Nederland ligt de focus op de privaatrechtelijke verenigingsmogelijkheid voor gemeenten, m.a.w. op de privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Toch kan er geen volledige abstractie worden gemaakt van de Nederlandse *publiekrechtelijke* intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Deze Nederlandse entiteiten (zoals uitgewerkt in de WGR) en de Belgische intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (zoals uitgewerkt in het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018), vertonen immers heel wat noemenswaardige gelijkenissen.

Zo bestaat er zowel in België als in Nederland het idee dat (publiekrechtelijke) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden als *verlengd lokaal bestuur* van de gemeente zijn te beschouwen.²⁰³⁰ Zoals DE GREEF het formuleert, kan "[h]et

²⁰²⁹ R. DE GREEF, L.C.L. HUNTJENS en N.M. OUD, "Verbonden partijen: de lusten en lasten van verzelfstandiging", *NTB* 2012, afl. 6, 1-2; zie bv. omtrent de mogelijkheid tot belastingheffing door intergemeentelijke samenwerkingsverbanden: J.F. DE GROOT, "Het fiscaal instrumentarium van gemeenschappelijke regelingen", *Belastingblad* 1995, afl. 34/1: "*Is de gemeenschappelijke regeling niet van publiekrechtelijke, maar van privaatrechtelijke aard, dan kan van heffing van retributies, c.q. van belastingen uiteraard geen sprake zijn.*"

²⁰³⁰ DE GROOT omschrijft 'verlengd lokaal bestuur' als "*de intergemeentelijke samenwerking [die](...) plaats[vindt] onder verantwoordelijkheid van democratisch gelegitimeerde besturen.*" in J.F. DE GROOT, "Het fiscaal instrumentarium van gemeenschappelijke regelingen", *Belastingblad* 1995, afl. 34/1; volgens DE GREEF wordt verlengd lokaal bestuur gekenmerkt door "*een samenwerkingsverband (...), dat geworteld is in de deelnemende gemeentebesturen*" in R. DE GREEF, "De veiligheidsregio's: verlengd lokaal bestuur of toch functioneel bestuur?", *Gst.* 2009, afl. 97, 2 en door het bestaan van "*bestuurlijke en financiële banden (...) tussen het gemeenschappelijke openbaar*

*uitgangspunt van verlengd lokaal bestuur, waar de regering zeer aan hecht, (...) daarbij als uitgangspunt dienen omdat de gemeenschappelijk openbare lichamen en gemeenschappelijke organen via die weg democratisch gelegitimeerd worden" (eigen onderlijning).²⁰³¹ Daarnaast moet de gemeenschappelijke regeling (nl. de statuten ter oprichting en uitwerking van het samenwerkingsverband) de bevoegdheden die het samenwerkingsverband van de gemeente krijgt voldoende nauwkeurig en concreet omschrijven. Er mag dus "geen sprake [zijn](...) van een vage bepaling."²⁰³² Dit is gelijkaardig aan de Belgische regelgeving, met de nuance dat statuten van Vlaamse, Waalse en Brussels Hoofdstedelijke intercommunales in de praktijk vaak te vaag en te ruim zijn geformuleerd. Ten derde is nog gelijkaardig aan de Vlaamse opdrachthoudende vereniging en de intercommunale in het Waalse en Brussels Hoofdstedelijk gewest dat er ook in Nederland t.a.v. de zwaardere vormen van publiekrechtelijke intergemeentelijke samenwerking sprake is van een *beheersoverdracht*: eens de bevoegdheid is overgedragen aan het openbaar lichaam zullen de deelnemende gemeenten de overgedragen bevoegdheid zelf niet langer kunnen uitoefenen op grond van artikel 10:17 van de Awb. Op grond van artikel 10:16 van de Awb kunnen de gemeenten wel beleidsregels aannemen waarin is opgenomen hoe het gemeenschappelijk openbaar lichaam zijn bevoegdheden dient uit te oefenen. In België bestaat er voor zover ik weet geen wettelijke bepaling in de organieke regelgeving die toelaat dergelijke beleidsregels op te stellen, maar er kan uiteraard wel een en ander worden voorzien in de statuten.*

Opnieuw zal er echter vooral uit de verschillen mogelijk inspiratie kunnen worden geput ter optimalisatie van de Belgische organieke regelgeving op intergemeentelijke samenwerking. Zo bestaat er een interessant verschil wat filialisering door Nederlandse publiekrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden betreft. "*Sinds 1 januari 2015 is de bevoegdheid om*

lichaam en de betrokken Gemeenten" in R. DE GREEF, "Binnenregionale decentralisatie: de paradox van verdergaande regionalisatie", *Gst.* 2012, afl. 54.

²⁰³¹ R. DE GREEF, "De gemeenschappelijke regeling: onbegrepen, onbekend en onbemind!", *Gst.* 2008, afl. 107, 6.5.

²⁰³² R. DE GREEF, "De gemeenschappelijke regeling: onbegrepen, onbekend en onbemind!", *Gst.* 2008, afl. 107, 5.2.2; tegelijkertijd is het niet vereist dat elke bevoegdheid afzonderlijk wordt opgenomen in de statuten.

privaatrechtelijke organisatievormen op te richten of daaraan deel te nemen van rechtswege beperkt, dat mag een gemeenschappelijk openbaar lichaam of bedrijfsvoeringsorganisatie alleen nog indien de gemeenschappelijke regeling in de mogelijkheid voorziet en dus niet langer van rechtswege (art. 31a Wgr)." (eigen onderlijning).²⁰³³ In het Vlaamse en Waalse Gewest ontbreekt een gelijkaardige bepaling. Op grond van artikel 472 van het DLB kunnen Vlaamse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden een filiaal oprichten of deelnemen in een andere rechtspersoon. Op grond van §2 zal de beslissing ter goedkeuring moeten worden voorgelegd aan de Vlaamse Regering, maar er is niet voorzien dat de deelnemende gemeenten zich hierover moeten uitspreken. Ook Waalse intercommunales kunnen op grond van artikel L1512-5 van de CDLD participaties nemen in het kapitaal van iedere vennootschap als ze van dien aard zijn dat ze tot de verwezenlijking van hun maatschappelijk doel bijdragen. Er is hier geen toezicht op voorzien, noch door gemeenteraden van deelnemende gemeenten, noch door de Waalse regering. Opvallend is dat dergelijke terugkoppeling met de gemeenteraden in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest dan weer wel in de ordonnantie is verankerd.²⁰³⁴

Nog een vermeldenswaardig verschil tussen Nederlandse en Belgische (publiekrechtelijke) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden is dat het Nederlandse rechtssysteem in méér toezichtmogelijkheden lijkt te voorzien. Zo werd in 2015 in de WGR de mogelijkheid ingevoerd om een 'gemeenschappelijke

²⁰³³ R. DE GREEF, S.E. ZIJLSTRA en F.H.K. THEISSEN, *Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden. Afwegingskader voor de keuze tussen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2015, 66; bovendien, t.a.v. het feit dat de Gedeputeerde Staten hun goedkeuring dienen te verlenen als deelnemende gemeenten willen overgaan tot de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon, maar geen goedkeuring moeten krijgen bij het oprichten van een intergemeentelijk samenwerkingsverband op grond van de WGR, stelt DE VRIES: "De vraag is of voor een verschillend goedkeuringsregime voldoende rechtvaardiging bestaat, indien gemeenten ter behartiging van een openbaar belang samen een rechtspersoon oprichten. Gezien het voorgaande meen ik dat dit zonder nadere motivering en zonder analyse van de praktijk niet het geval is." (eigen onderlijning); D.H. DE VRIES, "De Wet gemeenschappelijke regelingen per 1 januari 2006", *Gst.* 2006, afl. 132, 6.

²⁰³⁴ Art. 63 ordonnantie van 5 juli 2018: "Over de oprichting of de afschaffing van een filiaal of de deelneming door een intercommunale wordt, voorafgaand aan de conform artikel 69 goedgekeurde beslissing, beraadslaagd in de gemeenteraden van de aangesloten gemeenten. De vertegenwoordigers van de gemeente in de intercommunale zijn gebonden door die beraadslaging."

onderzoekscommissie' op te richten. De wetgever voerde dit onderzoeksrecht echter enkel in t.a.v. de publiekrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in de WGR, maar liet de privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden buiten beschouwing.²⁰³⁵ Daarnaast stemde de Eerste Kamer in december 2021 in met een wijziging van de WGR. De wijziging voert vanaf mei 2022 meer extra controlemogelijkheden in voor parlementsleden (bv. de mogelijkheid om een enquête over het functioneren van een intergemeentelijk samenwerkingsverband in te stellen).²⁰³⁶ Enigszins verwant aan dit toezicht is dat artikel 27, eerste lid van de WGR de gemeenten verplicht om bij te houden in een register aan welke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden de gemeenten deelneemt. Ook dit laatste is niet voorzien t.a.v. de Belgische gemeenten, wat ervoor zorgt dat gemeenten het overzicht kunnen verliezen.

Het feit dat Nederlandse gemeenten ook via de privaatrechtelijke weg kunnen samenwerken, is ongetwijfeld het voornaamste verschil met het Belgische rechtssysteem. In de randnummers hierboven bleek dat Nederlandse gemeenten die een privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband oprichten op grond van het NBW de publiekrechtelijke regeling in de WGR niet ongerechtvaardigd doorkruisen. In België is het daarentegen vaststaande rechtspraak dat de privaatrechtelijke weg 'onbewandelbaar' is voor gemeenten wegens het bestaan van een dwingende positiefrechtelijke regelgeving (zie *supra* nr. 263 e.v.).

353. Is voorzichtigheid geboden? – Op het eerste gezicht is het bestaan van een privaatrechtelijke weg voor Nederlandse gemeenten een interessant alternatief dat mogelijk als inspiratie kan dienen voor de optimalisering van de Belgische equivalent. Ondanks de populariteit, is er vanuit verschillende opzichten toch heel wat voorzichtigheid geboden bij het volgen van deze privaatrechtelijke

²⁰³⁵ DE GREEF noemt dit 'een gemiste kans', aangezien de controle "*daar (...) al gebrekiger [is], omdat veel niet in openbaarheid gebeurt en de verantwoordingsmogelijkheden ook beperkter zijn.*" in R. DE GREEF, "Raadsonderzoek naar intergemeentelijke samenwerking", *Gst.* 2019, afl. 162, (820) 828.

²⁰³⁶ Zie het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet gemeenschappelijke regelingen en enige andere wetten in verband met het versterken van de democratische legitimatie van gemeenschappelijke regelingen, online te raadplegen op www.internetconsultatie.nl/democratischelegitimatiegemeenschappelijkeregelingen.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

weg om intergemeentelijk samen te werken. Uit het gevoerde onderzoek bleek immers dat handelingen van privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden onttrokken zijn aan de toepassing van tal van publiekrechtelijke waarborgen.

NEHMELMAN legt de vinger op de wonde: "*er [kleven] grote bezwaren aan privaatrechtelijke samenwerking (...), onder meer vanwege de minder sterke democratische waarborgen en de verminderde rechtswaarborgen voor de burgers (zoals de gang naar de rechter). Niet alle publiekrechtelijke waarborgen zoals verankerd in onder meer de Gemeentewet, de Provinciewet en de Algemene wet bestuursrecht zijn immers automatisch van toepassing op deze privaatrechtelijke vormen van samenwerking, terwijl dit bij publiekrechtelijke samenwerking wel het geval is.*" (eigen onderlijning).²⁰³⁷ Zoals DE GREEF het formuleert, zijn "*democratische en rechtsstatelijke waarborgen' als de openbaarheid van bestuur (...)* zeker zo belangrijk".²⁰³⁸ DE GROOT omschrijft de nadelen van het volgen van de privaatrechtelijke weg als volgt: "*Tegenspraak tussen het winststreven van de NV en de behartiging van openbare belangen door gemeenten, het ontbreken van controle op de NV's door hogere overheden en het gebrek aan democratische legitimatie werden wel als bezwaren gevoeld.*" (eigen onderlijning).²⁰³⁹ TIMMERMANS en ACKERMANS-WIJN menen dat men in de praktijk "[s]teeds weer (...) vrijwel standaard naar de privaatrechtelijke rechtsvorm (met name die van de stichting, de NV of de BV) [grijpt] met voorbijgaan aan de mogelijke nadelen en risico's die daaraan kunnen kleven, en worden publiekrechtelijke vormen van verzelfstandiging al bij voorbaat als te star, ambtelijk en bureaucratisch ter zijde

²⁰³⁷ E.R. MULLER, H. KUMMELING en R. NEHMELMAN (eds.), *Instituten van de staat*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, 7.5.

²⁰³⁸ R. DE GREEF, "Openbaarheid van bestuur en intergemeentelijke samenwerking: Hoe zit het nu eigenlijk?", *Gst.* 2018, afl. 133; "Bij privaatrechtelijke rechtsvormen is minder geregeld met betrekking tot politieke controle en verantwoording, hetgeen ook logisch is nu deze rechtsvormen niet in eerste instantie in het leven zijn geroepen met het oog op het uitoefenen van publieke taken." in R. DE GREEF, L.C.L. HUNTJENS en N.M. OUD, "Verbonden partijen: de lusten en lasten van verzelfstandiging", *NTB* 2012, afl. 6, 8; zie bovendien over het tekort aan democratische legitimiteit bij intergemeentelijke samenwerkingsverbanden L. SCHAAP, L. DE GRAAF en J. VAN OSTAAIJEN, "Democratisering van governance: oplossingen voor het democratisch tekort in intergemeentelijke samenwerking", *Bestuurskunde* 2010, afl. 4, 58-66.

²⁰³⁹ J.F. DE GROOT, "Het fiscaal instrumentarium van gemeenschappelijke regelingen", *Belastingblad* 1995, afl. 34/1, 2.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

geschoven." (eigen onderlijning).²⁰⁴⁰ Tot slot wijst ZIJLSTRA op drie algemene argumenten die worden aangevoerd tegen het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen bij het uitoefenen van publieke taken: "1) *de toepasselijkheid van waarborgen in het publiekrecht is niet gegarandeerd*; 2) *de organisatie is niet herkenbaar als onderdeel van de overheid*; 3) *het leidt met betrekking tot een aantal belangrijke juridische aspecten tot onduidelijkheid en daarmee tot risico's.*"²⁰⁴¹ De auteur stelt bovendien dat deze "*vlucht in het privaatrecht' (...) merkwaardig en zeer ongelukkig [is].*"²⁰⁴² Uiteraard is het privaatrecht wel van toepassing en kan de vraag worden gesteld of de in het privaatrecht ontwikkelde principes (bv. redelijkheid, billijkheid, zorgvuldigheid, enz.) voldoende tegengewicht kunnen geven. Dit onderzoeken was niet mogelijk binnen de beperkte opzet van deze rechtsvergelijking, maar VAN WAARDE beantwoordde bijvoorbeeld de vraag of het privaatrecht vergelijkbare bepalingen aan de eisen van de rechtstaat biedt voor aanvragen van financiering door privaatrechtelijke vormgegeven fondsen, alvast negatief.²⁰⁴³

Net zoals er bij de federale autonome overheidsbedrijven een verminderde toepassing van het bestuursrecht plaatsvindt indien deze vrije activiteiten stellen (zie *supra* 1.2.), vindt er met andere woorden ook een verminderde toepassing van bestuursrechtelijke waarborgen plaats indien Nederlandse gemeenten voor de privaatrechtelijke weg kiezen bij het oprichten van een samenwerkingsverband. Dit dient zeker in aanmerking te worden genomen bij het inspiratie putten uit deze Nederlandse keuzemogelijkheid bij het formuleren van voorstellen ter optimalisering van het Belgisch organiek kader (zie *infra* hoofdstuk 2.).

²⁰⁴⁰ L.J.M. TIMMERMANS en J.C.E. ACKERMANS-WIJN, "Privatisering op decentraal en centraal niveau", *Gst.* 1999, 2.

²⁰⁴¹ S.E. ZIJLSTRA, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 277 e.v. Tegelijkertijd doet de auteur voorstellen op die problemen te verhelpen, zoals organen van rechtspersonen waarop de overheid overwegende invloed heeft, als bestuursorgaan aan te merken.

²⁰⁴² S.E. ZIJLSTRA, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 283.

²⁰⁴³ Zie het preadvies en bijhorende toelichting van V. VAN WAARDE, "Revolverend overheidsgeld in het privaatrecht. De eisen van de rechtstaat getoetst", on gepubliceerd, n.a.v. de Jonge VAR-bijeenkomst van 17 december 2021.

1.4. Tussentijdse conclusie

354. Ter beantwoording van de normatieve onderzoeksvraag die dit onderzoek opwerpt, werd er inspiratie gezocht bij drie soorten overheidsrechtspersonen: verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn (1.1.), federale autonome overheidsbedrijven (1.2.) en Nederlandse (privaatrechtelijke) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (1.3.) – respectievelijk *lokale*, *federale* en *internationale* uitdrukkingen van bestuurlijke organisatie.

Uit het functioneel rechtsvergelijkend onderzoek naar deze entiteiten blijkt dat zij verschillende interessante gelijkenissen en opmerkelijke verschillen vertonen, zowel t.a.v. de Belgische intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, als t.a.v. elkaar. Zo rijzen er erg gelijkaardige problemen bij de organieke uitwerking van de verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn als bij de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Dit komt doordat de gehanteerde wetgevingstechniek bij beiden *quasi* identiek is. Voor alles wat niet is geregeld in de gewestelijke organieke decreten, geldt het private vennootschaps- en verenigingsrecht (het WVV) – en dit in de drie gewesten (m.u.v. de welzijnsvereniging en de autonome verzorgingsinstelling in het Vlaamse Gewest). De verhouding tussen de gewestelijke OCMW-regelgeving en het federale vennootschaps- en verenigingsrecht is net zoals bij de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden precair.

Bij de federale autonome overheidsbedrijven zie je net als bij sommige intergemeentelijke samenwerkingsverbanden een duale juridische behandeling: entiteiten die zich met economische/commerciële/industriële activiteiten inlaten, worden in bepaalde rechtstakken behandeld als onderneming. Het belangrijkste verschil hierbij is dat die 'tweeledige' juridische behandeling van de federale autonome overheidsbedrijven organiek is verankerd in de AOB-wet, terwijl dit niet het geval is bij de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (cf. *one size fits all*-benadering in de organieke regelgeving). Het feit dat federale autonome overheidsbedrijven die taken uitoefenen in mededinging juridisch uitdrukkelijk anders worden behandeld dan wanneer ze taken van openbare dienst bewerkstelligen, is echter niet zaligmakend. De combinatie van beide types

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

activiteiten en de bijhorende duale behandeling in één rechtspersoon leidt tot onoverzichtelijkheid. De niet-toepassing van bepaalde publiekrechtelijke waarborgen op vrije activiteiten (bv. niet te kwalificeren als administratieve overheid) zorgt bovendien voor terughoudendheid om inspiratie te putten uit de juridische benadering in de AOB-wet. Een kritische opstelling is hier trouwens nodig, omdat eigenlijk *alle* doelstellingen en activiteiten van overheidsrechtspersonen (en dus ook de 'zuiver' commerciële activiteiten) toch nog steeds worden geacht het algemeen belang te behartigen. Ter nuancering is te stellen dat de vrije activiteiten van federale autonome overheidsbedrijven niet volledig onttrokken zijn aan het publiekrecht (bv. op vlak van personeel, taal, motivering en openbaarheid). Waar ook de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in de feiten een functionele benadering kennen (bv. in het ondernemingsrecht, mededingingsrecht, fiscaal recht), is dit niet het geval wat de toepassing van bestuursrechtelijke waarborgen betreft: intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zijn voor *al* hun handelen onderworpen aan de waarborgen van het publiekrecht. Zo zijn ze bijvoorbeeld voor *al* hun handelen te kwalificeren als een administratieve overheid.

Daarnaast is de huidige praktijk t.a.v. federale autonome overheidsbedrijven opmerkelijk. Intussen is het overgrote merendeel van de activiteiten die deze overheidsbedrijven vooropstellen geen taken van openbare dienst maar zogenaamde 'vrije activiteiten'.²⁰⁴⁴ Ondanks de toegelaten valorisatie via vrije activiteiten is dit een evolutie die niet overeenstemt met de initiële bedoeling van de wetgever in 1991. De productiefactoren zijn immers in eerste instantie aanwezig voor het verwezenlijken van openbare diensten. Er wordt over het algemeen trouwens door de autonome overheidsbedrijven – net zoals dit het geval is bij intergemeentelijke samenwerkingsverbanden – halsstarrig vastgehouden aan én ingezet op de uitoefening van bepaalde activiteiten, ondanks een intussen vaak parallel bestaande volwaardige private markt.

²⁰⁴⁴ Reeds in 2005 wees BAETEN er op dat de openbare dienstactiviteit – hoewel het eerste streefdoel van het autonoom overheidsbedrijf – in het voorbeeld van Belgacom "*nog slechts een blanke pit [is] binnen de ruime zee van andere, zogenaamde 'commerciële', 'concurrentiële' of beter 'vrije' activiteiten*", in S. BAETEN, "De beursintroduktie van Belgacom: een vernieuwde 'corporate governance' met een cruciale rol voor de nieuwe, onafhankelijke bestuurders", *TBP* 2005, afl. 6, (383) 384 en 386.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

Uit het onderzoek is verder gebleken dat er bij de verenigingen en vennootschappen van maatschappelijk welzijn en bij de federale autonome overheidsbedrijven volgens mij een fundamenteel foutief uitgangspunt bestaat. Er wordt te snel van uitgegaan dat deze entiteiten een privaatrechtelijke rechtsvorm aannemen en privaatrechtelijke NV's of vzw's *zijn*, omdat hun organiek regime nu eenmaal deels wordt beïnvloed door het privaatrecht. Ze nemen net zoals de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden een hybride *sui generis*-rechtsvorm aan die gebaseerd is op het private vennootschapsrecht, maar *zijn* respectievelijk OCMW-verenigingen en federale autonome overheidsbedrijven.

Wat de Nederlandse aanpak van intergemeentelijke samenwerking betreft, kunnen Nederlandse gemeenten ook via de privaatrechtelijke weg samenwerken (nl. door private vennootschappen en verenigingen op te richten op grond van het NBW). Dit leek op het eerste gezicht een veelbelovend inspiratiepunt voor dit normatief onderzoek. Hierboven werd aangetoond dat ook hieruit echter best niet al te veel inspiratie wordt gehaald aangezien privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in principe volledig zijn onttrokken aan de toepassing van tal van publiekrechtelijke waarborgen (cf. geen kwalificatie als a- of b-bestuursorgaan). Waar er in België uiteraard geen identiek bestuursorgaanbegrip als in de Awb bestaat, zouden privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden hypothetisch gezien ook in België ontsnappen aan de toepassing van tal van publiekrechtelijke waarborgen. Zo zou o.a. de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur en de kwalificatie als administratieve overheid niet meer absoluut zijn. Aangezien de toepassing van bijvoorbeeld de wetten van de openbare dienst, de uitvoeringsimmunitet en het faillissementsrecht in België is gekoppeld is aan het begrip 'organieke openbare dienst' (zie *supra* nr. 205 e.v.), zouden de privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden – net zoals de bestaande publiekrechtelijke variant – volgens mij wel nog steeds aan deze waarborgen zijn onderworpen.²⁰⁴⁵ Gelet op de dan zuiver private rechtsvorm zouden ze enkel een administratieve overheid

²⁰⁴⁵ *Supra* werd meegegeven dat er in de rechtsleer wel wat onduidelijkheid bestaat over het personele toepassingsgebied van deze wetgeving, principes en beginselen en dat er dus meerdere strekkingen zijn te onderscheiden.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

zijn bij uitoefenen van imperiumbevoegdheden. Al bij al zouden de publiekrechtelijke waarborgen dus toch nog sterker spelen bij Belgische privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden dan bij de Nederlandse variant, hoewel de gemeenten zich in beide gevallen op eenzelfde techniek zouden beroepen, nl. de oprichting op grond van het privaatrecht.

Tot slot bestaan er bij zowel de verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn, als bij de federale autonome overheidsbedrijven, én bij de Nederlandse privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden gelijkaardige problemen op het vlak van filialisering als bij de Belgische intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. De mogelijkheid tot filialisering zorgt bij alle soorten entiteiten in de praktijk voor een ondoorzichtig kluwen van dochtervennootschappen en participaties. Tegelijkertijd is het opvallend dat de Vlaamse decreetgever een filialiseringmogelijkheid wil invoeren t.a.v. de welzijnsvereniging maar die tegelijkertijd beperkt via een verbod op sub-filialisering. Ongebreidelde filialisering is dan weer wel mogelijk bij de federale autonome overheidsbedrijven, bij de Vlaamse en Waalse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, en trouwens ook bij de Nederlandse privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.

Samengevat fungeren de drie inspiratiebronnen allen, net zoals het intergemeentelijk samenwerkingsverband, in de grijze zone tussen de publieke en de private sector en tussen publiek- en privaatrecht. Om tot een optimalisatie van het organiek kader van intergemeentelijke samenwerking te komen, lijken de uitgangspunten die worden gehanteerd bij de federale autonome overheidsbedrijven dan nog de meest nuttige inspiratiebron te zijn (cf. het meest blijven doorwerken van publiekrechtelijke waarborgen). Toch bleef ik meer dan ik had verwacht op mijn honger zitten bij het putten aan inspiratie. Waar het organiek kader omtrent de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zijn problemen kent (zie *supra* DEEL II), zijn er kanttekeningen te plaatsen bij (de regelgeving omtrent) de verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn, de federale autonome overheidsbedrijven en de Nederlandse privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Bovendien keren verschillende bezorgdheden die opduiken bij intergemeentelijke

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

samenwerkingsverbanden terug bij elk van die vormen van bestuursorganisatie – zelfs in versterkte mate (cf. het nog verregaander terugvallen op het privaatrecht bij de 'privaatrechtelijke' OCMW-verenigingen). Tot slot, als de organieke wetgever zich niet zou beroepen op hybriditeit maar de gemeenten ongeremd vrij zou laten en hen volledig volgens het privaatrecht zou laten handelen (cf. gemeenten die kiezen voor de privaatrechtelijke weg in Nederland), zijn we nog verder van huis. Toch is het niet allemaal kommer en kwel: zoals in hoofdstuk 2 zal blijken, zullen de concrete, nuttige elementen die in dit onderzoek naar boven kwamen ongetwijfeld ter inspiratie kunnen dienen.

2. Optimalisatie van het organiek kader: krachtlijnen en aanbevelingen voor een toekomstbestendige intergemeentelijke samenwerking vanuit een conservatieve en moderne benadering

355. Conservatieve vs. moderne benadering – Om tot een toekomstbestendig kader voor intergemeentelijke samenwerking te komen, is er een optimalisatie nodig van het organiek kader. Naast een aantal krachtlijnen (K) die in ieder geval in acht zijn te nemen om dit toekomstbestendig kader te realiseren, zijn er handvaten/richtsnoeren/principes als aanbeveling (A) voor te stellen vanuit, enerzijds, een conservatieve benadering en, anderzijds, een meer moderne benadering. Deze tweeledige structuur wordt aangehouden t.a.v. de aard en het karakter (2.1.), de rechtsvorm (2.2.) en de doelstellingen en activiteiten die de intercommunales vooropstellen (2.3.). Belangrijk hierbij is dat de aanbevelingen niet cumulatief dienen te worden opgevat. Het zijn alternatieven die – naargelang er een conservatief uitgangspunt wordt aangehouden of daarentegen een meer modern uitgangspunt wordt gekozen – als het ware een 'menu' voorstellen op basis waarvan een geoptimaliseerd organiek kader omtrent intergemeentelijke samenwerking kan worden geassembleerd. De voor- en nadelen van elke aanbeveling worden opgelijst, ook in tabelvorm.

Oplossingen vanuit een *conservatieve benadering* gaan uit van ongewijzigde fundamentele uitgangspunten. Meer concreet, gaat het hierbij wat de aard en het karakter betreft om een volledige onttrekking aan commerciële bepalingen en het uitgangspunt dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden niet juridisch kunnen worden benaderd als onderneming (cf. 'geen handelskarakter'). Nog m.b.t. de aard en het karakter vertrekt die conservatieve benadering van het idee dat verwarring met handelsvennootschappen moet worden vermeden en dat de algemene beginselen van administratief recht toepassing moeten vinden (cf. 'publiekrechtelijke rechtspersoon'). Ten tweede, wat de rechtsvorm betreft, impliceert het conservatief uitgangspunt dat het op principiële of aanvullende wijze hybride vormgeven van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden louter dient om de werking van die intergemeentelijke samenwerkingsverbanden te vergemakkelijken. Tot slot, wat het doel en de activiteit betreft, veronderstelt een conservatieve benadering dat als fundamenteel uitgangspunt een enigszins

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

restrictieve invulling van het gemeentelijk belang als afbakening van de bevoegdheid van de intercommunale geldt. Dit houdt in dat hetgeen de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden nastreven de inwoners ten goede moet komen, dat dit beperkt moet zijn tot het intergemeentelijk grondgebied, en dat dit niet essentieel, hoofdzakelijk of uitsluitend commercieel of industrieel mag zijn en niet in hoofdzaak een privaat belang mag betreffen, net zoals een winstoogmerk niet mag worden vooropgesteld. Die oplossingen vanuit een conservatieve benadering zijn m.a.w. in te passen in het referentiekader dat werd opgesteld n.a.v. de analyse in DEEL II (*supra* nr. 318). Dit referentiekader wordt gekenmerkt door een publieke en eerder "restrictieve" visie van de organieke decreet- en ordonnantiegever op de techniek van intergemeentelijke samenwerking.

De aanbevelingen binnen de conservatieve benadering hebben als uitgangspunt dat we de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden terug 'in de rangen moeten krijgen' om tegemoet te komen aan de benoemde problemen die de hybriditeit van deze entiteiten teweegbrengt. Met andere woorden, de intercommunales moeten – eventueel via aanpassingen aan het organiek kader – zoveel als mogelijk terug in overeenstemming met het referentiekader worden gebracht (cf. met 'het wezen van de intercommunale'), en bijgevolg met de initiële bedoeling van de wetgever. Er worden beperkte juridisch-technische en wetstechnische aanpassingen geopperd om de bestaande problemen te verhelpen, dit met respect voor het bestaande referentiekader en de initiële bedoeling van de wetgever. De essentie van intergemeentelijke samenwerking blijft onaangeroerd.

Oplossingen die kaderen in een *moderne benadering* worden vooropgesteld vanuit het idee dat het referentiekader dat resulteert uit DEEL II niet langer is aangepast aan de gewijzigde maatschappij. De veranderende realiteit en het uitblijven van wetgevend ingrijpen kan als overkoepelende katalysator van de problemen worden omschreven: er is sprake van een geëvolueerde maatschappij ten opzichte van de periode waarin de intercommunalisatie voor het eerst wettelijk werd verankerd, waardoor de fundamentele uitgangspunten die aan de basis liggen van het huidig organiek kader van intergemeentelijke samenwerking

onaangepast zijn. Het 'terugdringen' van bepaalde intercommunales in het referentiekader is in dat opzicht *niet wenselijk* en noopt tot de creatie van een nieuw referentiekader met gewijzigde fundamentele uitgangspunten. In de zoektocht naar welke fundamentele uitgangspunten er dan moeten worden gehanteerd en hoe het organiek kader er moet uitzien, wordt er vertrokken van de hypothese dat het organiek kader functioneel gedifferentieerd dient te zijn naargelang de doelstellingen en activiteiten van het intergemeentelijk samenwerkingsverband.

2.1. Aard en karakter

2.1.1. *Geen handelskarakter*

356. Uitholling geen handelskarakter – De initiële bedoeling van de organieke wet-, decreet- en ordonnantiegever bij de kwalificatie als hebbende 'geen handelskarakter' is dat de door het privaatrecht geïnspireerde vorm niet tot gevolg mag hebben dat de intercommunale juridisch zou worden benaderd als een private vennootschap en als een commerciële onderneming die is onderworpen aan de toepassing van commerciële regelgeving.²⁰⁴⁶

De regionale wetgever slaagt echter in de praktijk niet langer in om de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden te onttrekken aan commerciële bepalingen. In de praktijk wordt deze bepaling vaak genegeerd (dit zelfs al vóór de inwerkingtreding van het nieuwe ondernemingsrecht), door de intercommunale te kwalificeren als handelaar/onderneming en zich bv. als handelsrechter/ondernemingsrechter bevoegd te verklaren. Er lijkt sprake te zijn van een '*piercing of the public veil*'. Dit is onder meer het gevolg van het feit dat zowel Europese als federale ondernemingsbegrippen het intergemeentelijk

²⁰⁴⁶ Zie bijvoorbeeld W. VAN GERVEN, "Égalité des entreprises privées et publiques devant la loi belge", *JT* 1979, afl. 5078, (241) 244: "*Dans le contexte de cette tendance générale, il y a lieu, nous semble-t-il, de partir du principe que les activités des organismes publics ayant une activité commerciale, financière ou industrielle dans le sens large et usuel du mot – et non dans le sens limité d' 'acte de commerce' – doivent être soumises, sauf disposition contraire dans la loi ou les statuts régissant l'organisme en question, aux régies de droit commercial applicables aux entreprises privées.*" (eigen onderlijning).

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

samenwerkingsverband via een functionele benadering aan de toepassing van regelgeving onderwerpen. De organieke regelgeving zoals die op vandaag bestaat, nl. dat (de verbintenissen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden 'een gebrek aan handelskarakter'/'commercieel karakter', '*pas un caractère commercial*' hebben, is uitgehold. De aloude wens van de wetgever om de intercommunale te onttrekken aan de toepassing van commerciële bepalingen gaandeweg is hierdoor aangetast door factoren 'buiten zijn wil'. Intercommunales stemmen in die gevallen niet langer overeen met het referentiekader. Dit kwam naar voren uit de analyse en evaluatie in DEEL II.

A. Conservatieve benadering

Aanbeveling 1: 'Geen commercieel karakter' vervangen door 'geen ondernemingskarakter'

357. Dynamische interpretatie 'geen handelskarakter' naar 'geen ondernemingskarakter' – Het is niet duidelijk of de organieke bepaling waarin het gebrek aan handelskarakter wordt voorzien dynamisch dient te worden geïnterpreteerd waardoor intercommunales voortaan 'geen ondernemingskarakter' hebben en de intercommunale op die manier alsnog aan commerciële bepalingen wordt onttrokken. Deze zienswijze wordt in de praktijk in ieder geval niet in acht genomen, hoewel dit uitgangspunt me nochtans erg plausibel lijkt gelet op de *ratio legis* van de decretale bepaling (cf. referentiekader). "*[O]n peut en effet se demander si une emprise des régies du droit commercial sur les entreprises publiques ne risque pas de faire échec à l'accomplissement, en droit et en fait, de la mission particulière qui justifie leur création?*" (eigen onderlijning), aldus QUERTAINMONT.²⁰⁴⁷ Die visie wordt versterkt door de principes van de bevoegdheidsverdeling en het gebrek aan tegenstand hieromtrent door o.a. de afdeling Wetgeving van de Raad van State en het Grondwettelijk Hof. Om tot een nuttige interpretatie van het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 te komen die overeenstemt met de initiële bedoeling van de organieke wetgever en dus met de *ratio legis* van de organieke wetgeving,

²⁰⁴⁷ P. QUERTAINMONT, "Le concurrence du secteur public aux entreprises privées", *APM* 1982, afl. 2-3, (119) 134.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

zouden intercommunales dus eveneens onttrokken zijn aan de commerciële bepalingen die afhangen van het nieuwe ondernemingsbegrip i.p.v. het oude en afgeschafte handelaarsbegrip.

De Vlaamse decreetgever heeft recent echter duidelijk gemaakt niet te opteren voor deze mogelijkheid. Met artikel 92, 1° van het decreet van 16 juli 2021 tot wijziging van diverse decreten, wat betreft versterking van de lokale democratie, is de bepaling in artikel 397, tweede lid van het DLB dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden 'geen handelskarakter' hebben, opgeheven. De CDLD voorziet daarentegen nog steeds dat de intercommunales "*n'ont pas un caractère commercial*", net zoals de ordonnantie van 5 juli 2018 stelt dat ze "*geen commercieel karakter*" hebben.²⁰⁴⁸

358. Toets aan referentiekader – Uit het referentiekader blijkt dat de onttrekking van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden aan de toepassing van commerciële bepalingen (gelegitimeerd door het feit dat ze een gemeentelijk 'verlengstuk' zijn, cf. verlengd lokaal bestuur), een wezenskenmerk van de intercommunale is. De entiteit die bijgevolg op vandaag als onderneming aan commerciële bepalingen (o.a. van het WER) is onderworpen – dit tegen de wil van de organieke wet/decreetgever in – lijkt in dat opzicht *niet meer als een intercommunale in haar essentie* te kunnen worden getypeerd. Dergelijke onderwerping aan het ondernemingsrecht stemt niet overeen met de bedoeling van de organieke wetgever en met de *ratio legis* van de bepaling dat (de verbintenissen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden 'geen handelskarakter' hebben (zie *supra* DEEL II).

Het klopt dat de organieke wetgever zelf ook in beperkte mate afwijkt van het vooropgestelde uitgangspunt dat de intercommunale is onttrokken aan commerciële bepalingen, door zelf te voorzien dat de boekhouding van intergemeentelijke verenigingen wordt gevoerd overeenkomstig de wetgeving op de boekhouding van de ondernemingen.²⁰⁴⁹ Toch lijkt die ene bepaling niet te

²⁰⁴⁸ Zie respectievelijk art. L1512-6, §1 CDLD en art. 54 van de ordonnantie van 5 juli 2018.

²⁰⁴⁹ Art. 411, eerste lid en art. 453, eerste lid van het DLB; art. L1523-2, tweede lid van de CDLD; art. 75, eerste lid van de ordonnantie van 5 juli 2018.

kunnen impliceren dat de zienswijze van de organieke wet- en later de decreetgever (nl. het fundamentele uitgangspunt dat de intercommunale is onttrokken aan commerciële bepalingen) wezenlijk is gewijzigd t.o.v. vroeger. De schrapping van 'geen handelskarakter' t.a.v. Vlaamse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden door de aanneming van artikel 92, 1° van het decreet van 16 juli 2021 lijkt eerder uit onwetendheid te zijn doorgevoerd dan als bewuste keuze. Uit de memorie van toelichting blijkt immers geen weloverwogen beslissing.

359. Mogelijkheden voor de decreetgever (in het licht van het bevoegdheidsvraagstuk) –Vóór de (gedeeltelijke) regionalisering van de bevoegdheid om intergemeentelijke samenwerking te regelen, was de wetgever bevoegd voor zowel de intergemeentelijke samenwerking als het handelsrecht. Van bevoegdheidsproblemen en bevoegdheidsbeperkingen was er dan ook eenvoudigweg geen sprake. In dat opzicht draagt de overdracht van de bevoegdheid omtrent intergemeentelijke samenwerking naar het gewestelijk niveau in grote mate bij aan de moeilijkheden die er vandaag de dag opduiken.

Het is in dat verband van belang om na te gaan welke mogelijkheid er voor de decreetgever rest en daarbij te wijzen op alternatieve keuzes waarbij het 'gewestelijk zeggenschap' over de intercommunale kan worden behouden. Het lijkt erop dat de Vlaamse decreetgever met de doorgevoerde wijziging van het DLB (nl. schrappen van 'geen handelskarakter') alvast te weinig heeft stilgestaan bij zijn 'greep' op de intercommunales, waardoor hij zijn potentieel niet ten volle benut en de *ratio legis* achter de uitzondering die hij zelf invoerde, onbewust onderuithaalt. De bevoegdheidsrechtelijke vraag die daarbij moet worden beantwoord, is in hoeverre de deelstatelijke wetgever de intercommunale buiten het ondernemingsrecht kan houden of – anders gesteld – in hoeverre de federale wetgever overheidsinstanties die onder de bevoegdheid van de gewesten vallen, onder het toepassingsgebied van het ondernemingsrecht kan brengen.

Er kan slechts één mogelijkheid voor de decreetgever worden onderscheiden die binnen het bestaande referentiekader valt om komaf te maken met de bestaande onduidelijkheid omtrent het 'geen handelskarakter' van (de verbintenissen van)

de intercommunale. *Infra* B. zal blijken dat er nog andere mogelijkheden bestaan, maar dat deze samengaan met een modernisering van het referentiekader. De decreetgever zal uiteraard zelf bepalen welke actie hij onderneemt en of hij een van de vooropgestelde mogelijkheden aangewezen acht, maar de beslissing moet zonder twijfel worden voorafgegaan door een reflectie op de *ratio legis* van de bestaande bepaling. Als de decreetgever de onduidelijkheid die met de loop der jaren is ontstaan omtrent het 'geen handelskarakter' van (de verbintenissen van) de intercommunale wil wegnemen zonder het fundamenteel uitgangspunt daaromtrent te wijzigen, kan de decreetgever de bepaling dat (de verbintenissen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geen *handelskarakter* hebben, vervangen door de bepaling dat ze geen *ondernemingskarakter* hebben. Daarbij spelen er een aantal belangrijke aandachtspunten omtrent de bevoegdheidsverdelende regels.

360. BWHI – De gemeenschappen en de gewesten kunnen op grond van artikel 9 van de BWHI in de aangelegenheden die tot hun bevoegdheid behoren, gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen oprichten of kapitaalsparticipaties nemen. Wat de intergemeentelijke samenwerking betreft, dienen de gewesten zich echter niet op deze bepaling te beroepen om regelgeving uit te vaardigen. In artikel 6, §1, VIII, 8^o van de BWHI *jo.* artikel 39 van de Grondwet is er een autonome bevoegdheidsgrond vervat die de gewesten de generieke bevoegdheid verleent voor de verenigingen van provincies, bovengemeentelijke besturen en gemeenten tot nut van het algemeen, met uitzondering van het door de wet georganiseerde specifiek toezicht inzake brandbestrijding.²⁰⁵⁰

Aangezien de BWHI niets bepaalt qua omvang of omtrent de wijze waarop deze bevoegdheid moet worden uitgeoefend, is het gewest bevoegd om intergemeentelijk samenwerking in al zijn aspecten te regelen: "*In 1993 gingen de grondwetgever en de bijzondere wetgever over tot een integrale bevoegdheidsoverdracht. (...) Noch artikel 162, vierde lid, GW, noch de bijzondere wet stelt uitdrukkelijk beginselen of voorwaarden vast waaraan de verenigingen*

²⁰⁵⁰ J. VANPRAET, *De latente staats hervorming*, Brugge, die Keure, 2011, 447 en 472.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

van provincies en gemeenten dienen te voldoen. Deze bevoegdheid lijkt integraal aan de gewesten te zijn toegewezen.", aldus VELAERS (eigen onderlijning).²⁰⁵¹ De federale wetgever kan de voorwaarden van die samenwerking niet vaststellen, noch kan hij de gemeenten verplichten om een vereniging van gemeenten op te richten om een gemeentelijk belang te realiseren.²⁰⁵² De Commissie voor de herziening van de Grondwet en de hervorming der instellingen benadrukte in 1993 dat "*wat de intercommunales (...) betreft, (...) de bevoegdheid inzake de intercommunales volledig [wordt] overgedragen aan de Gewesten, zowel wat het beleid als wat de organieke regels betreft.*".²⁰⁵³ Ook in de memorie van toelichting bij het voorstel van bijzondere wet tot vervollediging van de federale staatsstructuur werd benadrukt dat "*de bevoegdheid, dus zowel het beleid als de inrichtingsregelen, inzake de intercommunales volledig [wordt] overgedragen naar de Gewesten*" (eigen onderlijning).²⁰⁵⁴ Het grondwettelijk verenigingsrecht voor gemeenten is bovendien verankerd in artikel 162, vierde lid van de Grondwet. In dit artikel is voorzien dat het decreet "*de voorwaarden waaronder en de wijze waarop verscheidene gemeenten zich met elkaar kunnen verstaan of zich kunnen verenigen*"²⁰⁵⁵ (eigen onderlijning), regelt.

De federale overheid is daarentegen op grond van artikel 6, §1, VI, laatste lid van de BWHI, wat de economie betreft, bevoegd voor onder meer het mededingingsrecht en het recht inzake de handelspraktijken (4°), en het handelsrecht en het vennootschapsrecht (5°). Dit betreffen door de bijzondere meerderheidswet aan de gemeenschappen en gewesten onttrokken aangelegenheden.²⁰⁵⁶ De federale overheid is bijgevolg *exclusief* bevoegd voor die materies. Wat het intussen in het ondernemingsrecht geïntegreerde handelsrecht

²⁰⁵¹ J. VELAERS, "De lokale besturen" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De bevoegdheden van de gewesten*, Brugge, die Keure, 2016, (281) 287-341.

²⁰⁵² Adv.RvS 8 januari 1997, nr. 25.319/VR over het wetsvoorstel tot wijziging van artikel 132 van de nieuwe gemeentewet, 5.

²⁰⁵³ Verslag namens de Commissie voor de herziening van de Grondwet en de hervorming der instellingen, uitgebracht door de heren Schiltz en Benker, bij het voorstel van bijzondere wet tot vervollediging van de federale staatsstructuur, *Parl.St.* Senaat, 1992-93, nr. 558/5, 67.

²⁰⁵⁴ MvT bij het voorstel van bijzondere wet tot vervollediging van de federale staatsstructuur, *Parl.St.* Senaat 1992-93, nr. 558/1, 27.

²⁰⁵⁵ Voorheen artikel 108, vierde lid Gw.

²⁰⁵⁶ K. REYBROUCK en S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, Morsel, Intersentia, 2019, 34-36.

betreft, stellen REYBROUCK en SOTTIAUX dat "[h]et wetboek van Koophandel en de aanvullende wetten (...) enkel [kunnen] gewijzigd worden door de federale overheid, behoudens de mogelijkheid van de deelstaten om zich te beroepen op de leer van de impliciete bevoegdheden".²⁰⁵⁷

361. Impliciete bevoegdheden en het evenredigheidsbeginsel – De leer van de impliciete bevoegdheden is gebaseerd op artikel 10 van de BWHI dat voorziet dat de decreten rechtsbepalingen kunnen bevatten in aangelegenheden waarvoor de Parlementen niet bevoegd zijn, voor zover die bepalingen *noodzakelijk* zijn voor de uitoefening van hun bevoegdheid. De noodzakelijkheidsvoorwaarde is echter niet de enige vereiste waaraan gewestelijke regelgeving moet voldoen om bepalingen buiten de gewestelijke bevoegdheid te kunnen aannemen. In zijn rechtspraak creëerde het Grondwettelijk Hof nog twee bijkomende voorwaarden, namelijk dat de maatregel zich ook moet lenen tot een *gedifferentieerde regeling* en slechts een *marginale weerslag* mag hebben op de betreden bevoegdheid. De drie voorwaarden dienen cumulatief vervuld te zijn.²⁰⁵⁸

Wat de vraag betreft of intercommunales door de decreetgever kunnen worden onttrokken aan het federale ondernemingsrecht, kan volgens mij de parallel worden gemaakt met de rechtspraak ten aanzien van afwijkingen door de decreetgever op het federale vennootschapsrecht. Deze problematiek is in tegenstelling tot afwijkingen op het ondernemingsrecht al uitvoerig besproken in de rechtsleer.²⁰⁵⁹ Het leerstuk inzake impliciete bevoegdheden werd in het

²⁰⁵⁷ K. REYBROUCK en S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, Mortsel, Intersentia, 2019, 594.

²⁰⁵⁸ Zie de aangehaalde rechtspraak in K. REYBROUCK en S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, Mortsel, Intersentia, 2019, 12 en J. VANPRAET, "De algemene beginselen van de bevoegdheidsverdeling" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De transversale bevoegdheden in het federale België*, Brugge, die Keure, 2017, (1) 39; zie ook G. GOEDERTIER e.a., *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 245-248.

²⁰⁵⁹ Zie onder meer: F. VANDENDRIESSCHE en S. BAETEN, "Oprichting van rechtspersonen en participaties" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De transversale bevoegdheden in het federale België*, Brugge, die Keure, 2017, (268) 275 e.v.; J. VANPRAET, *De latente staatsvorming*, Brugge, die Keure, 2011, 446 e.v.; K. REYBROUCK en S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, Mortsel, Intersentia, 2019, 594 e.v.; F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving*

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

verleden reeds aangewend om te oordelen dat afwijkingen op het vennootschapsrecht bij de creatie van *sui generis*-rechtsvormen door de decreetgever mogelijk zijn (zie uitgebreid hierover *supra* DEEL II, hoofdstuk 2).²⁰⁶⁰ Intussen wordt er door bepaalde rechtsleer uit onder meer het arrest nr. 116/2008 van het Grondwettelijk Hof²⁰⁶¹ afgeleid dat de bevoegdheid van de gewesten om af te wijken van het vennootschapsrecht erg ruim wordt geïnterpreteerd, zodat een beroep op de impliciete bevoegdheden zelfs niet meer nodig is.²⁰⁶² Het is duidelijk dat de ruime vrijheid waarover de gewesten beschikken om hun eigen bevoegdheid in te vullen, de afwijkingen op het federale recht zelfs in die mate rechtvaardigt dat een beroep op de impliciete bevoegdheden niet nodig lijkt te zijn. De Raad van State, afdeling Wetgeving lijkt dit standpunt niet te volgen.²⁰⁶³

en de rechtspraak, doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 97 e.v.; K. LEUS en S. BAETEN, "Nieuwe vormen van overheidsrechtspersonen" in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht. Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1998-1999*, Gent, Mys & Breesch, 1999, (149) 159 e.v.; S. VERBEYST, "De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen", *TBP* 2017, afl. 4, (233) 235 e.v.

²⁰⁶⁰ GwH 17 december 1997, nr. 83/97, overw. B.5.3-B.5.6; GwH 95/98, overw. B.3.3-B.3.6.

²⁰⁶¹ GwH 31 juli 2008, nr. 116/2008, overw. B.4.-B.6.

²⁰⁶² Zie onder meer J. VANPRAET, *De latente staatsvorming*, Brugge, die Keure, 2011, 480: "Deze stelling werd stapsgewijs verlaten met de arresten 105/2000, 65/2003 en 116/2008. Sedert dit laatste arrest wordt aangenomen dat de gemeenschappen en gewesten het federale bevoegdheidsdomein niet betreden, wanneer zij instellingen of ondernemingen oprichten. Een beroep op de impliciete bevoegdheden is dan ook niet vereist. De gemeenschappen en gewesten beschikken over een ruime vrijheid bij het invullen van de eigen bevoegdheid. Het gaat daarentegen wel om een onderzoek naar de impact op het federale beleid en de geloofwaardigheid hiervan. Het Grondwettelijk Hof gaat immers na of de gemeenschappen en gewesten niet op een te algemene wijze afwijken van het federale type. Dit kan als een toepassing van het evenredigheidsbeginsel beschouwd worden, waarbij nagegaan wordt of het beleid dat de federale overheid voor ogen heeft – met name coherente types van vennootschappen en verenigingen creëren – niet buitenmatig wordt gehinderd."; J. VANPRAET, "Kunnen de gemeenschappen en gewesten afwijken van het federale vennootschaps- en verenigingsrecht?" (noot onder GwH 31 juli 2008, nr. 116/2008), *CDPK* 2008, afl. 4, (883) 877 e.v.; zie ook K. REYBROUCK en S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, Mortsel, Intersentia, 2019, 602-603 en F. VANDENDRIESSCHE en S. BAETEN, "Oprichting van rechtspersonen en participaties" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De transversale bevoegdheden in het federale België*, Brugge, die Keure, 2017, (268) 276-279.

²⁰⁶³ Zie hierover Adv.RvS nr. 62.522/3 van 20 december 2017 over een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest 'betreffende het beheer en de exploitatie van het havengebied van Gent en tot specifieke afwijkingen van het havendecreet voor het havengebied van Gent, 5, waarin de Raad zijn standpunt over de impliciete bevoegdheden in deze materie, bevestigt.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

Gelet op die autonome bevoegdheidsgrond vervat in artikel 6, §1, VIII, 8° van de BWHI, kan er dan ook worden geconstateerd dat de deelstatelijke wetgever het intergemeentelijk samenwerkingsverband kan onttrekken aan het ondernemingsrecht.²⁰⁶⁴ Voormelde bepaling kent de volledige bevoegdheid omtrent intergemeentelijke samenwerking immers integraal toe aan de gewesten, waar er met de tweede staatshervorming in 1980 door artikel 6, §1, VIII, 1° van de BWHI slechts een gedeeltelijke bevoegdheid aan de gewesten werd overgeheveld.²⁰⁶⁵ In die redenering kan er bijgevolg in het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 worden bepaald dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband ontsnapt aan bepalingen van het ondernemingsrecht, dit onder het voorbehoud van inachtneming van het evenredigheidsbeginsel dat inherent is aan elke bevoegdheidsuitoefening.²⁰⁶⁶ In het verleden heeft het Grondwettelijk Hof de toets van de impliciete bevoegdheden niet zomaar verlaten. Het Hof ging na of de decreetgever niet op *een te algemene wijze* afweek van de federale regelgeving. Bij het onttrekken van de intercommunale aan het ondernemingsbegrip, mag het beleid van de federale overheid dus niet buitenmatig worden gehinderd, wat volgens VANPRAET een toepassing van het evenredigheidsbeginsel uitmaakt.²⁰⁶⁷ De decreetgever zou ook evengoed kunnen bepalen om de intercommunale wél, of slechts gedeeltelijk, onder de toepassing van het ondernemingsrecht te brengen, mits hiermee geen afbreuk wordt gedaan aan het evenredigheidsbeginsel.

Toch is enige voorzichtigheid geboden indien de visie van het Grondwettelijk Hof dat het beroep op impliciete bevoegdheden niet nodig is bij de afwijking door de decreetgever van het federale vennootschapsrecht, beperkt zou zijn tot dat

²⁰⁶⁴ Net zoals hij dit bovendien kan ten aanzien van dwingende bepalingen van het vennootschapsrecht (zie *infra* hoofdstuk 2).

²⁰⁶⁵ De gewesten waren eerst enkel bevoegd voor "*de werkwijze, de controle en de vaststelling van het ambtsgebied van de verenigingen van gemeenten tot nut van het algemeen en de toepassing van de organieke wetten betreffende die verenigingen.*", zie art. 6, §1, VIII, 1° BWHI.

²⁰⁶⁶ J. VANPRAET, "De algemene beginselen van de bevoegdheidsverdeling" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De transversale bevoegdheden in het federale België*, Brugge, die Keure, 2017, (1) 53 e.v.

²⁰⁶⁷ J. VANPRAET, *De latente staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2011, 480.

vennootschapsrecht en zich niet zou uitstrekken tot het *ondernemingsrecht*.²⁰⁶⁸ Ook al hebben de gewesten een integrale bevoegdheid voor intergemeentelijke samenwerking, kan het mogelijk zijn dat het Grondwettelijk Hof toch oordeelt dat er een beroep op de impliciete bevoegdheden en een vervulling van de bijhorende voorwaarden nodig is. Het feit dat de federale wetgever in het nieuwe ondernemingsbegrip *zelf* instellingen onttrekt aan de toepassing van het ondernemingsrecht, kan naar mijn mening dan wel een belangrijke aanwijzing zijn dat de voorwaarde is vervuld dat de maatregel zich moet lenen tot een gedifferentieerde regeling – net zoals dit een aanwijzing kan zijn dat er sprake is van een evenredig karakter (cf. inachtneming evenredigheidsbeginsel).²⁰⁶⁹ Ook het uitgangspunt dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband een verlengd lokaal bestuur is, is ongetwijfeld een element dat de decreetgever kan benadrukken in zijn verantwoording waarom de onttrekking van de intercommunale aan het ondernemingsrecht voldoet aan de voorwaarden van de impliciete bevoegdheden of aan het evenredigheidsbeginsel.

De Raad van State, afdeling Wetgeving heeft zich reeds uitgesproken over een erg gelijkaardige kwestie. De vergelijkbare vraag rees of de gewestelijke decreetgever geschillen waarbij havenbedrijven zijn betrokken, kan onttrekken aan de bevoegdheid van de burgerlijke rechtbank. De federale wetgever stelt namelijk in het Gerechtelijk Wetboek dat de burgerlijke rechtbank bevoegd is om uitspraak te doen over geschillen waarbij een publiekrechtelijke rechtspersoon is betrokken. De afdeling Wetgeving gaf toen aan dat de bevoegdheid van de Gemeenschappen en de Gewesten daaromtrent beperkt is tot de gevallen waarin ze zich kunnen beroepen op de toepassing van de impliciete bevoegdheden in artikel 10 van de BWHI. T.a.v. de beoordeling van de voorwaarden die aan deze impliciete bevoegdheden zijn gekoppeld, stelt de afdeling Wetgeving dat er "*in casu ernstige twijfel [rijst] omtrent de vraag of het onttrekken aan de bevoegdheid van de rechtbanken van de geschillen waarbij de op te richten havenbedrijven zijn betrokken, voor de uitoefening van de bevoegdheden van het*

²⁰⁶⁸ Een argument dat mogelijk

²⁰⁶⁹ "*Wanneer de federale overheid daarentegen zelf situaties voorziet die afwijken van de algemene regel, is dat een indicatie dat een gedifferentieerde regeling mogelijk is.*" in S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk recht*, Morsel, Intersentia, 2016, 244.

Gewest 'noodzakelijk' kan worden geacht in de zin van het voornoemde artikel 10 van de bijzondere wet. De in de memorie van toelichting in verband met deze bepaling verstrekte verantwoording, luidens welke de havenbedrijven in de mogelijkheid moeten worden gesteld om 'eventuele geschillen in der minne en in ieder geval zonder voor de haven schadelijke publiciteit te beslechten', is ter zake weinig adequaat." (eigen onderlijning).²⁰⁷⁰

In het licht van deze adviespraktijk lijken er twee elementen van belang te zijn t.a.v. de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. *Ten eerste* bevestigt dit advies dat de onttrekking van de intercommunale aan de bevoegdheid van de ondernemingsrechtbank *kan*, mits voldaan is aan de voorwaarden van de impliciete bevoegdheden. Dit hoeft niet te verwonderen aangezien de afdeling Wetgeving de piste van de impliciete bevoegdheden niet heeft verlaten (in tegenstelling tot het Grondwettelijk Hof). *Ten tweede* herinnert dit advies eraan dat de decreet- en ordonnantiegever in dat opzicht voldoende aandacht moet besteden aan de *verantwoording* van de onttrekking van de intercommunale aan de bevoegdheid van de handelsrechter – intussen ondernemingsrechtbank – en bijgevolg aan de onttrekking aan het ondernemingsrecht in het algemeen. De verantwoording zal in die mate moeten worden opgesteld dat het duidelijk is dat is voldaan aan de voorwaarden van de impliciete bevoegdheden (of aan het evenredigheidsbeginsel).

Aangezien er evenwel in het verleden geen opmerkingen of kritiek werd geuit op de jarenlange gewestelijke onttrekking door de decreet- en ordonnantiegevers in de drie gewesten van de intercommunale aan federale commerciële bepalingen, noch door de afdeling Wetgeving van de Raad van State, noch door het Grondwettelijk Hof, noch in de rechtsleer, noch door de federale wetgever, lijkt ervan uit te kunnen worden gegaan dat de verantwoording volstaat en dat de voorwaarden van de impliciete bevoegdheden zijn vervuld en het evenredigheidsbeginsel is gerespecteerd. Er lijkt geen twijfel over te bestaan dat de decreetgever wel degelijk kan bepalen dat intercommunales zijn onttrokken

²⁰⁷⁰ Adv.RvS 8 februari 1994, nr. 22.933/8 over een voorontwerp van decreet 'betreffende de zeehavens', overw. 2.3.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

aan federale commerciële bepalingen. In dat opzicht kan de decreetgever de bepaling dat (de verbintenissen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geen *handelskarakter* hebben, vervangen door de bepaling dat ze geen *ondernemingskarakter* hebben.

362. De (verbintenissen van de) intercommunales hebben 'geen ondernemingskarakter' – Door de bepaling dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geen handelskarakter hebben, te vervangen in de zin dat ze geen ondernemingskarakter hebben (gekoppeld aan het ondernemingsbegrip in artikel I.1, 1° van het WER), zou de decreetgever dezelfde doelstelling nastreven als diegene die de wetgever een eeuw geleden vooropstelde ten tijde van de aanneming van de eerste kaderwet in 1922, nl. de onttrekking van het intergemeentelijk samenwerkingsverband aan commerciële bepalingen en de intercommunale juridisch niet als onderneming benaderen. Deze uitzonderingsbepaling, met een en ander over de intercommunale als verlengstuk van de gemeente in het achterhoofd, zou overeenstemmen met de wil van de organieke regelgever dat de intercommunale 'nooit of te nimmer kan worden beschouwd als een commerciële vennootschap' en bijgevolg met het referentiekader.

Niettegenstaande deze wijziging de bedoeling van de organieke regelgever op een nuttige wijze zou interpreteren, zou het niet de volledige onttrekking van de intercommunale aan commerciële bepalingen tot gevolg hebben zoals dit vroeger het geval was. Zoals *supra* uiteengezet, zou de ondernemingsrechter onbevoegd zijn maar zijn de gevolgen voor het overige beperkt tot de niet-toepasselijkheid van de regels inzake het ondernemingsbewijs – iets wat te verklaren is door het feit dat ondernemingsbegrip in artikel I.1, 1° van het WER op vandaag niet als aanknopingspunt van elk boek van het WER wordt gehanteerd. Daarom zou de organieke regelgever er ook voor kunnen opteren om in te schrijven dat de intercommunale geen onderneming is in de zin van de andere boeken van het WER (cf. pluriforme ondernemingsbegrippen). De oorspronkelijke bedoeling van de wetgever om de intercommunale te onttrekken aan commerciële bepalingen zou zo nog meer worden gerealiseerd. Aanbeveling 1 sluit ongetwijfeld het best aan bij het referentiekader dat op vandaag ongewijzigd is gebleven t.o.v. de

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

eerste wetgeving omtrent intergemeentelijke samenwerking van 1922, maar andere – betere – oplossingen zijn mogelijk (zie *infra* B.).

Krachtlijn 1: Europese doorwerking op aard/karakter verduidelijken

363. Doorwerking Europese regelgeving – Een belangrijke nuance daarbij is dat de gewestelijke regelgever in ieder geval geen afbreuk kan doen aan de toepassing van Europese regelgeving (zie over de voorrang van het Unierecht *supra* nr. 186), waardoor de Europese bepalingen hun doorwerking behouden in het licht van de primauteit van het Unierecht. Om een toekomstbestendig kader voor intergemeentelijke samenwerking te creëren zal de organieke wetgever minstens rekening moeten houden met de Europese regelgeving waarop de nationale wetgevers geen afwijkingen kunnen voorzien. Hoe dit nu is geformuleerd in de organieke regelgeving zorgt voor rechtsonzekerheid: het kwalificeren als hebbende 'geen handelskarakter' en de *ratio legis* die daaraan ten grondslag ligt, wekt de indruk dat een intercommunale volledig is onttrokken aan commerciële bepalingen. Dit was vroeger het geval, maar op vandaag zeker niet meer. Meer concreet zullen de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden nooit op principiële wijze kunnen onttrokken worden aan bijvoorbeeld boek IV (mededingingsrecht) en boek VI (marktpraktijken en consumentenbescherming) van het WER. Van zodra de intercommunales dit personeel toepassingsgebied vervullen, zullen zij deze bepalingen ter omzetting van Europese richtlijnen dienen te respecteren – ook al past dit misschien niet binnen de initiële wensen van de organieke wetgever.

Het organiek kader wordt bijgevolg best in die zin aangepast. Dit kan bijvoorbeeld door artikel 397 van het DLB, artikel L1512-6, §1 van de CDLD en artikel 54 van de ordonnantie van 5 juli 2018 aan te vullen met een extra zinsnede. Dit zou dan als resultaat hebben: 'Met uitzondering van een kwalificatie als onderneming ten gevolge van de omzetting van Europese richtlijnen, heeft een intergemeentelijk samenwerkingsverband geen ondernemingskarakter'. In de memorie van toelichting bij deze decreetswijzigingen kan de regelgever verwijzen naar de betreffende bepalingen in het WER.

B. Moderne benadering

364. Bezwaren tegen conservatieve benadering – Gelet op de maatschappelijke en juridische ontwikkelingen en daaruit voortvloeiende problemen die in DEEL II zijn uiteengezet, kunnen er bedenkingen worden geformuleerd t.a.v. de 'conservatieve' mogelijkheid om 'geen handelskarakter' te vervangen door 'geen ondernemingskarakter'. Dat de economische realiteit er niet mee zou worden omarmd, is in ieder geval een belangrijk bezwaar. Bepaalde intergemeentelijke samenwerkingsverbanden gedragen zich nu eenmaal als onderneming in de zin van het (Europees) ondernemingsrecht, door goederen en diensten aan te bieden op een markt. Het onttrekken aan commerciële bepalingen door ze te kwalificeren (voor ál hun handelen) als hebbende geen ondernemingskarakter is juridisch gezien mogelijk, maar past niet in een moderne benadering van intergemeentelijke samenwerking. Een tweede bezwaar is dat de band van afhankelijkheid zo opnieuw blijft bestaan: de decreetgever zou zich op die manier wederom overgeven aan het risico dat de federale wetgever het ondernemingsrecht en bijhorende ondernemingsdefinitie andermaal fundamenteel herdenkt, wat op zijn beurt tot gelijkaardige problemen en onduidelijkheid zou leiden als diegene die in DEEL II zijn uiteengezet.

Aanbeveling 2: Organiek kader aligneren met de praktijk

365. Schrapping van 'geen handelskarakter' – Het is aan te raden dat de organieke wetgever de uitdrukkelijke kwalificatie van (de verbintenissen van) de intercommunale als hebbende 'geen handelskarakter' en de bijhorende bedoeling om de intercommunale te onttrekken aan commerciële bepalingen, opnieuw evalueert en nagaat of hij zijn uitgangspunt dat een eeuw geleden werd bepaald en werd ingevoerd, nog wil aanhouden. Grondig denkwerk over de vraag of het intergemeentelijk samenwerkingsverband dat goederen en diensten aanbiedt op een markt überhaupt nog zou *moeten* worden onttrokken aan commerciële bepalingen is op zijn plaats.

Als de decreetgever na reflectie echter tot de bevinding komt dat het niet langer wenselijk is om de intercommunale te onttrekken aan commerciële bepalingen,

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

kan deze er, *ten tweede*, ook voor opteren de bepaling dat (de verbintenissen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geen handelskarakter hebben eenvoudigweg te schrappen in de organieke wetgeving. Of zij dit vandaag niet langer wenst, is uiteraard een politieke discussie die hier niet zal worden aangesneden. Wel moet daarbij – zoals QUERTAINMONT het verwoordt – de vraag moet worden gesteld of de toepassing van commerciële bepalingen op de intercommunale de vervulling van hun specifieke missie die hun oprichting rechtvaardigt, niet teniet doet: "*on peut en effet se demander si une emprise des régies du droit commercial sur les entreprises publiques ne risque pas de faire échec à l'accomplissement, en droit et en fait, de la mission particulière qui justifie leur création? (...) Néanmoins, il apparaît important de garder présent à l'esprit le fait que les pouvoirs publics, qui ont pour tâche de servir l'intérêt général, ne sauraient être inspirés par l'esprit de lucre, de telle sorte que les organismes qui en dépendent ne sauraient être soumis à l'emprise du droit commercial dont l'essence est de régir des intérêts exclusivement privés." (eigen onderlijning).²⁰⁷¹*

Door de bepaling dat (de verbintenissen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geen handelskarakter hebben te schrappen, zou de decreetgever zich aligneren met de bestaande praktijk waarbij er vaak al door het 'geen handelskarakter' heen wordt gekeken. Dit is het pad die de *Vlaamse* decreetgever heeft bewandeld, aangezien die bepaling intussen heeft geschrapt.²⁰⁷² De *Vlaamse* decreetgever motiveert dit door te stellen dat het ondernemingsrecht "*geen gebruik meer maakt van de begrippen 'handelsdaden' en 'handelaar' voor het onderscheid tussen handels- en burgerlijke vennootschappen.*". Volgens hem werd deze verwijzing in 1922 in de wet opgenomen "*om aan te duiden dat intercommunales, winstbejag niet als doel konden hebben*", maar bestaat er ondertussen "*duidelijkheid over het statuut van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden als publiekrechtelijke organen met een sui generis statuut, vooral vanuit fiscaalrechtelijk perspectief.*" (eigen

²⁰⁷¹ P. QUERTAINMONT, "Le concurrence du secteur public aux entreprises privées", *APM* 1982, afl. 2-3, (119) 134.

²⁰⁷² Art. 92, 1° van het decreet van 16 juli 2021 tot wijziging van diverse decreten, wat betreft versterking van de lokale democratie: "*In artikel 397 van hetzelfde decreet worden de volgende wijzigingen aangebracht: 1° het tweede lid wordt opgeheven.*"

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

onderlijning).²⁰⁷³ Waarom de decreetgever het fiscaal recht in deze discussie betreft, is me niet duidelijk. De decreetgever lijkt te stellen dat er duidelijkheid bestaat over het statuut van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Dit is, zoals blijkt uit DEEL II, volgens mij net echt *niet* het geval. De Vlaamse decreetgever lijkt zich er niet bewust van te zijn dat het net de *schrapping* is van de bepaling dat de verbintenissen van de intercommunale geen handelskarakter hebben die tot *meer onduidelijkheid* leidt omtrent de toepassing van het ondernemingsrecht op de intercommunale. De schrapping van 'geen handelskarakter' doet de hypothese immers teniet dat een dynamische interpretatie naar 'geen ondernemingskarakter' op zijn beurt alsnog zou zorgen voor de onttrekking van het Vlaamse intergemeentelijk samenwerkingsverband aan commerciële bepalingen in onder meer het WER.

Waar de Vlaamse organieke decreetgever te weinig aandacht aan besteedt, is dat hij de bal op die manier in het kamp van de federale wetgever legt. Op die manier is het immers enkel de federale wetgever die bepaalt (en in de toekomst ook zal bepalen) aan welke ondernemingsrechtelijke/commerciële bepalingen intercommunales zijn onderworpen – iets wat bovendien steeds kan wijzigen als het ondernemingsbegrip als toepassingsgebied wordt aangepast. *Supra* werd al gewezen op de verregaande afhankelijkheid die er op die manier wordt gecreëerd t.a.v. de federale wetgever. De decreetgever benut zijn bevoegdheid op die manier niet ten volle waardoor hij het 'gewestelijk zeggenschap' over de intercommunale op dit vlak verliest. Tegelijkertijd wordt er zo afgestapt van de *ratio legis* die aan dit wezenskenmerk van de intercommunale ten grondslag ligt (cf. het referentiekader).

²⁰⁷³ MvT bij het voorontwerp van decreet tot wijziging van diverse decreten, wat betreft versterking van de lokale democratie, *Parl.St.* VI.Parl, 2020-21, nr. 468/3, 47-48.

Aanbeveling 3: Functionele/activiteitsgebonden differentiatie in organieke regelgeving m.b.t. ondernemingskarakter

366. Functioneel onderscheid als tussenoplossing – Een *derde* mogelijkheid is dan ook een tussenoplossing. Als de decreetgever *zowel* de zeggenschap op de intercommunale op ondernemingsrechtelijk vlak wil behouden, *als* de economische realiteit wil omarmen, dan kan de decreetgever ervoor kiezen om zelf een *functioneel onderscheid* in te voeren in de organieke regelgeving. Concreet kan hij ervoor opteren om uitdrukkelijk decretaal te voorzien dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband dat *geen* goederen en diensten aanbiedt op een markt *geen* ondernemingskarakter heeft (lees: geen onderneming is).

Dit zou tot gevolg hebben dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband enkel niet wordt gevat door de bepalingen van het WER indien het geen goederen en diensten aanbiedt op een markt. Op die manier zou het bestaande onderscheid in het federale ondernemingsrecht worden overgenomen. Daardoor zouden de concrete gevolgen niet erg verschillend zijn met de huidige situatie in de praktijk, maar zou er wel meer zekerheid bestaan omtrent het statuut van de intercommunale. De decreetgever, de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, en iedereen die met deze entiteiten wordt geconfronteerd, zou naar de toekomst toe meer garantie hebben dat het statuut van de intercommunale niet wijzigt telkens de federale wetgever aanpassingen doorvoert. De decreetgever zou er evengoed voor kunnen optreden om een ander functioneel onderscheid in het decreet op te nemen. Zo zou hij de intercommunale als onderneming kunnen beschouwen indien deze effectief in concurrentie treedt met een private onderneming, of indien de intercommunale een bepaalde omzet bereikt. Waar het ondernemingsbegrip in artikel I.1, 1^o van het WER op vandaag niet als aanknopingspunt van elk boek van het WER wordt gehanteerd, zou er op die manier ook van andere boeken van het WER kunnen worden afgeweken. Een belangrijke nuance daarbij is dat de gewestelijke regelgever in ieder geval niet kan afwijken van het Europees ondernemingsrecht (zie krachtlijn 1), waardoor de Europese bepalingen hun doorwerking behouden in het licht van de primautiteit van het Unierecht. Indien voor dergelijk ander functioneel onderscheid zou worden gekozen, heeft dit wel als gevolg dat er *nóg* een ondernemingsbegrip met een

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

autonome invulling aan de bestaande lijst wordt toegevoegd. Op zich is dit geen probleem, maar in het licht van een pleidooi tot betere begripsovereenstemming is die werkwijze minder aangewezen.

Gelet op de exclusieve bevoegdheid van de federale wetgever voor het handelsrecht op grond van artikel 6, §1, VI, laatste lid van de BWHI, zal de decreetgever ook hier de hierboven vermelde aandachtspunten omtrent de bevoegdheidsverdelende regels in acht moeten nemen. De decreetgever zal op doorgedreven wijze moeten verantwoorden waarom de onttrekking van bepaalde intercommunales aan het ondernemingsrecht voldoet aan de voorwaarden van de impliciete bevoegdheden of aan het evenredigheidsbeginsel. Gelet op het feit dat de federale (en Europese) wetgever zelf een functionele of activiteitsgebonden benadering hanteren, speelt hier zeker in het voordeel van de decreetgever.

In het licht van de subonderzoeksvraag hoe het organiek kader van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden moet worden ingevuld om tegemoet te komen aan de problemen die de hybriditeit van deze entiteiten teweegbrengt, lijkt deze derde mogelijkheid het meest aangewezen. De hypothese die werd vooropgesteld bij de zoektocht naar welke uitgangspunten er moeten worden gehanteerd en hoe het organiek kader er moet uitzien, nl. dat het organiek kader functioneel gedifferentieerd dient te zijn naargelang de doelstellingen en activiteiten van het intergemeentelijk samenwerkingsverband, lijkt dan ook te kunnen worden geverifieerd wat dit aspect van de aard en het karakter van het intergemeentelijk samenwerkingsverband betreft. In het verleden werd trouwens al gewezen op het nut van dergelijke functionele benadering: volgens VAN RYN en HEENEN is "*[c]e régime singulier (...) difficilement justifiable; il serait certainement plus rationnel de reconnaître un caractère commercial aux engagements des associations intercommunales exerçant une activité d'ordre économique.*"²⁰⁷⁴

²⁰⁷⁴ J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, II, Brussel, Bruylant, 1957, 185; zie ook T. TILQUIN, "Le rôle des intercommunales dans le secteur économique", *Rev.dr.ULB* 1995, (41) 50-51: "*Une conception de l'activité économique fondée sur le comportement des associations intercommunales sur un marché donné au regard d'une règle déterminée serait sans doute davantage susceptible de rendre compte des*

367. Beperking federale bevoegdheid ondernemingsrecht – De omgekeerde vraag moet bovendien ook worden gesteld: kan de federale wetgever gelet op de generieke gewestelijke bevoegdheidsgrond voor intergemeentelijke samenwerking in artikel 6, §1, VIII, 8° van de BWHI *jo.* artikel 39 van de Grondwet eigenlijk wel (op impliciete wijze) bepalen dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband dat goederen en diensten aanbiedt op een markt wel wordt onderworpen aan commerciële bepalingen en andere intercommunales niet – terwijl ze beiden een uitdrukking zijn van een verlengd lokaal bestuur?

Gelet op de integrale bevoegdheidsoverdracht aan de gewesten (zie *supra* nr. 121), moeten de voorwaarden van de impliciete bevoegdheden zijn vervuld of moet het evenredigheidsbeginsel door de federale wetgever in acht zijn genomen als deze (op impliciete wijze) voorziet dat intercommunales die goederen en diensten op de markt brengen zijn onderworpen aan het ondernemingsrecht. De concrete toets aan het evenredigheidsbeginsel of aan de voorwaarden van de impliciete bevoegdheden zal afhangen van de motivatie en verantwoording van de federale wetgever waarom de intercommunale die goederen en diensten aanbiedt op een markt wel wordt onderworpen aan commerciële bepalingen en andere intercommunales niet – terwijl ze beiden een uitdrukking zijn van een verlengd lokaal bestuur. Of de verantwoording die de federale wetgever geeft aan de uitzonderingen volstaat, is in ieder geval te betwijfelen. Waar t.a.v. de omgekeerde vraagstelling de uitzonderingen op het ondernemingsbegrip waarin de federale wetgever voorziet net een indicatie zijn dat een gedifferentieerde gewestelijke regeling mogelijk is²⁰⁷⁵, is het feit dat de gewestelijke regelgever in een *one size fits all*-regelgeving voorziet en geen (activiteitsgebonden) uitzonderingen invoert t.a.v. de intercommunale²⁰⁷⁶, net een indicatie dat een gedifferentieerde regeling door de federale wetgever *niet* mogelijk is of het evenredigheidsbeginsel niet in acht is genomen. De federale bepaling mag

disparités de régime qui semblent affecter la recherche d'une nature commerciale ou économique de leur activité."

²⁰⁷⁵ "Wanneer de federale overheid daarentegen zelf situaties voorziet die afwijken van de algemene regel, is dat een indicatie dat een gedifferentieerde regeling mogelijk is." in S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk recht*, Mortsel, Intersentia, 2016, 244.

²⁰⁷⁶ De enige uitzondering is de beperkingen in het Vlaamse Gewest van de private deelnamemogelijkheden tot de energie- en afvalsector. Voor het overige is niet op structurele wijze in een activiteitsgebonden benadering voorzien.

bovendien slechts een *marginale weerslag* hebben op de bevoegdheid van de gewesten om de intergemeentelijke samenwerking te regelen. Het feit dat er door de federale bepaling afbreuk wordt gedaan aan een wezenskenmerk van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden lijkt een argument te zijn om te stellen dit niet het geval is, en de weerslag niet slechts marginaal is. Tot slot is er de voorwaarde dat de federale bepalingen *noodzakelijk* moet zijn voor de uitoefening van de federale bevoegdheid – iets wat eveneens kan worden betwijfeld aangezien de niet-noodzakelijkheid impliciet wordt bevestigd door het feit dat de federale wetgever tot voor kort niets regelde omtrent de publiekrechtelijke rechtspersonen bij het handelaarsbegrip.

Volgens de federale wetgever is het verantwoord dat publiekrechtelijke entiteiten die goederen of diensten aanbieden op een markt principieel aan dezelfde regels als privaatrechtelijke ondernemingen worden onderworpen, aangezien die entiteiten deelnemen aan het economisch leven en in concurrentie treden met privaatrechtelijke actoren.²⁰⁷⁷ Blijkbaar is die verantwoording toch niet voldoende om *iedere* publiekrechtelijke rechtspersoon die goederen of diensten op een markt aanbiedt als onderneming te kwalificeren, aangezien de federale wetgever zelf in de *nominatim* uitsluiting van bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen voorziet. Die uitsluiting moet tegemoetkomen aan de bezorgdheid van de federale wetgever dat de toepassing van regels zoals het insolventierecht de werking van de overheid onevenredig kunnen verstoren.²⁰⁷⁸ Een echte verantwoording waarom er precies voor die specifieke instellingen is gekozen, ontbreekt evenwel. De memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht stelt enkel dat de uitzondering is ingegeven door de idee dat deze rechtspersonen door de regels van het publiekrecht worden beheerst waardoor het verantwoord is ze conform artikel 5 van het Strafwetboek te behandelen.²⁰⁷⁹ De memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, stelt dat uitzondering

²⁰⁷⁷ MvT bij het wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/001, 12.

²⁰⁷⁸ MvT bij het wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/001, 12.

²⁰⁷⁹ MvT bij het wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/001, 12.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

(c) *"is ingegeven door de idee dat deze rechtspersonen een rechtstreeks, democratisch verkozen bestuursorgaan hebben. Ook bepaalde OCMW's hebben een rechtstreeks verkozen orgaan. Ten einde de rechtszekerheid te garanderen is het wenselijk om alle OCMW's, zonder onderscheid, uit te sluiten uit het toepassingsgebied van het ondernemingsbegrip."*²⁰⁸⁰ De federale wetgever lijkt hierbij te vergeten dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden als publiekrechtelijke rechtspersonen evengoed door het publiekrecht worden beheerst. De intercommunale heeft daarnaast evenzeer een, weliswaar onrechtstreeks, democratisch verkozen bestuursorgaan (nl. gemeentelijke mandatarissen).²⁰⁸¹ Tot slot heeft de Raad van State in haar advies opgemerkt dat littera (c) *"leemtes vertoont"* door *"de intercommunales niet (te noemen)"*.²⁰⁸² Voor de volledigheid valt het nog te vermelden dat de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen in artikel 5 van het Strafwetboek intussen is afgeschaft door de wet van 11 juli 2018 tot wijziging van het Strafwetboek en de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering wat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen betreft.²⁰⁸³

Of deze verantwoording bijgevolg voldoende is om aan de voorwaarden van de impliciete bevoegdheden te voldoen of het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen, is maar de vraag. Het staat desalniettemin vast dat de loyaleitsverplichting bij de bevoegdheidsverdeling 'langs beide kanten' speelt.

368. Onbevoegdheid federale wetgever – Het Grondwettelijk Hof oordeelde reeds dat *"zij uit(sluit) dat de federale overheid bevoegd zou zijn om zelf in afwijkende regels te voorzien die slechts van toepassing zouden zijn op de*

²⁰⁸⁰ MvT bij het wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX "Insolventie van ondernemingen", in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhavingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2016-27, nr. 2407/001, 29.

²⁰⁸¹ Art. 432, eerste lid DLB; art. L1523-11, eerste lid CDLD; art. 66, eerste lid ordonnantie van 5 juli 2018.

²⁰⁸² Adv.RvS. van 13 februari 2017 over een voorontwerp van wet houdende invoeging van het Boek XX 'Insolventie van ondernemingen', in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhavingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, nr. 60.760/2, overw. 2.3, vn. 7.

²⁰⁸³ BS 20 juli 2018.

*verenigingen die, zoals die welke worden beoogd in artikel 118 van de wet van 8 juli 1976, hun activiteiten uitoefenen op het gebied van maatschappelijk welzijn, dat in principe onder de gemeenschapsbevoegdheid valt."*²⁰⁸⁴ VANPRAET stelde in vergelijkbare zin ten aanzien van het vennootschapsrecht dat "[d]e vraag rijst of de federale overheid op grond van haar bevoegdheid inzake vennootschaps- en verenigingsrecht bepalingen dwingend van toepassing kan verklaren op publiekrechtelijke rechtspersonen. (...) De federale bevoegdheid inzake vennootschappen en verenigingen [wordt] beperkt tot het gemeen vennootschaps- en verenigingsrecht, zijnde de wijze waarop private personen dergelijke samenwerkingsverbanden kunnen aannemen. In een bevoegdheidsconforme lezing kunnen enkel de federale publiekrechtelijke rechtspersonen die afhangen van de federale overheid gebonden zijn door deze bepaling. Behoudens het geval waar deze bepaling uitdrukkelijk van toepassing wordt verklaard, zijn de publiekrechtelijke rechtspersonen die afhangen van de gemeenschappen en gewesten niet gebonden door deze bepaling."²⁰⁸⁵ (eigen onderlijning).

Hieruit kan worden afgeleid dat de intercommunale niet is gevat door dwingende bepalingen in het vennootschapsrecht (zie ook *infra* 2.2.). Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden worden immers opgericht door publieke entiteiten (nl. gemeenten) en de federale vennootschaps- en verenigingsbevoegdheid is beperkt tot de wijze waarop *private* personen entiteiten oprichten. Kan een gelijkaardige redenering t.a.v. het ondernemingsrecht de verregaande implicatie met zich meebrengen dat de dwingende bepalingen van het ondernemingsrecht geen toepassing vinden op de 'gewestelijke' intergemeentelijke samenwerkingsverbanden waardoor de intercommunale eigenlijk toch niet als een onderneming (met uitzondering van het Europese ondernemingsbegrip) zou moeten worden beschouwd? In die veronderstelling zou de uitzondering op het ondernemingsbegrip in artikel I.1, 1^o, b van het WER, nl. "*iedere publiekrechtelijke rechtspersoon die geen goederen of diensten aanbiedt op een markt*" enkel betrekking hebben op *federale* publiekrechtelijke rechtspersonen.

²⁰⁸⁴ GwH 31 juli 2008, nr. 116/2008, overw. B.5.3; in J. VANPRAET, *De latente staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2011, 479.

²⁰⁸⁵ J. VANPRAET, *De latente staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2011, 479.

369. Prejudiciële vraag – In afwachting van een decretaal optreden door de Vlaamse, Waalse en Brussels Hoofdstedelijke decreet- en ordonnantiegever, is er echter nog steeds in de organieke regelgeving van twee gewesten opgenomen dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geen commercieel karakter hebben. Gelet op de *ratio legis* van de bepaling en de bevoegdheidsverdelende regels (incl. het feit dat er tot op vandaag geen bevoegdheidsrechtelijke bezwaren over zijn opgeworpen), is de dynamische interpretatie van 'geen handelskarakter' naar 'geen ondernemingskarakter' bovendien nog steeds aannemelijk. Enkel die hypothese van dynamische interpretatie naar 'geen ondernemingskarakter' zou de bedoeling van de organieke regelgever immers op nuttige wijze interpreteren. Tot dat de decreet- of ordonnantiegever optreedt, blijft de onduidelijkheid hieromtrent bestaan. Niets sluit uit dat een rechtscollege alsnog een prejudiciële vraag stelt aan het Grondwettelijk Hof met de vraag of artikel L1512-6, §1 van de CDLD of artikel 54 van de ordonnantie van 5 juli 2018, al dan niet een inbreuk maken op de bevoegdheidsverdelende regels. Met dergelijke rechterlijke toetsing zou er in ieder geval rechtszekerheid kunnen worden verkregen over deze toch wel essentiële bevoegdheidskwestie. Voor het overige ligt de bal in het kamp van de decreet- en ordonnantiegever om in de praktijk na te gaan in welke mate ze kunnen afwijken van het federale recht.

2.1.2. 'Publiekrechtelijke rechtspersoon'

370. Uitdrukkelijke kwalificatie overbodig? – In DEEL II werd duidelijk dat de concrete gevolgen van de uitdrukkelijke kwalificatie in het DLB²⁰⁸⁶, als in de CDLD²⁰⁸⁷ en in de ordonnantie van 5 juli 2018²⁰⁸⁸ door de organieke wetgever van de intercommunale als publiekrechtelijke rechtspersoon beperkte gevolgen heeft. Waar de wetgever er de toepassing van de algemene beginselen van het administratief recht mee beoogt – en meer bepaalde de wetten van de openbare

²⁰⁸⁶ Art. 397, eerste lid DLB: "*Het samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid is een publiekrechtelijke rechtspersoon met een rechtsvorm waarvan de kenmerken vastgesteld zijn krachtens de bepalingen van deze titel.*".

²⁰⁸⁷ Art. L1512-6. §1 CDLD: "*Quel que soit leur objet, les associations de projet et les intercommunales exercent des missions de service public et à ce titre sont des personnes morales de droit public.*".

²⁰⁸⁸ Art. 54 ordonnantie van 5 juli 2018: "*Intercommunales zijn publiekrechtelijke rechtspersonen.*".

dienst – werd duidelijk dat die toepassing niet voortvloeit uit deze kwalificatie. Uit het onderzoek naar de toepassingsgebieden blijkt dat bestuursrechtelijke regelgeving en principes immers een *autonoom toepassingsgebied ratione personae* hebben dat overwegend *losstaat* van de uitdrukkelijke kwalificatie van een entiteit als publiekrechtelijke rechtspersoon. Met andere woorden: de uitdrukkelijke publiekrechtelijke kwalificatie brengt niet de toepassing van de wetten van de openbare dienst met zich mee zoals de wetgever ambieerde, en bovendien in principe ook niet de toepassing van andere publiekrechtelijke beginselen en regelgeving. Enkel ten aanzien van het begrip 'administratieve overheid' en in het kader van de beginselen van behoorlijk bestuur wordt de wil van de wetgever mogelijk in aanmerking genomen.

De wettelijke verankering in 1986 van de publiekrechtelijke kwalificatie gebeurde bovendien om de verwarring met handelsvennootschappen die kon ontstaan door de op het privaatrecht gebaseerde rechtsvorm te vermijden. Een verwarring die op vandaag blijkbaar nog steeds bestaat aangezien er wel vaker wordt vergeten dat de intercommunale een *sui generis*-rechtsvorm heeft – zeker in het Waalse en Brussels Hoofdstedelijk Gewest waar de vormgeving op het eerste gezicht 'meer privaat' lijkt te zijn dan in het Vlaamse Gewest. Waar die kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon sinds 1986 zonder nadenken is overgenomen in de gewestelijke regelgeving, is die kwalificatie eigenlijk grotendeels overbodig maar kent die wel nog haar nut t.a.v. het begrip 'administratieve overheid' en de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

A. Conservatieve benadering

Aanbeveling 4: 'Publiekrechtelijke rechtspersoon' vervangen door 'organieke openbare dienst'

371. Overeenstemming met *ratio legis* – In de veronderstelling dat de notie 'publiekrechtelijke rechtspersoon' door de wetgever in 1986 werd gebruikt als synoniem voor 'organieke openbare dienst' (zie *supra*) kan er door de organieke decreet- en ordonnantiegever voor worden gekozen om de uitdrukkelijke kwalificatie als 'publiekrechtelijke rechtspersoon' te vervangen door een kwalificatie als 'organieke openbare dienst', dit overeenkomstig de *ratio legis*. Het

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

uitgangspunt dat de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon moet worden geïnterpreteerd in de zin dat de intercommunale een organieke openbare dienst is, lijkt immers beter overeen te stemmen met de bedoeling van de wetgever in 1986 en met de concrete gevolgen die een uitdrukkelijke kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon met zich meebrengt, aangezien er is gebleken dat die gevolgen beperkt zijn.

Toch moet dit worden genuanceerd. Een intergemeentelijk samenwerkingsverband zal immers als organieke openbare dienst worden beschouwd los van enige uitdrukkelijke kwalificatie als organieke openbare dienst. Bovendien rijst er enige onduidelijkheid over de begrippen organieke en functionele openbare dienst – net zoals er onduidelijkheid bestaat over de gevolgen van de uitdrukkelijke kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon. Waar een uitdrukkelijke kwalificatie als organieke openbare dienst meer zou overeenstemmen met de wil van de wetgever, lijkt het tegelijkertijd onnodig te zijn om de bestaande bepaling in die zin te wijzigen.

Indien de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden niet langer uitdrukkelijk zouden gekwalificeerd zijn als publiekrechtelijke rechtspersonen, dan nog zouden de meeste bestuursrechtelijke beginselen en regelgeving toepassing blijven vinden – dit gelet op de autonome invulling van 'publiekrechtelijke rechtspersoon' t.a.v. elk beginsel en elke regeling, zoals onder meer de wetten van de openbare dienst, het principe van de uitvoeringsimmunititeit, het faillissement, enzovoort. Indien de wetgever 'publiekrechtelijke rechtspersoon' vervangt door 'organieke openbare dienst' dient hij zich er wel van bewust te zijn dat dit ook op andere vlakken een impact zal hebben. In de beperkte gevallen waarin de uitdrukkelijke kwalificatie wél nuttig is (nl. bij het begrip administratieve overheid, bij de beginselen van behoorlijk bestuur, of als bepaalde regelgeving niet voorziet in een eigen autonome begripsbepaling), kan de uitdrukkelijke kwalificatie wel enigszins soelaas bieden (zie *supra* DEEL II, nr. 205).

Aanbeveling 5: Kwalificatie behouden, maar concrete gevolgen en verhouding andere wetgeving/beginselen verduidelijken

372. Heldere toelichting – De uitdrukkelijke kwalificatie in de bestaande decreten en ordonnantie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband als publiekrechtelijke rechtspersoon lijkt blindelings te zijn overgenomen uit de wet van 22 december 1986, zonder dat de gewestelijke regelgever nadacht over de concrete betekenis en de gevolgen hiervan. De oorspronkelijke doelstelling van de uitdrukkelijke kwalificatie die in 1986 door de wetgever werd vooropgesteld, wordt in ieder geval niet gerealiseerd door die kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon. Met andere woorden: de gewestelijke wetgever lijkt zelf al niet te weten wat de uitdrukkelijke kwalificatie concreet impliceert.

Het lijkt erop dat de uitdrukkelijke publiekrechtelijke kwalificatie van de intercommunale op vandaag voornamelijk op opportunistische wijze als argument wordt aangewend telkens het past om het 'overheidskarakter' van de intercommunale te benadrukken, zonder dat degene die het argument hanteert, ten volle beseft wat de concrete gevolgen zijn van de kwalificatie. Tegelijkertijd kan die persoon/entiteit niets worden verweten aangezien dit nu eenmaal onduidelijk is. De organieke wetgever dient zich te bezinnen over wat hij precies beoogt met de kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon. Indien de organieke wetgever na een heroverweging van de doelstelling en de gevolgen van de uitdrukkelijke kwalificatie beslist om die uitdrukkelijke kwalificatie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband als publiekrechtelijke rechtspersoon te behouden, is het aangewezen dat deze duidelijkheid schept over de (beperkte) concrete gevolgen van de kwalificatie en bijgevolg over de verhouding van deze publiekrechtelijke kwalificatie t.o.v. andere wetgeving en beginselen. Zo zullen personen die willen schermen met het publiekrechtelijk karakter van een intergemeentelijk samenwerkingsverband op zijn minst weten in welke mate dit hun argument (niet) versterkt.

Daarnaast heeft de kwalificatie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband als publiekrechtelijke rechtspersoon tot gevolg dat deze voor ál zijn handelen een publiekrechtelijke rechtspersoon is. Meer concreet impliceert dit dat de beperkte gevolgen op het vlak van onder meer toepassing van de algemene beginselen van

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

behoorlijk bestuur en het statuut van administratieve overheid gelden ongeacht de doelstelling en activiteit die het intergemeentelijk samenwerkingsverband vooropstelt (meer hierover *infra* B.).

B. Moderne benadering

Aanbeveling 6: Functionele/activiteitsgebonden differentiatie in organieke regelgeving (of in praktijk) m.b.t. waarborgen administratief recht

373. Functionele tweedeling qua toepassing administratief recht? – Gelet op de hypothese die is vooropgesteld bij dit normatief onderzoek en geïnspireerd door de uitstap naar de federale autonome overheidsbedrijven in de AOB-wet en de Nederlandse privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, wordt nagegaan of een meer moderne benadering t.a.v. de organieke bepaling dat intercommunales publiekrechtelijke rechtspersonen zijn, mogelijk is.

De federale autonome overheidsbedrijven zijn onttrokken aan administratiefrechtelijke waarborgen en principes voor de vrije activiteiten die zij uitoefenen (bv. beginselen van behoorlijk bestuur, kwalificatie als administratieve overheid). Het stellen van vrije activiteiten is echter niet volledig vrijgesteld van de waarborgen van het administratief recht (bv. op vlak van personeel, taal, motivering en openbaarheid) (zie *supra* 1.2). Door Nederlandse gemeenten toe te laten zich te verenigen op grond van het privaatrecht, spelen de waarborgen van het publiekrecht op geen enkele handeling van een privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband (zie *supra* 1.3.). Het is opvallend intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, gelet op het feit dat ze als territoriaal en functioneel gedecentraliseerd bestuur een verlengstuk zijn van de deelnemende gemeenten, nog steeds te allen tijde zijn onderworpen zijn aan de waarborgen van het administratief recht – óók indien de intercommunale eigenlijk optreedt als commerciële marktpeler in concurrentie met private ondernemingen.²⁰⁸⁹

²⁰⁸⁹ "[L]es intercommunales ne peuvent s'orienter vers la recherche de l'efficacité et de la qualité sans examiner parallèlement les outils d'intervention qui leur permet d'assurer le service public." in K. LEUS en J. DEBIÈVRE, "De gemeente en de publiek-private

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

Belangrijk is dat de AOB-wet op verschillende vlakken een functioneel onderscheiden behandeling voorziet naargelang het overheidsbedrijf taken van openbare dienst uitoefent, of vrije (zuiver commerciële) activiteiten stelt. Waar het bestuursrecht in de feiten in mindere mate toepasselijk is op de overheidsbedrijven die vrije activiteiten stellen dan wanneer zij taken van openbare dienst uitoefenen, is het vreemd genoeg *niet de AOB-wet zelf* die hierin voorziet. Het lijkt erop dat de *rechtspraak* de benaderingswijze van een verminderde toepassing van publiekrechtelijke waarborgen (bv. door niet te kwalificeren als administratieve overheid bij het uitoefenen van zuiver commerciële/economische activiteiten) heeft gecreëerd.

Het uitoefenen van zuiver commerciële activiteiten lijkt die onderscheiden behandeling in het publiekrecht te rechtvaardigen. In dat opzicht rijst de vraag of dergelijke benadering niet ook t.a.v. bepaalde intergemeentelijke samenwerkingsverbanden moet worden gehanteerd. Moet de intercommunale bij het uitoefenen van commerciële en economische activiteiten nog onderworpen zijn aan het bestuursrecht en de algemene beginselen van het bestuursrecht, en moet zij wel nog als administratieve overheid worden beschouwd?²⁰⁹⁰ De organieke regelgeving op intergemeentelijke samenwerking maakt op dit moment (nog) geen onderscheid tussen deze activiteiten en niet-commerciële activiteiten, maar *supra* in DEEL II bleek echter dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden intussen in de feiten evengoed zuiver commerciële,

samenwerking" in S. VANSTEENKISTE en L. VENY (eds.), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, (61) 134.

²⁰⁹⁰ Op de relevantie van die laatste vraag is reeds gewezen door DE SOMER, LAMBRECHT en VERBEECK: "De geformuleerde oplossingen doen meteen een andere vraag rijzen. Of en in hoeverre zouden de algemene regels en beginselen van publiek recht van toepassing moeten zijn op verzelfstandigde entiteiten? In hoeverre is dit noodzakelijk, nuttig of opportuun? Dit is een vraag die in het raam van dit werk, dat eerder tot doel heeft een *status quaestionis* te geven en dus een descriptief karakter heeft, niet op een voldoende gefundeerde wijze kan worden beantwoord. Een oordeel hierover vereist nader onderzoek naar het statuut van de bestudeerde verzelfstandigingsvormen, de aard van de hen toevertrouwde taken en de verenigbaarheid van de toepasselijkheid met eventuele specifieke efficiëntiedoelinden die aan hun oprichting ten grondslag liggen. Mogelijke criteria die na dit onderzoek in het vizier zouden kunnen komen, zijn de eerder geschetste tweedelingen tussen *privaat- en publiekrechtelijk vormgegeven entiteiten en tussen taken van openbare dienst en zuiver commerciële activiteiten.*" in S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, "De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA's en EVA's", *TBP* 2011, afl. 1, (4) 30.

economische, industriële activiteiten stellen in concurrentie met de privésector. Waarom zou het gebrek aan wettelijk onderscheid hier een rol bij moeten spelen? Gelet op de reden waarom er bestuursrechtelijk gezien een onderscheiden behandeling wordt gehanteerd bij de federale autonome overheidsbedrijven lijkt het erop dat, om consequent te zijn, die handelswijze ook zou kunnen worden doorgetrokken tot de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. DE SOMER merkte reeds het volgende op (specifiek m.b.t. het begrip 'administratieve overheid' en de rechtsmacht van de Raad van State): "*[H]et onderscheid tussen taken van openbare dienst enerzijds en taken van zuiver commercieel en industrieel belang anderzijds (...) is niet verankerd voor andere publiekrechtelijk vormgegeven rechtspersonen van wie niet is uitgesloten dat zij naast hun taken van openbare dienst (overheidstaken of taken van algemeen belang) tevens een aantal activiteiten ontplooiën in concurrentie met de private sector (te denken valt daarbij, ondanks het huidige gebrek aan toepassingsgevallen in de praktijk, aan autonome gemeentebedrijven, intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, ...). De vraag rijst of de Raad van State ook bereid zal zijn de kwalificatie van deze rechtspersonen als administratieve overheden te laten afhangen van het takenpakket waarbinnen zij een bepaalde handeling stellen. Hierop werd in de rechtspraak thans nog geen antwoord geformuleerd."*²⁰⁹¹ DE VISSCHERE stelde zich reeds in 1955 naar aanleiding van een arrest van de Raad van State waarin de intercommunale als administratieve overheid werd gekwalificeerd, vragen bij het onderscheid tussen de publieke en de private rechtsorde: "*Het wil ons voorkomen, dat de 'theorie van de openbare dienst' niet zelden te strak wordt doorgetrokken en te doctrinaal wordt voorgesteld. In de eerste plaats, kan men zich afvragen of het helemaal verantwoord is de particuliere sector enerzijds, en de publiekrechtelijke sector, anderzijds, scherp van elkaar te scheiden, zonder het bestaan van enig overgangsgebied te erkennen. Om het bij dit ene voorbeeld te laten, is het goed denkbaar, dat de gemengde [intergemeentelijke] verenigingen – die door Buttgenbach als 'sociétés d'économie mixte' werden bestempeld niet zonder meer als 'openbare diensten' zouden worden beschouwd. Bij ontstentenis van een door de wetgever gegeven algemene regeling, nu de bedoelde theorie*

²⁰⁹¹ S. DE SOMER, "Toepassingsgebied ratione personae van de Wet Motivering Bestuurshandelingen" in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *De formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 2013, (17) 30.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

toch van doctrinale oorsprong is, zou men evengoed van een overgangsklasse kunnen gewagen, waarop enkele bijzondere beginselen van toepassing zouden zijn." (eigen onderlijning).²⁰⁹² Zie ook de typologie *infra* 3.

Aangezien ook de zuiver commerciële activiteiten van federale autonome overheidsbedrijven worden geacht het algemeen belang te behartigen (zie *supra* 1.2.), zijn er wel kritische kanttekeningen te plaatsen bij de juridische behandeling in de praktijk waarbij deze (deels) onttrokken worden aan de waarborgen van het administratief recht. Ook de zuiver commerciële doelstellingen en activiteiten die de *intergemeentelijke samenwerkingsverbanden* ambiëren, worden bovendien steeds geacht het gemeentelijk belang te behartigen. Men zal bijgevolg moeten nagaan of het wel wenselijk is om intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die zuiver commerciële activiteiten stellen in zekere mate te onttrekken aan de waarborgen van het publiekrecht. Het bestuursrecht heeft onder meer als doel om de burger te beschermen tegen (onrechtmatig) overheidshandelen, door te voorzien in een stelsel van rechtsbescherming en door het bestuur te onderwerpen aan algemene wetten en beginselen.²⁰⁹³ Het bestuursrecht kan dus in zekere zin als een soort 'dwangbuis' voor machtsuitoefening door het bestuur worden beschouwd. Aangezien intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geacht worden het gemeentelijk belang te behartigen en als verlengd lokaal bestuur zijn te beschouwen, lijkt een afwijkende behandeling t.o.v. private concurrenten niet onoverkomelijk. "*Overheidsbedrijven hebben immers een andere finaliteit, namelijk het dienen van het algemeen belang.*", aldus DEGRANDE.²⁰⁹⁴ Het Grondwettelijk Hof oordeelde bijvoorbeeld recent nog in zijn arrest nr. 3/2021 van 14 januari 2021 dat het feit dat de wetgever "*de continuïteit van de openbare dienstverlening wil verzekeren en de uitoefening van een opdracht van algemeen belang niet in gevaar wil brengen*", een onderscheiden behandeling (op het vlak van administratieve sanctionering) tussen publiekrechtelijke rechtspersonen die goederen of diensten aanbieden op een markt en private ondernemingen

²⁰⁹² F. DE VISSCHERE, noot onder RvS 28 januari 1955, nr. 4031, Garnier, *TBP* 1955, (167) 162-163.

²⁰⁹³ R. TIJS, *Algemeen bestuursrecht in hoofdlijnen*, Morsel, Intersentia, 2012, 13.

²⁰⁹⁴ D. DEGRANDE, "De wapens van de privésector ten dienste van het algemeen belang? Een evaluatie van de wet op de autonome overheidsbedrijven in het licht van de ratio legis", Masterproef KUL 2019, onuitg., 108.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

legitimeert. Dit alles lijkt mij hoe dan ook een moeilijke evenwichtsoefening te zijn. Men kan immers de bedenking maken of het feit dat intercommunales bijvoorbeeld aan openbaarheidsverplichtingen zijn onderworpen maar hun private concurrenten niet, niet zorgt voor een ongelijkheid (cf. concurrentieverstoring/verstoring van *level playing field*). Anderzijds, past deze benadering misschien wel beter in een moderne benadering van het (economisch) overheidsoptreden.

Volgens mij moet de discussie over de toepassing van het bestuursrecht (en bv. de automatische kwalificatie van de intercommunale als administratieve overheid in de zin van artikel 14, §1, eerste lid, 1^o van de RvS-wetten) – ook indien er sprake is van intercommunales die economische activiteiten stellen in concurrentie met de private sector – gevoerd durven worden. Dit vraagstuk gaat natuurlijk veel ruimer dan dit proefschrift en kadert eigenlijk in de bredere discussie in welke mate het bestuursrecht nog toepassing dient te vinden op bepaalde overheidsentiteiten, en in welke mate er eigenlijk een afwijkende behandeling mag/moet bestaan tussen overheidsentiteiten en private rechtspersonen.²⁰⁹⁵ Dit raakt de fundamenteën van het overheidsoptreden. De beantwoording ervan is dan ook zeker geen doelstelling van dit proefschrift. Hieronder worden beknopt enkele visies weergegeven.

Specifiek t.a.v. het begrip administratieve overheid en de rechtsmacht van de Raad van State, stelde DE SOMER al uitdrukkelijk de vraag of "*het verantwoord [is] om overheidsbedrijven die in mededinging treden met de privésector integraal te laten ressorteren onder de rechtsmacht van de bestuursrechter? Of is de activiteit waarin een bepaalde handeling kadert doorslaggevend?*".²⁰⁹⁶ BAETEN en FRANÇOIS wijzen ook op het belang van deze vraag in het licht van het economisch overheidsinterventionisme: "*De behartiging van het algemeen belang*

²⁰⁹⁵ "Au niveau de la gestion des entreprises publiques, le problème n'est évidemment pas nouveau qui est celui de savoir comment il faut concilier les exigences du service public avec l'inévitable soumission aux impératifs d'une saine gestion commerciale." in P. QUERTAINMONT, "Le concurrence du secteur public aux entreprises privées", *APM* 1982, afl. 2-3, (119) 119.

²⁰⁹⁶ S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story", *RW* 2012, afl. 37, (74) 77.

*rechtvaardigt ook de bijzondere rechtspositie van de overheid. In een systeem dat de toepassing van de (economische) regelgeving steeds meer steunt op de deelname van een onderneming aan een bepaalde markt, bepaalt de relatieve sterkte van de bijzondere invulling van de wijze waarop het algemeen belang wordt behartigd, de mate waarin de betrokken overheidsentiteit nog van een bijzonder rechtsregime kan genieten." (eigen onderlijning).²⁰⁹⁷ Ook volgens ROSSIGNOL vloeit "[d]eze dikwijls 'bevoorrechte' positie van de overheid (...) voort uit de fundamentele ongelijke verhouding tussen de Staat en de private rechtsonderhorigen. De verantwoording waarop deze ongelijke behandeling gesteund is, betreft de (exclusieve) toewijding van de overheid aan het algemeen belang.".²⁰⁹⁸ Volgens MAES houdt "[h]et publiekrechtelijk karakter van een instelling (...) in essentie in dat omwille van de na te streven opdracht van algemeen belang deze instelling door een rechtsregeling wordt beheerst die afwijkt van die welke van toepassing is op particulieren of op privé-organisaties of die – zoals dan wel eens gesteld wordt – afwijken van het gemeen recht." (eigen onderlijning).²⁰⁹⁹ QUERTAINMONT omschrijft dit als volgt: "*Cet ensemble de procédés spéciaux au droit administratif et de compétences dérogatoires au droit commun, dont résulte la position d'inégalité du service public par rapport aux agents économiques privés, traduit au total la nécessité d'assurer en toutes circonstances la prééminence de l'intérêt général et est centré autour de la notion de puissance publique.*".²¹⁰⁰*

Er zijn auteurs die een bijzondere juridische behandeling van overheidsbedrijven t.o.v. private bedrijven uitdrukkelijk bekritisieren, onder meer SLAUTSKY en MAYENCE

²⁰⁹⁷ S. BAETEN en A. FRANCOIS, "Vennootschapsbelang en (versus?) algemeen belang. Enige verkennende beschouwingen over de invulling van het vennootschaps(?)belang in overheidsondernemingen" in S. BAETEN, K. BYTTEBIER en K. LEUS, *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen, Maklu, 2000, 24.

²⁰⁹⁸ K. ROSSIGNOL, *De (on)belastbaarheid van de overheid*, Brugge, die Keure, 2016, 26.

²⁰⁹⁹ R. MAES, "Juridische aard" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (321) 329.

²¹⁰⁰ P. QUERTAINMONT, "Le concurrence du secteur public aux entreprises privées", *APM* 1982, afl. 2-3, (119) 131-132.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

t.a.v. het faillissementsrecht²¹⁰¹ en D'HOOGHE in het overeenkomstenrecht.²¹⁰² Ook het Grondwettelijk Hof lijkt zich soms in die richting te bewegen. In zijn arrest nr. 66/2017 besluit het Hof dat een fiscale voorkeursbehandeling ongrondwettig is en stelt het de intercommunale die commerciële handelingen vooropstelt in concurrentie met de private sector gelijk met een onderneming. Evenwel stelt het Grondwettelijk Hof in omgekeerde zin in zijn arrest van 29 november 2018, dat een overheidsrechtspersoon die louter opdrachten van commerciële en financiële aard uitoefent niet zomaar *a priori* mag worden onttrokken aan de openbaarheid van bestuur.²¹⁰³ De wetgever had immers voorzien dat iedere publiekrechtelijke rechtspersoon die goederen of diensten aanbiedt op een markt kan worden gesanctioneerd door administratieve geldboetes, aangezien dit "een eerlijker speelveld tussen de overheidsbedrijven en de private markt [creëert]".²¹⁰⁴ Door te verwijzen naar Europeesrechtelijke invloeden, legt QUERTAINMONT de vinger op de wonde: "*le principe suivant lequel les entreprises privées et publiques – nonobstant la position privilégiée de celles-ci justifiée par des considérations d'intérêt public – sont traitées de manière égale au regard du droit communautaire.*" (eigen onderlijning).²¹⁰⁵

²¹⁰¹ "Etait-il compatible avec le principe d'égalité et avec le droit de la concurrence d'exclure de façon absolue l'application des procédures d'insolvabilité aux entreprises publiques de plus en plus nombreuses, intervenant sur des marchés concurrentiels et empruntant toujours plus ostensiblement les formes et les méthodes du droit privé et du droit commercial?" in E. SLAUTSKY en A. MAYENCE, "L'inapplicabilité du droit commun de l'insolvabilité aux personnes morales de droit public à l'épreuve du droit des aides d'État", *TBH* 2018, afl. 8, (827) 831.

²¹⁰² "De overheid treedt – volgens deze theorie – immers op als behoedster van het algemeen belang, als 'puissance publique', en kan bij een contract met een particulier daarmee niet op gelijke voet worden gesteld vermits het algemeen belang steeds voorrang dient te verkrijgen op het particulier belang. (...) Elders hebben wij deze theorie reeds bekritiseerd. Het standpunt dat de overheid bij beleidsovereenkomsten niet of minder contractueel gebonden zou zijn, kan dan ook niet worden bijgetreden. Daarmee zou overigens afbreuk worden gedaan aan het wezen van het contract zelf, nl. het contract als de wet van partijen." (eigen onderlijning) in D. D'HOOGHE, "De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen", *T.Gem.* 1995, (75) 80.

²¹⁰³ GwH 29 november 2018, nr. 167/2018, overw. B.11 e.v.

²¹⁰⁴ Amendementen bij het wetsontwerp van 3 juli 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3126/002, 55.

²¹⁰⁵ P. QUERTAINMONT, "Le concurrence du secteur public aux entreprises privées", *APM* 1982, afl. 2-3, (119) 140.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

Tot slot lijkt het nog minder aangewezen om inspiratie te putten uit de Nederlandse benadering. De volledige onttrekking van privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden aan het publiekrecht die daar speelt (m.a.w. voor *al* hun handelen), is zeker niet aangewezen. Die optie zoals in Nederland uitgewerkt, blijft dan op het eerste gezicht ook buiten beschouwing in dit onderzoek naar de optimalisatie van het organiek kader. Toch werd hierboven aangetoond dat het toelaten van een Belgische equivalent van privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerking niet zou leiden tot het volledig buitenspelzetten van de waarborgen die het publiekrecht biedt (zie *supra* 1.3). Aangezien de toepassing van bijvoorbeeld de wetten van de openbare dienst, de uitvoeringsimmunititeit en het faillissementsrecht in België is gekoppeld is aan het begrip 'organieke openbare dienst' (zie *supra* nr. 205 e.v.), zouden de privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden – net zoals de bestaande publiekrechtelijke variant – volgens mij wel nog steeds aan deze waarborgen zijn onderworpen.²¹⁰⁶ Zie meer hierover *infra* 2.2.

Meer concreet zou een meer moderne benadering t.a.v. de organieke bepaling dat intercommunales publiekrechtelijke rechtspersonen zijn, inhouden dat de organieke regelgeving voorziet dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden enkel zijn onderworpen aan de waarborgen van het administratief recht indien ze *geen* zuiver commerciële of economische doelstellingen en activiteiten vooropstellen. Dit kan de Vlaamse, Waalse en Brussels Hoofdstedelijke regelgever makkelijk bewerkstelligen door respectievelijk artikel 397, eerste lid van het DLB, artikel L1512-6, §1 van de CDLD, en artikel 54 van de ordonnantie van 5 juli 2018 te wijzigen. Dit kan anderzijds ook worden opgenomen in een functionele benadering van de intercommunale in het algemeen (zie *infra* 3.). Er moet zelfs niet worden gewacht op de regelgever om deze moderne benadering te hanteren. De rechtspraak kan in tussentijd reeds kiezen voor dergelijke duale behandeling.

De functionele benadering voorgesteld in deze aanbeveling is bovendien geen nieuw gegeven. Volgens DE SOMER en OPDEBEEK kent het bestuursrecht op vandaag

²¹⁰⁶ *Supra* werd meegegeven dat er in de rechtsleer wel wat onduidelijkheid bestaat over het personele toepassingsgebied van deze wetgeving, principes en beginselen en dat er dus meerdere strekkingen zijn te onderscheiden.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

al een deels organieke, deels functionele afbakening. Dit houdt in dat er twee juridische regimes bestaan – een publiekrechtelijk en een privaatrechtelijk regime – in hoofde van eenzelfde rechtspersoon en dit naargelang de aard van de activiteiten die de entiteit uitvoert.²¹⁰⁷

In het licht van de subonderzoeksvraag hoe het organiek kader van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kan worden geoptimaliseerd, lijkt deze aanbeveling het meest aangewezen. De hypothese die werd vooropgesteld bij de zoektocht naar welke uitgangspunten er moeten worden gehanteerd en hoe het organiek kader er moet uitzien, nl. dat het organiek kader functioneel gedifferentieerd dient te zijn naargelang de doelstellingen en activiteiten van het intergemeentelijk samenwerkingsverband, lijkt dan ook te kunnen worden geverifieerd wat dit aspect van de aard en het karakter van het intergemeentelijk samenwerkingsverband betreft.

Krachtlijn 2: Concrete gevolgen en verhouding andere wetgeving/beginselen verduidelijken

374. Ongeacht keuze, verduidelijken – Ongeacht of de regelgever aanbeveling 4, 5 of 6 volgt – of zelfs indien ze de publiekrechtelijke kwalificatie niet wil heroverwegen en alles laat zoals het is, dient hij te verduidelijken wat de concrete (beperkte) gevolgen zijn van de kwalificatie van het intergemeentelijk samenwerkingsverband als 'publiekrechtelijke' rechtspersoon. De redenering die is uiteengezet bij aanbeveling 5 kan hier worden herhaald.

²¹⁰⁷ Het bestuursrecht is in beginsel van toepassing op de verzelfstandigde besturen – ook als die een private rechtsvorm aannemen, maar daarop bestaan er op zijn beurt wel belangrijke uitzonderingen. DE SOMER en OPDEBEEK halen in dit kader het Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek (hierna: FWO) als illustratie aan, dat een extern verzelfstandigd agentschap in privaatrechtelijk vorm is, maar volgens bepaalde rechtspraak niet onderworpen is aan de rechtsmacht van de Raad van State. Het FWO is daarentegen wel onderworpen aan de openbaarheidsregels.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

2.1.3. Samenvatting

Aard en karakter ('geen handelskarakter') – Conservatieve benadering

A1 – 'Geen commercieel karakter' vervangen door 'geen ondernemingskarakter'	
Voordelen	Nadelen
<i>Ratio legis</i> opnieuw gerespecteerd	Geen onderneming voor ál het handelen van het intergemeentelijk samenwerkingsverband

Aard en karakter ('geen handelskarakter') – Moderne benadering

A2 – Organiek kader aligneren met de praktijk	
Voordelen	Nadelen
Overeenstemming met praktijk	1) Afhankelijkheid t.a.v. federale wetgever 2) Verlaten van <i>ratio legis</i>
A3 – Functionele/activiteitsgebonden differentiatie in organieke regelgeving m.b.t. ondernemingskarakter	
Voordelen	Nadelen
1) Overeenstemming met praktijk 2) Onafhankelijkheid t.a.v. federale wetgever	Extra ondernemingsbegrip

Aard en karakter ('publiekrechtelijke rechtspersoon') – Conservatieve benadering

A4 – 'Publiekrechtelijke rechtspersoon' vervangen door 'organieke openbare dienst'	
Voordelen	Nadelen
Stemt overeen met <i>ratio legis</i>	1) Er bestaat onduidelijkheid over begrippen organieke en functionele openbare dienst

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

	<ul style="list-style-type: none"> 2) Vervanging is onnodig, want ook organieke dienst zonder uitdrukkelijke kwalificatie 3) Doet ook (beperkt) nut van kwalificatie teniet
A5 – Kwalificatie behouden, maar concrete gevolgen en verhouding andere wetgeving/beginselen verduidelijken	
Voordelen	Nadelen
<ul style="list-style-type: none"> 1) Zorgt dat (beperkt) nut behouden blijft 2) Duidelijkheid over gevolgen en verhouding 3) Kwalificatie geldt voor alle activiteiten 	<ul style="list-style-type: none"> 1) Kwalificatie kan nog steeds misleidend zijn als verduidelijking niet prominent genoeg gebeurt 2) Kwalificatie geldt voor alle activiteiten

Aard en karakter ('publiekrechtelijke rechtspersoon') – Moderne benadering

A6 – Functionele/activiteitsgebonden differentiatie in organieke regelgeving (of in praktijk) m.b.t. waarborgen administratief recht	
Voordelen	Nadelen
<ul style="list-style-type: none"> 1) Uniforme benadering AOB en IGS 2) Sluit aan bij bestaande deels functionele benadering in het bestuursrecht 3) Benadering past in moderne benadering (economisch) overheidsoptreden 	<ul style="list-style-type: none"> 1) Verlaten van <i>ratio legis</i> 2) Onduidelijkheid over wenselijkheid onttrekking zuiver commerciële doelstellingen/activiteiten aan waarborgen administratief recht in het licht van behartigen gemeentelijk belang

Aard en karakter – Krachtlijn

K1	Europese doorwerking op aard/karakter verduidelijken
K2	Concrete gevolgen en verhouding andere wetgeving/beginselen verduidelijken

2.2. Rechtsvorm

375. Rechtsonzekerheid door dynamische verwijzing – In DEEL II werd het duidelijk dat de hybride wijze waarop de organieke regelgeving de intercommunale vormgeeft voor onduidelijkheid zorgt. De hantering van het vennootschapsrecht zorgt voor rechtsonzekerheid, wat recent nogmaals is aangetoond met de aanneming van het WVV. De dynamische interpretatie van de verwijzing naar federale wetgeving die de gewestelijke regelgeving zo kenmerkt (nl. de suppletieve verwijzing naar de CVBA in het Vlaamse, Waalse en Brussels Hoofdstedelijke Gewest), kan *geen doorgang* vinden in het licht van het nieuwe vennootschapsrecht. Daarnaast zorgt de hantering van het privaatrecht bij de uitwerking van de rechtsvormen die de intercommunes kunnen aannemen vaak voor een verkeerd uitgangspunt. Ondanks de invloeden van het privaatrecht (en meer bepaald het WVV) hebben de organieke regelgevers in de drie gewesten gekozen voor een hybride en tegelijkertijd ook een *sui generis*-rechtsvorm. Gelet op de moeilijkheden die de hybride rechtsvorm met zich meebrengt, kunnen er een aantal remediëringsopties worden vooropgesteld waarbij het ene alternatief al meer aangewezen is dan het andere.

2.2.1. Conservatieve benadering

Krachtlijn 3: Ingrijpen t.a.v. wetgevingstechniek van hybride vormgeving

376. Geen terugvalbasis – Een eerste mogelijkheid is dat de organieke decreet- en ordonnantiegever in de drie gewesten niets onderneemt. Op zich vereist de inwerkingtreding van het WVV geen noodzakelijk decreet- of ordonnantiegevend optreden (zie *supra* nr. 258 e.v.). Hoewel de rechtszekerheid erbij gebaat is dat de bestaande CVBA-regels als *lex specialis* van toepassing blijven tot de organieke wetgever ingrijpt, bleven/blijven het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 in realiteit als enig geldende regelgeving over na de aanneming van het WVV aangezien de terugvalbasis niet langer bestaat. Het Vlaamse Gewest voerde intussen wel een aanpassing door aan het DLB. Artikel 92, 2^o-3^o van het decreet tot wijziging van diverse decreten wat betreft versterking van de lokale democratie vervangt de woorden 'Wetboek van Vennootschappen' door 'Wetboek

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

van vennootschappen en verenigingen' en de woorden 'met beperkte aansprakelijkheid' worden opgeheven.²¹⁰⁸ Het lijkt erop dat het Brussels Hoofdstedelijk Gewest het enige gewest is dat (nog) geen wijziging van de organieke regelgeving n.a.v. de inwerkingtreding van het WVV heeft vooropgesteld. In dat opzicht verkiest zij (onbewust) deze mogelijkheid.

Niets ondernemen is echter helemaal niet aan te raden. *Ten eerste* omdat de inwerkingtreding van het WVV verregaande gevolgen meebrengt qua terugvalbasis. *Ten tweede* omdat de dynamische verwijzing naar het federale vennootschapsrecht op die manier overeind blijft. Dynamische verwijzingen naar (federale) wetgeving zorgt voor een verminderde leesbaarheid en verminderde toegankelijkheid van de organieke regelgeving, zoals ook opgemerkt door de afdeling Wetgeving van de Raad van State.²¹⁰⁹ Wil de regelgever het organiek kader van intergemeentelijke samenwerking optimaliseren, dan is het m.a.w. nodig dat de organieke regelgever ingrijpt en de hybride rechtsvorm verduidelijkt, dit door minstens één van de hieronder vermelde aanbevelingen uit te voeren. De oorspronkelijke doelstelling van de verwijzing naar de 'handelsvennootschap' bestond er immers in om de werking van de intercommunale te vergemakkelijken, maar die doelstelling wordt hier op vandaag niet meer mee bereikt, integendeel.

Tot slot lijkt het me dat de Waalse en Brussels Hoofdstedelijke regelgever moet ingrijpen t.a.v. respectievelijk artikel L1523-1 van de CDLD en artikel 55, eerste lid van de ordonnantie van 5 juli 2018. Die bepalingen laten immers onterecht uitschijnen dat de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden private vennootschappen zijn met een zuiver private rechtsvorm. Hierdoor rijst de

²¹⁰⁸ Het argument dat in het Vlaamse voorontwerp naar voren wordt geschoven, namelijk dat de 'nieuwe' CV aansluit bij de vroegere rechtsvorm van de CVBA, lijkt me te ongenueanceerd te zijn (zie hiervoor *supra* nr. 262) en zie MVT bij het ontwerp van decreet tot wijziging van diverse decreten, wat betreft versterking van de lokale democratie, *Parl.St.* VI.Parl. 2020-21, nr. 790/1, 46.

²¹⁰⁹ Adv.RvS nr. 20.325 van 30 oktober 1990 over artikel 60 van het ontwerp van decreet bestuurlijk beleid, meer bepaald betreffende de nieuwe artikelen 32*septies* e.v. van de wet van 26 maart 1971 op de bescherming van de oppervlaktewateren tegen verontreiniging vervat in dat artikel 60, 11; zie ook Adv.RvS 19.808 van 20 april 1990 over een voorontwerp van decreet tot oprichting van de Vlaamse Vervoermaatschappij, overw. 3.4; zie ook Omz. van 9 mei 2014, nr. VR/2014/4 'Wetgevingstechniek', nr. 141.

verwachting dat die entiteiten volledig overeenstemmen met de private vormgeving en regelgeving, wat niet het geval is. De bepalingen waarin wordt gesteld dat de intercommunales de rechtsvorm aannemen een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of – in het Waalse Gewest – ook van een naamloze vennootschap, worden dus best weggelaten wegens verwarrend en onjuist.

Aanbeveling 7: Dynamische verwijzing behouden, mits verduidelijking

377. Grondige afweging vennootschaps- of verenigingsvorm – De inwerkingtreding van het WVV vereist geen noodzakelijk decreet- of ordonnantiegevend optreden (zie *supra* nr. 258 e.v.), maar als ze toch actie ondernemen dan dienen zij de private rechtsvorm waarnaar dynamisch wordt verwezen weloverwogen te benaderen. De vervanging door de Vlaamse decreetgever van de CVBA door de CV en het plan van de Waalse decreetgever om die wijziging eveneens door te voeren, vormt op zich geen probleem.²¹¹⁰ Het argument in het voorontwerp van decreet tot wijziging van diverse decreten wat betreft versterking van de lokale democratie dat de CV aansluit bij de vroegere rechtsvorm van de CVBA lijkt me evenwel onvoldoende onderbouwd te zijn. De verschillen tussen de CV en de BV zijn beperkt(er) geworden en de BV wordt uitdrukkelijk als *default* naar voren geschoven (zie *supra* nr. 262). De afweging of de CV dan wel de BV het best overeenstemt met de structuur van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden lijkt me nochtans een fundamentele oefening.

Het kan zijn dat de gewestelijke regelgever ervan overtuigd is dat een verwijzing naar federale bepalingen nodig blijft. In dat geval is het aan te bevelen dat de decreetgever de keuze voor de CV grondig (her)overweegt en de andere mogelijke vennootschaps- en verenigingsvormen in de afweging betreft.²¹¹¹ Ook de Waalse

²¹¹⁰ De intercommunales moeten immers niet voldoen aan de definitie van een coöperatieve vennootschap om de CV-vorm te betrekken bij de vormgeving (zie *supra* nr. 249).

²¹¹¹ De Waalse Regering stelde in haar beleidsnota geen aanpassing van de CDLD voorop naar aanleiding van de federale initiatieven, maar intussen zijn er toch een ontwerp

decreetgever zal moeten nagaan of de CV de beste keuze is. In dat opzicht kan er verwachtingsvol worden uitgekeken naar het Waalse ontwerp van wijzigingsdecreet en de motivering die aan die intentie zal worden gekoppeld.

378. Onderlinge verhouding dynamische verwijzing en WVV regelen – *Ten tweede* werd er bij de aanneming van het decreet tot wijziging van diverse decreten wat betreft versterking van de lokale democratie, niet stilgestaan bij de precieze verhouding tussen het WVV en het intergemeentelijk samenwerkingsverband in het algemeen.

De Vlaamse decreetgever koos ervoor om de verwijzing naar federale regelgeving in zijn organieke bepalingen te behouden. Het is jammer dat hij niet van de gelegenheid gebruik maakte om wat meer duidelijkheid te scheppen. Indien de gewestelijke regelgever voet bij stuk houdt en blijft een dynamische verwijzing opnemen in het organiek kader, is het aan te bevelen dat de decreet- en ordonnantiegever de onderlinge verhouding tussen de gewestelijke regelgeving en de federale regelgeving toch op voorhand vastlegt: "*Het gaat in beide gevallen dan ook over interpretatieregels waarmee men achteraf probeert zo goed als mogelijk een conflict tussen twee rechtsregels van gelijke rang op te lossen. Veel beter is het om op voorhand, bij het stellen van die rechtsregels zelf, de onderlinge verhouding te regelen.*" (eigen onderlijning).²¹¹² In dat opzicht is het aan te bevelen dat de decreet- en ordonnantiegever minstens bepaalt wat de gevolgen zijn indien de federale vennootschapswetgever in de toekomst opnieuw beslist om een voor de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden relevante vennootschapsvorm af te schaffen. Een relatief makkelijke oplossing is dat de gewestelijke regelgever bepaalt dat de bepalingen m.b.t. de relevante opgeheven vennootschap zoals ze golden ten tijde van de opheffing als *lex specialis* blijven gelden tot nader optreden van de decreetgever.

van wijzigingsdecreet en een ontwerp van Koninklijk Besluit voorgelegd aan de bevoegde minister.

²¹¹² J. VAN NIEUWENHOVE, "Regeling van de verhouding tot gelijksoortige rechtsregels", *TVW* 2015, afl. 4, (290) 290-291.

379. Eigenheid van 'rechtsvorm' en 'statuut' benadrukken – *Tot slot* is het aan te bevelen dat de decreet- en ordonnantiegever de eigenheid van de *rechtsvorm* van de intercommunale en het *statuut als* intercommunale benadrukt of dat er hier alleszins meer bij wordt stilgestaan door de wetgever, maar ook in de rechtspraak en rechtsleer. Ongeacht de rechtsvorm die op het eerste gezicht wat 'publieker' is in het Vlaamse Gewest en iets 'privater' in het Waalse en Brussels Hoofdstedelijk Gewest, is (en blijft) de vereniging van gemeenten een intergemeentelijk samenwerkingsverband met als rechtsvorm een projectvereniging, dienstverlenende vereniging, opdrachthoudende vereniging (in het Vlaamse Gewest), of intercommunale (in het Waalse en Brussels Hoofdstedelijk Gewest). De vereniging van gemeenten neemt geen (zuiver) private rechtsvorm aan – en *is* bovendien geen NV of CVBA – maar draagt enkel in meer en mindere mate 'het kleedje' van een NV of CVBA.

Om verwarring te vermijden, is het daarom aangewezen dat de gewestelijke regelgevers de transparantie verhogen door te benadrukken dat de rechtsvorm niet zuiver conform het vennootschapsrecht is vormgegeven. Afhankelijk van voor welk regime (NV of CVBA) er suppletief wordt gekozen, kunnen artikel L1523-1 van de CDLD en artikel 55 van de ordonnantie van 5 juli 2018 bijvoorbeeld in die zin worden gewijzigd dat er wordt gesteld dat de intercommunale de vorm aanneemt van een 'intergemeentelijke NV' (INV) of een 'intergemeentelijke CVBA' (ICVBA) in plaats van een 'NV' of een 'CVBA', net zoals er bijvoorbeeld t.a.v. autonome overheidsbedrijven wordt gesteld dat deze de vorm van een 'NV van publiekrecht' aannemen in plaats van een 'NV'. In het Vlaamse Gewest is er uitdrukkelijk in artikel 397, eerste lid van het DLB voorzien dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband een publiekrechtelijke rechtspersoon is "*met een rechtsvorm waarvan de kenmerken vastgesteld zijn krachtens de bepalingen van deze titel*". Deze bepaling kan eigenlijk ook eenvoudigweg worden overgenomen in de CDLD en in de ordonnantie van 5 juli 2018. Op die manier zou worden benadrukt dat ze een eigen *sui generis*-rechtsvorm hebben die – ondanks

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

geïnspireerd te zijn door het private vennootschapsrecht – geen private vennootschapsvorm is.²¹¹³

De voordelen die deze aanbeveling met zich meebrengt dienen zeker te worden genuanceerd. De precaire verhouding tussen het WVV en het intergemeentelijk samenwerkingsverband blijft zo immers in stand, terwijl de wenselijkheid van het vasthouden aan de dynamische verwijzing naar het privaatrecht in het organiek kader een ander verhaal is. Hoewel het verduidelijken van de dynamische interpretatie zorgt dat de problemen die (in de toekomst kunnen) ontstaan door deze wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht enigszins worden vermeden, blijft de decretale uitstap naar het federale vennootschapsrecht voor onduidelijkheid zorgen (bv. in de concrete toepassing van het WVV op intergemeentelijke samenwerkingsverbanden). Bovendien zorgt deze wetgevingstechniek voor een blijvende afhankelijkheid van de gewestelijke regelgever t.a.v. de federale wetgever.

Aanbeveling 8: Uitwerken integrale *sui generis*-rechtsvorm

380. Integrale *sui generis*-vormgeving – De gewestelijke organieke regelgevers overwegen op geen enkel moment de overstap naar een volledig uitgewerkt *sui generis*-kader. Dit ondanks dat de wetgevingstechniek van de regelgeving door verwijzing duidelijk voor moeilijkheden zorgt (cf. verminderde leesbaarheid en toegankelijkheid organieke regelgeving, afhankelijkheid t.a.v. federale wetgever, twijfel over de rechtsvorm en het statuut van de intercommunale). Het is in ieder geval veelzeggend dat een minister niet kan antwoorden op de vraag wat de gevolgen zijn van de aanneming van een nieuw wetboek omtrent vennootschaps- en verenigingsrecht voor de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en dat er werkgroepen moeten worden opgericht om dit te achterhalen. De omzendbrief die in 2003 in het Vlaamse Gewest is

²¹¹³ Zie ook: "Dit 'probleem' van een verwijzing in de benaming naar een private rechtsvorm die verder uitgehold wordt, kan bovendien makkelijk worden opgelost indien in de benaming aangegeven wordt dat de privaatrechtelijke rechtsvorm publiekrechtelijk is gekleurd (bv. door het gebruik van de benaming '... van publiek recht')." in C. MATHIEU en F. VANDENDRIESSCHE, "De overheidsrechtspersoon" in S. DE SOMER (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure 2020, (53) 70.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

aangenomen, is intussen bovendien dermate gedateerd dat er zo goed als niets meer mee is aan te vangen. Een nieuwe omzendbrief die volgt op de wijziging van het DLB is er nog steeds niet.

Een derde mogelijkheid is dan ook dat de organieke decreet- en ordonnantiegever – gelet op hun eigen materiële bevoegdheid – zelf een integrale *sui generis*-vormgeving uitwerken en de suppletieve verwijzingen naar het federale vennootschapsrecht weglaten. Er zou in dat geval sprake zijn van een zuiver publiekrechtelijke vormgeving.²¹¹⁴ Een zuiver publiekrechtelijke vormgeving zou de problemen die ontstaan n.a.v. de dynamische verwijzing ondervangen en zou tegemoet komen aan de bezorgdheden die de Raad van State, afdeling Wetgeving omtrent de wetgevingstechniek door verwijzing uit. De voordelen die bepalingen uit het WVV op vandaag voor de intercommunales kunnen brengen, kunnen uiteraard worden opgenomen in de *sui generis*-vormgeving. De decreet- en ordonnantiegevers zouden eenmalig moeten overgaan tot de uitwerking van dit zuiver publiekrechtelijk kader, waarna ze als het ware 'jaren zoet zijn' en de regelgeving naar eigen goeddunken, op eigen vrijblijvend initiatief, kunnen aanpassen.

Het zou trouwens niet de eerste keer zijn dat de decreetgever komaf maakt met een dynamische verwijzing naar het federale vennootschapsrecht. De Vlaamse decreetgever schrapte de dynamische verwijzing na verloop van tijd uit het organiek kader van het autonoom gemeentebedrijf. Ten tijde van de wettelijke verankering van het autonoom gemeentebedrijf werd in de Nieuwe Gemeentewet nog ingevoerd dat "*[d]e artikelen 53 tot 67 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen (...) van toepassing [zijn] op de autonome gemeentebedrijven behoudens indien deze wet er uitdrukkelijk van afwijkt*".²¹¹⁵

²¹¹⁴ "We spreken in elk geval van zuiver publiekrechtelijke vormgeving wanneer de overheid een volledig ad-hocstatuut uitwerkt en niet verwijst, noch in hoofdorde, noch subsidiair naar bepalingen uit het gemeen rechtspersonenrecht" in M. DE GROOT, *Overheidstoezicht op private rechtspersonen belast met taken van openbare dienst*, Brugge, die Keure, 2018, 44.

²¹¹⁵ Art. 9 Wet van de 28 maart 1995 tot wijziging van titel VI, hoofdstuk V, van de nieuwe gemeentewet (BS 8 april 1995) voerde een artikel 263octies in de Nieuwe Gemeentewet in.

Op vandaag is er in het DLB echter een volledige *sui generis* zuiver publiekrechtelijke vormgeving uitgewerkt voor het autonoom gemeentebedrijf.²¹¹⁶

381. ... met suppletieve verwijzing naar gemeenterecht – Indien de decreet- of ordonnantiegever beslist om af te stappen van de suppletieve verwijzing met bijhorende dynamische interpretatie naar het federale private rechtspersonenrecht, maar het niet ziet zitten om een volledig *sui generis*-kader uit te werken, kan er worden geopteerd om op suppletieve wijze beroep te doen op de bepalingen die gelden voor de gemeenten.

Bij de aanneming van het DIS in 2001 wees de Hoge Raad voor Binnenlands Bestuur reeds op deze mogelijkheid door te stellen dat "*een consequente lijn met de filosofie van de OCMW-verenigingen zou (...) zijn dat intercommunales voor alles wat het decreet niet regelt, terugvallen op het gemeentelijke regime.*".²¹¹⁷ De ietwat vreemde verantwoording die toen werd gegeven om suppletief te verwijzen naar het vennootschapsrecht, was dat "[d]e verwijzing naar de vennootschappenwet (...) niettemin noodzakelijk [is] omdat een aantal bepalingen toepasselijk blijven, bv. op het vlak van de vereffening".²¹¹⁸ De suppletieve verwijzing naar het gemeentelijk regime lijkt echter niet behoorlijk te zijn afgewogen als alternatief voor de externe verwijzing. Nochtans zijn de problemen zoals uiteengezet in DEEL II naar de toekomst te vermijden door voor alles wat niet in het decreet is geregeld, terug te vallen op het gemeentelijke regime. Honderd jaar geleden – in 1922 – werd in het artikel 2 van het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen zelfs al opgenomen dat "[d]eze openbare instellingen of diensten worden beheerd door eene Intercommunale Commissie en zijn, behoudens de afwijkingen gesteld door deze wet, onderworpen aan al de wetsbepalingen van toepassing op de gemeenten." (eigen onderlijning).²¹¹⁹

²¹¹⁶ Art. 231 e.v. DLB.

²¹¹⁷ Advies van de Hoge Raad voor Binnenlands Bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 68.

²¹¹⁸ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 13.

²¹¹⁹ Art. 2 van het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, *Parl.St.* Kamer 1919-1920, nr. 64, 2.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

Gelet op de problemen die zijn uiteengezet in DEEL II, is dit de meest aangewezen optie: één duidelijk regelgevend kader dat samen moet worden gelezen met de statuten van de intercommunale – in plaats van de (althans bij de Vlaamse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden) inachtneming van zowaar drie wetgevingsinstrumenten (het DLB, het WVV en de omzendbrief van 2003) – dit bovenop de statuten.²¹²⁰ Boon stelde al in 1961 dat "*die dupliciteit tussen civiel karakter en commerciële rechtsvorm soms de ware publiekrechtelijke aard der vereniging uit het oog doet verliezen en een neiging in de hand werkt om de associatie zelf tot een winstgevende organisatie te doen uitgroeien. Het is ongetwijfeld deze dupliciteit, die er aanleiding toe is, dat er van overheidswege herhaaldelijk dient op gewezen te worden, dat de invloed der openbare besturen overwegend moet blijven en dat men deze aangelegenheid ook wettelijk wil regelen. Wij menen echter dat de zuiverste oplossing er zou in bestaan een gans afzonderlijke juridische vorm uit te werken voor de intercommunales." (eigen onderlijning).²¹²¹ Ook de afdeling Wetgeving van de Raad van State adviseerde in 1982 al om niet langer terug te grijpen naar private rechtsvormen en een nieuwe rechtsvorm te creëren die is aangepast aan de situatie en aan de noden van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.²¹²²*

Bij het uitwerken van een zuiver publiekrechtelijke rechtsvorm denk ik aan twee nadelen die hier mogelijk bij kunnen worden ervaren. *Enerzijds* zal er niet langer een 'geruststellend' effect uitgaan van de hantering van vennootschapsrechtelijke

²¹²⁰ In het Waalse en Brussels Hoofdstedelijk Gewest is er geen sprake van een omzendbrief, maar worden er evengoed statuten ontworpen die afwijken van de federale vennootschapswetgeving en die dienen ter aanvulling van de bepalingen in het CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018.

²¹²¹ "*Wanneer men deze mengeling van bepalingen vaststelt en daarbij bedenkt, dat de wet wel op de vorm van de handelsvennootschappen beroep doet doch er onmiddellijk aan toe voegt dat de verenigingen in geen geval hun burgerlijk karakter mogen verliezen, lijken de bepalingen nopens de juridische vorm der intercommunale verenigingen ons niet bepaald gelukkig en alleszins van aard verwarring te stichten en aanleiding te geven tot aspiraties van particuliere belangen, die niet steeds in overeenstemming zijn met de geest dezer associaties van publiek recht.*" in E. BOON, "Status en rechtsvorm van de intercommunale en super-communale nutsbedrijven, met inbegrip van de status van het personeel", *TBP* 1961, afl. 3-4, (197) 209.

²¹²² Adv.RvS bij het ontwerp van wet betreffende de intercommunales, *Parl.St.* Senaat, 1982-83, nr. 529/1, 31; J. VANHAEVERBEEK, "La nouvelle législation nationale et régionale" in E. CEREXHE, A. COOLS, X. DELGRANGE, M. DUMONT, B. JURION, P. ORIANNE en J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales. Actes du colloque du 18 novembre 1988*, Brugge, die Keure, 1989, (50) 58.

elementen in de vormgeving van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Waar bepaalde elementen uit het WVV op vandaag herkenbaar zijn voor private partijen die in contact komen met en/of deelnemen aan de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, zal dit bij een integrale *sui generis*-rechtsvorm niet langer het geval zijn. Dit lijkt echter een louter psychologisch element te zijn zonder veel inhoudelijke betekenis. *Anderzijds* vergt de creatie van een integrale *sui generis*-rechtsvorm een inspanning van de gewestelijke regelgevers. Dit is uiteraard een eenmalige inspanning waarbij bovendien inspiratie kan worden gezocht bij bijvoorbeeld de Vlaamse autonome gemeentebedrijven en de 'publiekrechtelijke' OCMW-verenigingen, of de OCMW-vereniging in het Waalse Gewest – alle drie entiteiten waarbij de organieke regelgever al in een zuiver publiekrechtelijke vormgeving voorziet.

Aanbeveling 9: Verantwoordelijkheid bij de gemeenten

382. Gemeenten als ontwerper – VANDER PUTTEN vat samen dat "*la Belgique connaît un modèle d'intercommunalité intermédiaire, soit entre un modèle d'intercommunalité de pur 'droit public' avec un cadre financier rigide et développé et un modèle d'intercommunalité 'souple' fondé sur une entière liberté des collectivités territoriales, où les statuts fixeraient l'essentiel des règles.*".²¹²³ Een vierde idee dat voor de volledigheid kan worden geopperd is om *de gemeenten zelf* meer verantwoordelijkheid te geven.²¹²⁴ De gemeenten zouden kunnen voorzien in een eigen uitwerking via de statuten van hun intergemeentelijk samenwerkingsverband. Voordelen hiervan zijn een vormgeving op maat die volledig is afgestemd op de wens van de deelnemende gemeenten en voorziet in een grote gemeentelijke autonomie. Nadelen zijn het gebrek aan uniformiteit tussen de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, de rechtsonzekerheid ten aanzien van (rechts)personen die met hen in aanraking komen, en het risico dat dergelijke verantwoordelijkheid het petje van de personen werkzaam in deelnemende gemeenten te boven gaat.

²¹²³ N. VANDER PUTTEN, "Les conditions du capitalisme public intercommunal. Vers un équilibre entre efficacité et contrôle démocratique", Masterproef UCL 2017, onuitg., 55.

²¹²⁴ "Dans le cas où une association de communes dérogerait aux prescriptions des lois commerciales, il lui appartiendra de déterminer, avec l'approbation du gouvernement, la forme qu'elle compte revêtir." in X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 202-203.

383. Overeenstemming met het referentiekader – Tot slot valt het te benadrukken dat aanbeveling 7, 8 en 9 allen zijn geformuleerd met respect voor de *ratio legis* dat de hantering van het privaatrecht er louter op is gericht om de werking van het intergemeentelijk samenwerkingsverband te vergemakkelijken. Deze aanbevelingen vallen op die manier binnen het bestaande referentiekader. Door deze hantering van het privaatrecht *worden* intergemeentelijke samenwerkingsverbanden *geen* private vennootschappen – iets wat zo uitdrukkelijk werd onderbouwd door de wetgever aan het begin van de 20^{ste} eeuw: "*Ces mots signifient que les sociétés de distribution d'eau ne seront pas des sociétés commerciales. Elles formeront des sociétés civiles, justiciables des tribunaux civils, n'ayant la forme des sociétés commerciales que pour la facilité de leur fonctionnement.*" (eigen onderlijning).²¹²⁵ Dit doet meteen de vraag rijzen of een meer moderne benadering van de rechtsvorm wenselijk is, en of de hypothese van de functionele benadering ook opgaat t.a.v. de rechtsvorm. Deze vragen worden hieronder beantwoord.

2.2.2. *Moderne benadering*

384. Moderne benadering aangewezen? – Geïnspireerd door de uitstap naar de Nederlandse privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en gelet op de hypothese die is vooropgesteld bij dit normatief onderzoek, wordt nagegaan of een meer moderne benadering t.a.v. de organieke bepaling dat het vennootschapsrecht suppletief van toepassing is, mogelijk is. Meer concreet rijzen er twee vragen. Enerzijds dient te worden nagegaan of een privaatrechtelijk vormgegeven intergemeentelijk samenwerkingsverband meer aangewezen is. Anderzijds rijst de vraag naar de meerwaarde van een functionele benadering t.a.v. de rechtsvorm waarbij er een pluriform kader wordt gecreëerd. Dit laatste houdt in dat er een verschillende rechtsvorm zou worden gehanteerd naargelang de doelstelling en de activiteit die het intergemeentelijk samenwerkingsverband stelt.

²¹²⁵ MvT bij le projet de loi relatif aux associations de communes et de particuliers pour l'établissement de services de distribution d'eau, *Parl.St.* Kamer 1906-07, nr. 124, 8; *Pasin.* 1907, 204.

Aanbeveling 10: Gemeenten bewandelen de privaatrechtelijke weg

385. Privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband – Uit DEEL I en DEEL II blijkt dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden tot nog toe nooit de vorm hebben aangenomen van een privaatrechtelijke vennootschap of vereniging. Daarenboven *zijn* ze geen private vennootschappen of verenigingen en zijn ze dit ook nooit geweest. Gelet op de problemen die er in DEEL II van dit proefschrift opdoken, kan de vraag worden gesteld of een zuiver private rechtsvorm niet een goede oplossing zou zijn ter optimalisering van het organiek kader. Daartoe werd inspiratie gehaald uit Nederlandse privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden: naast de mogelijkheden in de WGR kiezen Nederlandse gemeenten in het overgrote merendeel voor 'de private weg' op grond van het NBW om hun samenwerking te institutionaliseren. Wat echter blijkt, is dat privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in principe zijn onttrokken aan de toepassing van publiekrechtelijke waarborgen (cf. geen kwalificatie als bestuursorgaan). Ze zijn m.a.w. volledig onderworpen aan het privaatrecht.

Indien Belgische gemeenten de mogelijkheid krijgen om samen te werken op grond van het WVV zouden zij kunnen kiezen om bijvoorbeeld een NV, BV, CV, vzw, ... op te richten.²¹²⁶ Het intergemeentelijk samenwerkingsverband zou zo een private rechtsvorm aangemeten krijgen. Het toelaten van gemeenten om zich via privaatrechtelijke weg te verenigen zou voor de gemeenten dus verschillende keuzemogelijkheden bij creëren. Bovendien zou het aannemen van een private rechtsvorm onder meer zorgen voor een sneller privaatrechtelijk beslissingsproces, een lagere personeelskost via contractuelen, het ontbreken van

²¹²⁶ "De privaatrechtelijke weg houdt in dat de gemeente beroep doet op privaatrechtelijke rechtstechnieken, zoals het sluiten van contracten of het oprichten van of deelnemen in private rechtspersonen. De gemeente gebruikt dan – net zoals een privépersoon – de bestaande privaatrechtelijke kaderreglementeringen om een contract te sluiten of een rechtspersoon op te richten." in F. VANDENDRIESSCHE, "Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2007, afl. 1, (27) 27; "De privaatrechtelijke weg impliceert dat de gemeenten, provincies en OCMW's een rechtspersoon oprichten zonder bijzondere wettelijke machtiging en dit overeenkomstig de regels van het federale vennootschaps- en rechtspersonenrecht. Dit zou hen de mogelijkheid bieden om het specifieke decretale kader naast zich neer te leggen." in J. VANPRAET, *De latente staatsvorming*, Brugge, die Keure, 2011, 457.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

een log publiekrechtelijk statuut met een aantal inherente (bestuurskundige) verplichtingen, en bedrijfsvriendelijkheid.

Dit impliceert echter tegelijkertijd dat deze privaatrechtelijk vormgegeven intergemeentelijke samenwerkingsverbanden ontsnappen aan de toepassing van tal van publiekrechtelijke waarborgen. Zo zou o.a. de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur en de kwalificatie als administratieve overheid niet meer absoluut zijn. Aangezien de toepassing van bijvoorbeeld de wetten van de openbare dienst, de uitvoeringsimmunitet en het faillissementsrecht in België is gekoppeld is aan het begrip 'organieke openbare dienst', zouden de privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden – net zoals de bestaande publiekrechtelijke variant – volgens mij wel nog steeds aan deze waarborgen zijn onderworpen.²¹²⁷ De gewestelijke organieke regelgevers bevoegd voor intergemeentelijke samenwerking zouden ook geen grip meer hebben op deze entiteiten. De mogelijkheid om bijzondere bepalingen te voorzien in de gewestelijke regelgeving is immers uitgehold doordat de rechtsgrond voor dit privaatrechtelijk samenwerkingsverband niet in het DLB, de CDLD of de ordonnantie van 5 juli 2018 zou liggen, maar in het WVV. Het zou me verbazen dat de gewestelijke regelgever hier voorstander van zou zijn. Indien hij dit alsnog wenst, kan hij dit toelaten door die mogelijkheid op te nemen in het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018.²¹²⁸ In dat geval is er volgens mij echter opnieuw geen sprake van een zuiver private weg, maar van een privaatrechtelijke weg na publiekrechtelijke machtiging of, volgens sommige rechtsgeleerden, van een publiekrechtelijke weg die privaatrechtelijk gekleurd is.

²¹²⁷ *Supra* werd meegegeven dat er in de rechtsleer wel wat onduidelijkheid bestaat over het personele toepassingsgebied van deze wetgeving, principes en beginselen en dat er dus meerdere strekkingen zijn te onderscheiden.

²¹²⁸ "Voor de volledigheid is er verder op te wijzen dat de beperkingen of het verbod voor overheden om deel te nemen in een vzw niet steeds uitdrukkelijk moet zijn. Ook indien dit impliciet uit een regeling kan worden afgeleid, is het gebruik van de vzw verboden. Aldus is aan te nemen dat de decretale regeling inzake publiekrechtelijke intergemeentelijke verenigingen impliciet maar zeker uitsluit dat gemeenten – tenzij een specifieke wet of decreet hen dit alsnog toestaat – zich via een privaatrechtelijke vzw met elkaar verenigen om gemeenschappelijk gemeentelijke belangen te behartigen." in F. VANDENDRIESSCHE, "De overheid als oprichter, lid en/of vertegenwoordigde binnen de vzw" in M. DENEFF (ed.), *De VZW*, Brugge, die Keure, 2015, (75) 80.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

De beslissing of privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerking (en dus het aannemen van een private rechtsvorm) mogelijk is, ligt trouwens niet alleen bij de gewesten. Aangezien de rechtspraak het standpunt heeft ingenomen dat artikel 162 van de Grondwet als dwingende positiefrechtelijke regeling kan worden opgevat die de privaatrechtelijke weg afsluit²¹²⁹, zou zij ook kunnen aannemen dat samenwerking langs privaatrechtelijke weg wél mogelijk is. Er bestaat immers geen uitdrukkelijk verbod in de organieke regelgeving op privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerking. In Nederland is het in ieder geval opvallend dat het niet als onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling wordt gezien indien gemeenten langs privaatrechtelijke weg samenwerken ter behartiging van openbare belangen²¹³⁰ – hoewel ook daar een grondwetsartikel (artikel 134, tweede lid van de Nederlandse Grondwet) het verenigingsrecht voor gemeenten opneemt en voorziet dat de wet dit regelt. Wat de Belgische intergemeentelijke samenwerkingsverbanden betreft, lijkt een ander standpunt in de rechtspraak dus mogelijk.

²¹²⁹ RvS 15 september 1992, nr. 40.314, Driessens e.a.; zie ook RvS 21 december 1999, nr. 84.268, NV Van Reymenant e.a., overw. 3.4; de Raad van State oordeelde ook al gelijkaardig ten aanzien van het OCMW Wingene in RvS 9 december 2002, nr. 113.428, overw. 5.3.6-5.3.7; "Na het arrest van het Hof van Cassatie staat vast dat zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter zich verzetten tegen gemeentelijke verenigingen opgericht op grond van het private verenigings- en (allicht ook) vennootschapsrecht, tenzij een specifieke wet dit toestaat. De v.z.w.- en vennootschapswetgeving bieden de gemeenten geen voldoende grondslag om zich te verenigen om gemeentelijke doelstellingen te realiseren. (...) Artikel 162 van de Grondwet en de intercommunale wetgeving werden geacht in de weg te staan aan het gebruik van het private verenigingsrecht door de gemeenten. Er blijkt derhalve een dwingende positiefrechtelijke regeling te bestaan die de 'echte privaatrechtelijke weg' afsluit." in F. VANDENDRIESSCHE, "De oprichting van een intergemeentelijke vereniging op grond van de v.z.w.-wet en de burgerlijke rechter", *CDPK* 2003, afl. 1, (108) 110-111; F. VANDENDRIESSCHE, "Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2007, afl. 1, (27) 28; zie ook K. GEENS en L. VAN BEVER, "Bestuur en controle in de intercommunale en het autonoom gemeentebedrijf" in S. BAETEN, K. BYTTEBIER en K. LEUS (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2000, (129) 131; D. D'HOOGHE, "De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen", *T.Gem.* 1995, afl. 2, (75) 95.

²¹³⁰ D.H. DE VRIES, "De Wet gemeenschappelijke regelingen per 1 januari 2006", *Gst.* 2006, afl. 132, 2-3; zie omtrent de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon in het licht van de tweewegenleer/doorkruisingsleer: L.J.M. TIMMERMANS en J.C.E. ACKERMANS-WIJN, "Privatisering op decentraal en centraal niveau", *Gst.* 1999, 3 e.v.; zie ook R. DE GREEF, "De gemeenschappelijke regeling: onbegrepen, onbekend en onbemind!", *Gst.* 2008, afl. 107, 1: "Provincies, gemeenten en waterschappen werken veelvuldig samen om verscheidene redenen. Ze maken daarbij gebruik van het privaatrecht, maar ze doen dit eveneens via de mogelijkheden die het publiekrecht biedt."

Aanbeveling 11: Functionele/activiteitsgebonden differentiatie in organieke regelgeving m.b.t. rechtsvorm

386. Functionele tweedeling qua rechtsvorm? – Naast de optie om private rechtsvormen als keuzemogelijkheden toe te voegen aan het samenwerkingsarsenaal van de gemeenten, kan er hier ook een stap verder in worden gegaan. De organieke regelgever kan ervoor opteren om de rechtsvorm van het intergemeentelijk samenwerkingsverband te koppelen aan de doelstelling en activiteit die het samenwerkingsverband ambieert. In dat geval is er sprake van een functionele of activiteitsgebonden differentiatie m.b.t. de rechtsvorm.

Op vandaag bestaat dergelijke (publiekrechtelijke) functionele benadering eigenlijk al op een zekere manier in het Vlaamse Gewest. Afhankelijk van of er een project, de verlening van een ondersteunende dienst, of de uitvoering van duidelijk omschreven bevoegdheden wordt geambieerd, zullen de gemeenten moeten kiezen voor respectievelijk de oprichting van 1) een projectvereniging, 2) een dienstverlenende vereniging en 3) een opdrachthoudende vereniging. De organieke regelgeving tussen deze drie vormen verschilt, maar wel slechts in beperkte mate. De belangrijkste verschillen zijn bijvoorbeeld dat er enkel bij de opdrachthoudende vereniging sprake is van beheersoverdracht, dat de (verlengbare) termijn van een projectvereniging zes jaar bedraagt en van een dienst- en opdrachthoudende vereniging achttien jaar, dat de projectvereniging uitsluitend over een raad van bestuur beschikt (waarin bovendien alle deelnemende gemeenten vertegenwoordigd zijn) terwijl de dienst- en opdrachthoudende vereniging ook een algemene vergadering (en het aantal deelnemers aan de raad van bestuur is beperkt tot 15), enzovoort. Ondanks deze eerder bestuurskundige verschillen, is er naar mijn mening toch nog sprake van een *one size fits all*-benadering op juridisch vlak. Er is immers geen fundamenteel verschillende juridische behandeling naargelang de rechtsvorm waarvoor de gemeenten kiezen. Het DLB hanteert volgens mij slechts op één plaats een juridisch functionele benadering waarbij er een in meer of mindere mate *privaatrechtelijke* invloeden bestaan naargelang de doelstelling en activiteit: op grond van artikel 396, §2 jo. 452 kunnen privaatrechtelijke rechtspersonen onder bepaalde voorwaarden deelnemen aan een samenwerkingsverband in de afval- en energiesector. Daarnaast voorziet artikel 422 van het DLB dat uittreding ten

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

gevolge van een gebiedsuitwisseling onder bepaalde voorwaarden wel mogelijk is ten aanzien van bepaalde opdrachthoudende verenigingen in de energie- en watersector.

Vervolgens rijst de vraag of het aangewezen zou zijn om in het organiek kader een functionele/activiteitsgebonden differentiatie in organieke regelgeving te voorzien, waarbij de rechtsvorm bijvoorbeeld publiekrechtelijk(er) of privaatrechtelijk(er) is naargelang de doelstelling/activiteit die wordt uitgeoefend. Dergelijke functionele/activiteitsgebonden differentiatie bestaat op dit moment al enigszins bij de OCMW-verenigingen en bij de federale autonome overheidsbedrijven (zie resp. *supra* 1.1. en 1.2.). Die differentiatie gaat echter niet zover als hier wordt beoogd aangezien het bij OCMW-verenigingen en federale autonome overheidsbedrijven gaat om differentiatie tussen, enerzijds, *zuiver* publiekrechtelijke rechtsvormen en, anderzijds, *hybride* publiekrechtelijke rechtsvormen. In deze aanbeveling wordt echter nagegaan of er een piste kan worden bewandeld waarbij het organiek kader voorziet in, enerzijds, *zuiver publiekrechtelijke* rechtsvormen en, anderzijds, *zuiver privaatrechtelijke* rechtsvormen, en het gebruik ervan afhankelijk stelt van de realisatie van bepaalde doelstellingen/activiteiten. De hybride *sui generis*-rechtsvorm wordt niet in deze piste betrokken, wegens het uitmaken van een onwenselijke wetgevingstechniek.

Bij deze piste zou het idee zijn om een *zuiver publiekrechtelijke rechtsvorm* te voorzien voor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die 'traditionele' doelstellingen in het gemeentelijk belang behartigen en een *privaatrechtelijke rechtsvorm* voor de commerciële/economische doelstellingen die ze in het gemeentelijk belang behartigen. Naar aanleiding van de eerste kaderwet werd in 1922 al gesteld dat een publiekrechtelijke vorm met 'staatskenmerken' beter aansluit bij politieke en administratieve doelstellingen, en een privaatrechtelijke rechtsvorm bij het nastreven van zuiver economische belangen.²¹³¹

²¹³¹ "*Si l'association se constitue en vue d'objets d'ordre politique et administratif, les communes auront la faculté, sous l'approbation du gouvernement de déterminer librement les modalités du groupement qu'elles se proposent d'organiser ; par la force des choses, ce groupement offrira quelques-uns des traits qui caractérisent une fédération. Il incombera, bien entendu, à la prudence et à la sagacité du gouvernement*

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

Een eerste bemerking die daar direct bij kan worden gemaakt, is dat zo een dubbele rechtsvorm niet ideaal is voor het merendeel van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Dit aangezien intergemeentelijke samenwerkingsverbanden vaak een combinatie van beide soorten doelstellingen en activiteiten vooropstellen. Dit zou met zich meebrengen dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband eenzelfde publiek- of privaatrechtelijke rechtsvorm zou aannemen voor ál zijn doelstellingen en activiteiten, zowel de 'traditionele' als de 'commerciële'. Bovendien, (hoe) stel je dan de grens? Dient een intergemeentelijk samenwerkingsverband in privaatrechtelijke rechtsvorm te worden opgericht als de deelnemende gemeenten bijvoorbeeld meer dan 50% van de jaarlijkse omzet uit zuiver commerciële activiteiten (willen) halen? En hoe definieer je zuiver commerciële activiteiten? En wat als de doelstellingen en het takenpakket in de toekomst wijzigt? Dienen ze dan van rechtsvorm te veranderen? Daarnaast kan de bemerking die bij aanbeveling 10 werd geformuleerd hier worden herhaald: er gelden minder publiekrechtelijke waarborgen indien de gemeenten zouden samenwerken in privaatrechtelijke vorm en dit is mogelijk onwenselijk.

Ik stel me trouwens de vraag of de optie van een zuiver privaatrechtelijke rechtsvorm wel kan worden opgenomen in het organiek kader. Er zal in dat geval volgens mij met een machtiging moeten worden gewerkt voor de deelnemende gemeenten om een privaatrechtelijke rechtspersoon op te richten. Zoals *supra* reeds vermeld, rijst de bedenking of er dan wel nog sprake is van een zuiver private weg. Minstens is er dan sprake van een privaatrechtelijke weg na publiekrechtelijke machtiging of, volgens sommige auteurs – inclusief mezelf, zelfs van een *publiekrechtelijke weg* die privaatrechtelijk gekleurd is. De grondslag tot oprichting bevindt zich dan immers opnieuw in een specifiek decreet.

de faire prévaloir les combinaisons qui auront le plus de chance de fonctionner avec succès et sans donner lieu à des conflits. En revanche, si l'objet de l'association intercommunale est d'intérêt purement économique, il est à présumer que l'on ne s'écartera quère, à cette occasion, des types consacrés par un long usage. La société anonyme et la société coopérative fourniront ici une base solide aux constructions juridiques que l'on voudra édifier." (eigen onderlijning) in X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 202-203.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

Het voorgaande allemaal in ogenschouw genomen, lijkt de hypothese dat het organiek kader functioneel gedifferentieerd dient te zijn naargelang de doelstellingen en activiteiten van het intergemeentelijk samenwerkingsverband niet te kunnen worden geverifieerd wat de rechtsvorm van het intergemeentelijk samenwerkingsverband betreft. Van bij de aanvang van dit onderzoek dacht ik eigenlijk dat dit een ideale optie zou zijn. Wat mij betreft, wordt er echter best gekozen voor een *zuiver publiekrechtelijke rechtsvorm*. Voor alle duidelijkheid wil dit niet zeggen dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband niet op andere vlakken een functioneel gedifferentieerde behandeling kan krijgen (cf. aanbeveling 3 en 6). Dit betekent enkel dat de *rechtsvorm* moeilijk te differentiëren is naargelang de doelstelling en activiteit. *Infra* onder 2.3. wordt er nog verder ingegaan op het idee dat de organieke regelgever – afhankelijk van de doelstelling en activiteit – in meer of mindere mate gebruik maakt van het privaatrecht.

2.2.3. *Samenvatting*

Rechtsvorm – Conservatieve benadering

A7 – Dynamische verwijzing behouden, mits verduidelijking	
Voordelen	Nadelen
1) Anticiperen op toekomstige wijzigingen federaal vennootschapsrecht 2) Duidelijk dat het gaat om hybride <i>sui generis</i> -rechtsvormen	1) Afhankelijkheid t.a.v. federale wetgever (onwenselijke wetgevingstechniek) 2) Blijvende onduidelijkheid over concrete toepassing WVV op IGS
A8 – Uitwerken integrale <i>sui generis</i>-rechtsvorm	
Voordelen	Nadelen
1) Komaf met precare verhouding WVV en IGS 2) Gewestelijke regelgever te allen tijde volledige zeggenschap over vormgeving	1) Komaf met 'geruststellend' effect van vennootschapsrechtelijke elementen

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

<ul style="list-style-type: none"> 3) In lijn met standpunt Raad van State, afdeling Wetgeving omtrent wetgevingstechniek van regelgeving door verwijzing 4) (Ev. beperkte werklust voor gewestelijke regelgever mits invoeren gemeenterecht als suppletief recht) 	<ul style="list-style-type: none"> 2) (Eenmalige) inspanning van gewestelijke regelgevers
A9 – Verantwoordelijkheid bij de gemeenten	
Voordelen	Nadelen
<ul style="list-style-type: none"> 1) Vormgeving op maat van elk intergemeentelijk samenwerkingsverband 2) Meer gemeentelijke autonomie 	<ul style="list-style-type: none"> 1) Gebrek aan uniformiteit tussen intergemeentelijke samenwerkingsverbanden 2) Rechtsonzekerheid ten aanzien van (rechts)personen geconfronteerd met intergemeentelijke samenwerkingsverbanden 3) Mogelijk moeilijke taak voor gemeenten

Rechtsvorm – Moderne benadering

A10 – Gemeenten kunnen privaatrechtelijke weg bewandelen	
Voordelen	Nadelen
<ul style="list-style-type: none"> 1) Meer keuzemogelijkheden voor gemeenten 2) 'Geruystellend' effect van privaatrecht voor private sector 3) Voordelen van het privaatrecht, bv. sneller beslissingsproces, lagere personeelskost, bedrijfsvriendelijkheid 4) Komaf met nadelen van het bestuursrecht, bv. ontbreken van log publiekrechtelijk statuut 5) Geen decreet-ordonnantiwijziging nodig 	<ul style="list-style-type: none"> 1) Verminderde toepassing waarborgen van het bestuursrecht 2) Uithollen mogelijkheid tot publiekrechtelijke vormgeving in gewestelijke organieke regelgeving 3) Gewestelijke regelgever heeft niet langer grip

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

(wijziging standpunt rechtspraak volstaat)	
A11 – Functionele/activiteitsgebonden differentiatie in organieke regelgeving m.b.t. rechtsvorm	
Voordelen	Nadelen
<ul style="list-style-type: none"> 1) (Deels) gelijkaardig aan organiek kader verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijke welzijn, en federale autonome overheidsbedrijven 2) Komaf met hybriditeit t.a.v. rechtsvorm 	<ul style="list-style-type: none"> 1) <i>Quasi</i> onuitvoerbaar als combinatie aan doelstellingen/activiteiten 2) Verminderde toepassing waarborgen van het bestuursrecht (private rechtsvorm) 3) Machtiging zorgt voor publiekrechtelijke weg(?) 4) Afhankelijkheid t.a.v. federale wetgever (private rechtsvorm)

Rechtsvorm – Krachtlijn

K3	Ingrijpen t.a.v. wetgevingstechniek van hybride vormgeving
-----------	---

2.3. Doel en activiteiten

387. Doelstellingen en activiteiten *niet* in het gemeentelijk belang – In DEEL II werd duidelijk dat het gemeentelijk belang onbepaald is, maar niet onbegrensd is. De doestellingen en activiteiten die het intergemeentelijk samenwerkingsverbanden kunnen ambiëren, zijn begrensd door het gemeentelijk belang *ratione personae*, *ratione loci* en *ratione materiae*. Ondanks deze drie afgelijnde theoretische uitgangspunten, is er in de praktijk sprake van doelstellingen en activiteiten van (filialen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die het toetsingskader te buiten gaan. Deze overschrijden het gemeentelijk belang als wezenskenmerk van de intergemeentelijke samenwerking, net zoals er rechtspraak is van de Raad van State en statuten worden opgesteld die niet met dit toetsingskader te rijmen valt. Het zwaartepunt van de sterk economische, commerciële en vaak zelfs concurrentiële doelstelling of activiteit, bevindt zich in dat geval niet meer in het behartigen van de belangen van de inwoners, maar ligt in het economisch marktgericht optreden vanuit een ondernemingsperspectief en met een winstogmerk.

Er moet telkens een *in concreto*-beoordeling van de doelstellingen en activiteiten gebeuren. Maar over het algemeen lijkt de uitoefening van economische en commerciële activiteiten zoals en in de mate waarin dit vandaag de dag gebeurt moeilijk verzoenbaar te zijn met de geest van de intercommunalewetgeving (cf. "*intercommunes mogen zich niet laten leiden door 'de geest van winst'*"²¹³²). Het feit dat bepaalde intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (concurrentiële) economische activiteiten (op een markt) uitvoeren, zorgt dat ze intussen onder het functioneel vormgegeven personele toepassingsgebied van allerlei wetgeving vallen – dit buiten de wil van de gewestelijke regelgever om.

²¹³² X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 204-206.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

2.3.1. *Conservatieve benadering*

Aanbeveling 12: Decretaal verduidelijken conservatieve benadering en begrenzings van 'gemeentelijk belang'

388. Benadrukken en verduidelijken van toetsingskader – Een eerste aanbeveling voor de decreet- en ordonnantiegever is om de benadering en de begrenzings die 'het gemeentelijk belang' stelt aan het optreden van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden te benadrukken. Op vandaag bestaat er klaarblijkelijk onvoldoende duidelijkheid over waar het optreden van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden moet eindigen – iets wat in de hand wordt gewerkt door een *contra legem*-beoordeling door de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Het feit dat er *quasi* niets wordt ondernomen tegen doelstellingen en activiteiten die het gemeentelijk belang overstijgen noch door toezichthoudende overheden, noch door concurrerende private bedrijven, noch door de gemeenten – staat ongetwijfeld in direct verband met deze onduidelijkheid.²¹³³

Een oplossing is dat de begrenzings van het gemeentelijk belang worden benadrukt en verduidelijkt door het toetsingskader dat is uitgewerkt in DEEL II (*supra* nr. 310) op te nemen in de organieke regelgeving:

- 1) **Decretale verankering begrenzing gemeentelijk belang *ratione personae*** – Vooreerst is het aangewezen dat de organieke wetgever in het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 opneemt dat de doelstellingen en de activiteiten van de intercommunale ten goede moeten komen aan de *inwoners van de deelnemende gemeenten*. Dit kan

²¹³³ In het eindrapport van de parlementaire onderzoekscommissie die in het leven is geroepen naar aanleiding van het Publifinschandaal, werd als aanbeveling vooropgesteld om het toezicht ook effectief uit te oefenen: "*Exercer effectivement la compétence de tutelle de conformité à l'intérêt général prévue par la Constitution et les décrets, notamment pour garantir que l'objet social et les activités des intercommunales et leurs filiales respectent le cadre prévu pour leur action (intérêt communal, objets déterminés, mission de service public et délibérations des conseils communaux en cas d'obligations supplémentaires ou de diminution de leurs droits)*", zie *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin*, Parl.St. W.Parl. 2016-17, nr. 861/1, 35.

bijvoorbeeld worden opgenomen in artikel 389 van het DLB²¹³⁴, in artikel L1512-3 van de CDLD²¹³⁵, en in artikel 52 van de ordonnantie van 5 juli 2018²¹³⁶. Daarbij moet er vervolgens wel worden nagedacht over hoe de pragmatische uitzondering dat het sporadisch aanbieden van diensten of activiteiten aan niet-inwoners op het grondgebied van de deelnemende gemeenten eventueel decretaal kan worden toegelaten (bv. doelstellingen en activiteiten in het kader van een intergemeentelijke bibliotheek). Strikt juridisch valt dit immers niet binnen het gemeentelijk belang, waardoor een creatieve oplossing nodig zal zijn. Minstens zullen de deelnemende gemeenten dit moeten voorzien in de statuten van het intergemeentelijk samenwerkingsverband, aangezien de intercommunale gelet op het specialiteitsbeginsel enkel kan optreden ter behartiging van de specifieke doelstellingen vastgelegd in haar statuten.²¹³⁷

- 2) **Decretale verankering begrenzing gemeentelijk belang *ratione loci*** – Daarnaast valt het aan te bevelen dat het decretaal wordt voorzien dat de doelstellingen en activiteiten van het intergemeentelijk samenwerkingsverband beperkt zijn tot het grondgebied van de deelnemende gemeenten. Hiertoe kan bijvoorbeeld een extra lid worden

²¹³⁴ Art. 389 DLB zou als volgt kunnen worden ingevuld: "*Met het oog op de gemeenschappelijke behartiging van doelstellingen van gemeentelijk belang kunnen twee of meer gemeenten ten behoeve van de inwoners van de deelnemende gemeenten, onder de voorwaarden, vermeld in deze titel, samenwerkingsverbanden tot stand brengen met of zonder rechtspersoonlijkheid, met of zonder beheersoverdracht.*" (voorstel van toevoeging onderlijnd).

²¹³⁵ Art. L1512-3 CDLD zou als volgt kunnen worden ingevuld: "*Plusieurs communes peuvent, dans les conditions prévues par le présent Livre, former au profit des résidents des communes participantes des associations ayant des objets déterminés d'intérêt communal.*" (voorstel van toevoeging onderlijnd).

²¹³⁶ Art. 52 ordonnantie van 5 juli 2018 zou als volgt kunnen worden ingevuld: "*Meerdere gemeenten kunnen ten behoeve van de inwoners van de deelnemende gemeenten binnen de voorwaarden bepaald in deze titel verenigingen vormen met een welbepaald doel van gemeentelijk belang.*" (voorstel van toevoeging onderlijnd).

²¹³⁷ R. WILKIN, *Précis du droit communal*, Brussel, Bruylant, 1959, 118; K. LEUS en J. DEBIÈVRE, "De gemeente en de publiek-private samenwerking" in S. VANSTEENKISTE en L. VENY (eds.), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, (61) 129; (525) 426-427; R. MAES, "Doeleinden" in R. MAES, F. DE MOT, J. DE POVER, L. DE SCHEPPER, A. DESSOY, M. LINT en C. PERPETTE, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (299) 322.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

toegevoegd aan artikel 389 van het DLB²¹³⁸, aan artikel L1512-3 van de CDLD²¹³⁹, en aan artikel 52 van de ordonnantie van 5 juli 2018²¹⁴⁰.

Daarbij mag niet worden vergeten dat de Vlaamse decreetgever die decretale verduidelijking twintig jaar geleden reeds zelf had vooropgesteld. In 2000 was in artikel 3 van het voorontwerp van het DIS nog uitdrukkelijk opgenomen dat, ongeacht de gekozen formule van samenwerking, het principe van toepassing is dat "*het werkingsgebied [van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden] wordt bepaald door het grondgebied van de deelnemende gemeenten*".²¹⁴¹ Zoals hierboven reeds uiteengezet, is deze bepaling op aanraden van de afdeling Wetgeving van de Raad van State weggelaten in het uiteindelijk aangenomen decreet aangezien 'deze bepaling een evidentie bevestigt'.²¹⁴² Die evidentie blijkt achteraf dan blijkbaar toch niet zo vanzelfsprekend te zijn, wat een decretale verankering/verduidelijking van de territoriale begrenzing verantwoordt.

- 3) **Decretale verankering begrenzing gemeentelijk belang *ratione materiae*** – Tot slot is het aangewezen dat de gewestelijke regelgever ook de beperking *ratione materiae* van het gemeentelijk belang t.a.v. de intercommunale decretaal verankert. In het licht van het referentiekader (*supra* nr. 318), kan het feit dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband nooit een doel dat of een activiteit die essentieel,

²¹³⁸ Het derde lid van art. 389 DLB zou als volgt kunnen worden ingevuld: "*Het werkingsgebied van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden is beperkt tot het grondgebied van de deelnemende gemeenten.*".

²¹³⁹ Het derde lid van art. L1512-3 CDLD zou als volgt kunnen worden ingevuld: "*Le fonctionnement des intercommunales est limité au territoire des communes participantes.*".

²¹⁴⁰ Het tweede lid van art. 52 ordonnantie dan 5 juli 2018 zou als volgt kunnen worden ingevuld: "*Het werkingsgebied van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden is beperkt tot het grondgebied van de deelnemende gemeenten.*".

²¹⁴¹ Art. 3 van het voorontwerp van decreet tot regeling van de intergemeentelijke samenwerking in het Vlaamse Gewest, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 26.

²¹⁴² Adv.RvS bij het voorontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 137-138; in de memorie van toelichting wordt bevestigd dat de redactie van de tekst van art. 3 rekening houdt met de opmerkingen van de Raad van State, zie MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 12.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

hoofdzakelijk of uitsluitend commercieel of industrieel is, mag vooropstellen en dat het niet een in hoofdzaak of uitsluitend privaat belang mag nastreven, worden opgenomen in de organieke regelgeving. Aan het decreet kan bovendien worden toegevoegd dat de intercommunale geen winstoogmerk mag vooropstellen en dat het niet voldoende is dat de doelstellingen en activiteiten de gemeente louter financieel ten goede (kunnen) komen. De begrenzing *ratione materiae* kan worden verduidelijkt in bijvoorbeeld artikel 389 van het DLB²¹⁴³, in artikel L1512-3 van de CDLD²¹⁴⁴, en in artikel 52 van de ordonnantie van 5 juli 2018²¹⁴⁵.

Hoe duidelijker de grens wordt gemaakt tussen, enerzijds, een doelstelling of activiteit van economisch gemeentelijk belang en, anderzijds, een doelstelling of activiteit die een zuiver economisch of commercieel oogpunt heeft en die het gemeentelijk belang overstijgt, hoe beter. Nu kan er immers toch wat twijfel ontstaan of de grens is dat er wordt opgetreden op een markt, of de grens is dat er door het nastreven van die doelstelling of het uitvoeren van die activiteit sprake is van concurrentie met de private sector, of de grens is dat er een activiteit wordt uitgevoerd die ook door private ondernemingen wordt uitgevoerd, enzovoort.

²¹⁴³ Aan art. 389 DLB zou een vierde lid kunnen worden toegevoegd: "*De intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kunnen nooit doelstellingen of activiteiten verrichten die essentieel, hoofdzakelijk of uitsluitend commercieel of industrieel zijn, kunnen niet een in hoofdzaak of uitsluitend privaat belang nastreven en kunnen geen winstoogmerk vooropstellen. Het is niet voldoende dat een doel of activiteit een louter financieel voordeel oplevert.*".

²¹⁴⁴ Aan art. L1512-3 CDLD zou een derde lid kunnen worden toegevoegd: "*Les intercommunales ne peuvent jamais mener des objectifs ou des activités essentiels, principalement ou exclusivement commerciaux ou industriels, ne peuvent poursuivre un intérêt essentiellement ou exclusivement privé, et ne peuvent poursuivre un but lucratif. Il ne suffit pas qu'un objectif ou une activité produise un simple avantage financier.*".

²¹⁴⁵ Aan art. 52 van de ordonnantie van 5 juli 2018 zou een tweede lid kunnen worden toegevoegd: "*De intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kunnen nooit doelstellingen of activiteiten verrichten die essentieel, hoofdzakelijk of uitsluitend commercieel of industrieel zijn, kunnen niet een in hoofdzaak of uitsluitend privaat belang nastreven en kunnen geen winstoogmerk vooropstellen. Het is niet voldoende dat een doel of activiteit een louter financieel voordeel oplevert.*".

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

Hoewel het met het oog op efficiëntie en optimalisatie wenselijk kan zijn om een beperkt aantal zuiver commerciële of economische doelstellingen en activiteiten toe te laten, is het stellen van 'bijkomstige zuiver commerciële activiteiten' (cf. *contra legem* oordeel van de Raad van State) vanuit een conservatieve benadering niet te verzoenen met de materiële beperking van het gemeentelijk belang. Dit toelaten zou, zuiver dogmatisch benaderd, de initieel bedoelde grens *ratione materiae* van het gemeentelijk belang overschrijden. Andere oplossingen zijn mogelijk maar zouden in ieder geval buiten het bestaande referentiekader vallen zijn dus in te passen in een moderne benadering van het gemeentelijk belang (zie *infra* 2.3.2.).

Zonder het gemeentelijk belang dat een open begrip is ook effectief te gaan invullen – wat immers afbreuk zou doen aan de lokale autonomie – zou er door de bovenstaande begrenzingen decretaal te verankeren *meer duidelijkheid* worden gecreëerd. Het intergemeentelijk samenwerkingsverband zelf, de deelnemende gemeenten, de rechtsonderhorige, concurrerende private bedrijven, de toezichhoudende overheid, en de rechter die zich over discussies op intergemeentelijk niveau dient uit te spreken, zouden hier gebaat mee zijn – behalve natuurlijk de intercommunale die buiten de lijntjes wil kleuren. Hoewel er in theorie niets wijzigt ten opzichte van de huidige realiteit, zouden de toezichhoudende overheid en de Raad van State door de begrenzingen van het gemeentelijk belang te benadrukken en te verduidelijken in de organieke regelgeving in ieder geval al meer grip krijgen op de intergemeentelijke activiteiten. Tot slot mag niet worden vergeten dat publiekrechtelijke rechtspersonen het algemeen belang moeten ambiëren en dat de wettelijke specialiteit van een rechtspersoon de openbare orde raakt. Iedere belanghebbende kan de nietigheid van de handeling die het wettelijk doel te buiten gaat, opwerpen.²¹⁴⁶

²¹⁴⁶ D. VAN GERVEN, "Grondslagen van het rechtspersonenrecht", *TPR* 2020, (887) 912; D. VAN GERVEN, "Het oogmerk is verouderd", *TRV* 2012, (371) 371: "Elke handeling in strijd met dit oogmerk is absoluut nietig."

Aanbeveling 13: Regering bepaalt doelstellingen/activiteiten van gemeentelijk belang

389. Bepalen doelstellingen/activiteiten van gemeentelijk belang o.b.v. kerntakendebat – Het gebrek aan een definitie, een lijst, een duidelijke invulling van het gemeentelijk belang, werkt de onzekerheid over de begrenzingen van het gemeentelijk belang en de doelstellingen en activiteiten die de intercommunales mogen vooropstellen, in de hand. De gemeentelijke autonomie en het ideologisch gewicht van deze discussie bemoeilijken de begripsinvulling. In dat opzicht zou de decreetgever ook het omgekeerde kunnen doen van aanbeveling 12. In plaats van te voorzien waar het gemeentelijk belang eindigt, zou hij kunnen voorzien dat de Vlaamse, Waalse of Brussels Hoofdstedelijke Regering de doelstelling en taken van gemeentelijk belang waarvoor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kunnen worden opgericht, nader kunnen bepalen. Hiertoe zou er dan wel eerst moeten worden overgegaan tot een fundamenteel kerntakendebat. Persoonlijk lijkt me dit een discussie die politici eigenlijk niet veel langer uit de weg kunnen gaan. De nood aan een kerntakendebat was trouwens ook een vaak terugkomende bezorgdheid bij de aanneming van het DIS in 2001 in het kader van de afschaffing van private deelnamemogelijkheden: er zou een kerntakendebat moeten plaatsvinden en pas daarna zou er kunnen worden geopteerd voor zuivere intercommunales.²¹⁴⁷ De Hoge Raad wees ook al op het feit dat de afbakening van de gemeentelijke belangensfeer niet eenvoudig is en dat dit wijst op de noodzaak van het voeren van een kerntakendebat.²¹⁴⁸

Deze oplossing zou ongetwijfeld voor heel wat duidelijkheid zorgen, maar zou slechts een statische oplossing zijn die minder toekomstbestendig is. Aangezien het gemeentelijk belang een evolutief begrip is (zie *supra* nr. 63), zouden de respectievelijke regeringen zich om de zoveel tijd moeten bezinnen over de

²¹⁴⁷ Dit is ook het standpunt dat de SERV aanhoudt, zie Advies over de intergemeentelijke samenwerking van de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen (SERV), *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 97-99; net zoals de Hoge Raad, zie Advies van de Hoge Raad voor Binnenlands Bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 65 en de MiNa-Raad, zie Advies op hoofdlijnen van de MiNa-Raad, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 54-55.

²¹⁴⁸ Zoals aangehaald in MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 8.

oplijsting van taken van gemeentelijk belang. Bovendien lijkt dit op het eerste gezicht minder wenselijk te zijn in het licht van de gemeentelijke autonomie. Aangezien de gemeentelijke autonomie echter inherent beperkt is tot het gemeentelijk belang en aangezien de respectievelijke regering enkel zouden oplijsten wat van gemeentelijk belang is, zou de gemeentelijke autonomie mijns inziens gevrijwaard blijven.

390. Analogie met gemeentelijke extern verzelfstandigde agentschappen

– Die toevoeging aan het DLB, CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 zou analoog zijn aan de bepaling waarin artikel 225, eerste paragraaf van het DLB reeds voorziet t.a.v. de gemeentelijke extern verzelfstandigde agentschappen. Dit artikel voorziet dat de gemeentelijke extern verzelfstandigde agentschappen "*diensten zijn met een eigen rechtspersoonlijkheid die door de gemeente worden opgericht of waarin de gemeente deelneemt en die belast zijn met welbepaalde beleidsuitvoerende taken van gemeentelijk belang. Vanuit hun taak voor de beleidsuitvoering kunnen de gemeentelijke extern verzelfstandigde agentschappen ook betrokken worden bij de beleidsvoorbereiding. De Vlaamse Regering kan de taken van gemeentelijk belang nader bepalen waarvoor gemeentelijke extern verzelfstandigde agentschappen kunnen worden opgericht of waarin ze kunnen deelnemen." (eigen onderlijning).*

391. Analogie met decreet 14 december 1789

– Het valt te vermelden dat artikel 50 van het decreet van 14 december 1789 betreffende de samenstelling der gemeenten in het verleden reeds werd aangevoerd als argument tegen intergemeentelijke verenigingen in de economisch-industriële sector, als bevattende een impliciet verbod op het stellen van handelsdaden.²¹⁴⁹ Dit artikel somde namelijk op wat er behoorde tot 'de gemeentelijke macht' en 'het stellen van handelsdaden' was hier niet onder begrepen.²¹⁵⁰ Aanbeveling 13 zou niet zo ver gaan dat er een wettelijke invulling van het gemeentelijk plaatsvindt, hoewel dit eigenlijk ook een optie zou zijn.

²¹⁴⁹ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 38.

²¹⁵⁰ A. GIRON, *Le droit administratif de la Belgique*, Brussel, Bruylant, 1881, 119.

Krachtlijn 4: Effectief uitoefenen toezicht en benutten van controlemogelijkheden

392. Rol voor toezichthoudende overheden & deelnemende gemeenten –

De toezichthoudende overheid en de deelnemende gemeenten treden nauwelijks op tegen doelstellingen en activiteiten van 1) (filialen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en 2) uitgevoerd via participaties van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in private bedrijven, indien deze doelstellingen en activiteiten niet verzoenbaar zijn met het gemeentelijk belang (zie over de toets van doelstellingen en activiteiten van intergemeentelijke filialen aan het gemeentelijk belang *supra* DEEL II, 3.4.1.).

Het belang van het effectief benutten van reeds bestaande oplossingen kan dan ook niet genoeg worden benadrukt. Toezichthoudende overheden moeten hun toezichttaken die reeds decretaal verankerd zijn ten volle uitoefenen. Daarnaast is het ook aan de gemeenteraden en schepenen van de deelnemende gemeenten om hun controleopties op hun samenwerkingsverbanden effectief aan te wenden. Dit is (in theorie althans) een eenvoudige manier om in te grijpen t.a.v. de problemen die uit DEEL II bleken aangezien dit geen decretaal optreden behoeft.

In DEEL II werd meegegeven dat sommigen – waaronder de toezichthoudende overheid – stellen dat doelstellingen en activiteiten van filialen of van intergemeentelijk samenwerkingsverbanden die participeren in een andere entiteit (bv. in een privaat bedrijf) die het gemeentelijk belang overschrijden 'niet aan te pakken' is. Dit klopt volgens mij echter niet. Als we terugkeren naar het uitgangspunt bij de intercommunalisatie, mag een intergemeentelijk samenwerkingsverband volgens de organieke regelgeving (en op grond van andere (grond)wettelijke bepalingen) eenvoudigweg geen ander belang nastreven dan het gemeentelijk belang. Een filiaal dat zij opricht op grond van diezelfde wetgeving, mag dan ook niet méér doen dan de 'moederintercommunale'. Ook mag de intercommunale niet plots een niet-gemeentelijk belang nastreven als zij participeert in een privaat bedrijf. *Supra* werd het duidelijk dat als er geen toezicht op wordt uitgeoefend of er geen klacht tegen het handelen van het intergemeentelijk samenwerkingsverband in het filiaal wordt ingediend, hier op

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

dit moment nauwelijks iets kan tegen worden ondernomen. Ook al treedt een intercommunale die het gemeentelijk belang niet behartigt hierdoor on(grond)wettelijk op²¹⁵¹ en is die overheidshandeling "*in strijd met haar aard en systeemvreemd*"²¹⁵², toch blijft de onwettigheid bestaan en – meer nog – zal de intercommunale in een 'zweem' van onwettigheid ageren (zie *supra* nr. 312 e.v.).

Hoewel er een cruciale rol is weggelegd voor de toezichthoudende overheid in dit verhaal, is het in de eerste plaats aan de gemeenteraden en schepenen van de deelnemende gemeenten om de controle op de beslissing en o.a. de geldstromen en de financiering van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en hun (sub-)filialen en participaties sterk op te voeren. De deelnemende gemeenten zouden hun zeggenschap en controlemogelijkheden die ze in theorie hebben, in de praktijk meer moeten opeisen en benutten. De techniciteit van de materies en dossiers waarmee intercommunales en hun filialen zich inlaten, bemoeilijkt die controle, maar een goede ondersteuning van de gemeenteraadsleden en bijgevolg een diligent optreden indien er sprake is van een overschrijding van het gemeentelijk belang, kan bijdragen tot de oplossing voor de bestaande uitwassen (bv. het voorkomen van incidenten zoals de investeringen door Fluxys in gaspijpleidingen in Brazilië).²¹⁵³

In 1922 werd tijdens de parlementaire bespreking door VISART DE BOCARMÉ gehamerd op de cruciale rol van de gemeenten en de toezichthoudende overheid: "*Nous devons faire confiance au Gouvernement, en espérant qu'il n'approuvera pas des sociétés dont le caractère serait absolument commercial; nous pouvons espérer aussi que les communes elles-mêmes sauront défendre leurs droits et*

²¹⁵¹ Zie bv. "*Ofwel is het doel van de associatie het gemeentelijk belang en dan kan enkel de rechtsvorm van de intercommunale aanvaard worden, ofwel is het doel van de associatie niet het gemeentelijk belang en dan is het verband tussen de gemeenten ongrondwettelijk*" (eigen onderlijning) in K. LEUS en J. DEBIÈVRE, "De gemeente en de publiek-private samenwerking" in S. VANSTEENKISTE en L. VENY (eds.), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, (61) 140, vn. 284 en daar daar aangehaalde rechtspraak van de Raad van State.

²¹⁵² S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 63.

²¹⁵³ I. CARLENS, M. DECOCK, F. VANDENDRIESSCHE, S. VAN GARSSE, J. VOETS en D. VOS, *Juridisch-bestuurskundig onderzoek – Evaluatie van het organiek kader voor verzelfstandiging en samenwerking*, Agentschap Binnenlands Bestuur, 2021.

leurs intérêts." ²¹⁵⁴ Vrij vertaald moet er vertrouwen zijn in de overheid in de hoop dat zij geen intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zal goedkeuren die een volledig commercieel karakter hebben en er wordt op gerekend dat ook de gemeenten zélf hun rechten en belangen zullen verdedigen. Ook DE CLERCK benadrukte de rol van de toezichthoudende overheid: "*De toezichthoudende overheid heeft daarbij ook het recht zich om opportuniteitsredenen tegen de oprichting van concurrerende interkommunales te verzetten en namelijk, wanneer de instelling niet van onontbeerlijk belang voor de onderhorigen wordt geacht*". ²¹⁵⁵

Aanbeveling 14: Uitbreiden van toezicht en controlemogelijkheden

393. Tegenstrijdige evolutie van afbouw toezicht – Het is bijzonder opvallend dat er in het Vlaamse Gewest in het kader van het initiatief tot regiovorming is beslist tot de afbouw van het toezicht op intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Specifiek t.a.v. *nieuwe* samenwerkingsverbanden die binnen de grenzen van de vastgestelde referentieregio's vallen, wordt het bestuurlijk goedkeuringstoezicht afgeschaft en vervangen door een meldings- en publicatieplicht en een voorafgaand niet-bindend advies van het Agentschap Binnenlands Bestuur (ABB) voor oprichtingen en statutenwijzigingen. T.a.v. *bestaande* intercommunales wordt het goedkeuringstoezicht op statutenwijzigingen eveneens afgeschaft. De meldings- en publicatieplicht en het voorafgaand niet-bindend advies van het ABB bij een statutenwijziging komt in de plaats. "*Deze principes zullen worden verankerd en verder uitgewerkt naar aanleiding van de aanpassing van het decreet over het lokaal bestuur in 2022.*", aldus de nota aan de Vlaamse Regering betreffende de regiovorming. ²¹⁵⁶

In DEEL II werd duidelijk dat heel wat doelstellingen en activiteiten van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op vandaag het gemeentelijk belang overstijgen. De afbouw van het toezicht gaat dan ook lijnrecht in tegen de

²¹⁵⁴ Discussie in de Kamer van volksvertegenwoordigers over het wetsvoorstel betreffende de vereeniging van gemeenten tot nut van 't algemeen, Pasin. 1922, 32.

²¹⁵⁵ D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 79.

²¹⁵⁶ Nota aan de Vlaamse Regering betreffende de Regiovorming – afbakening referentieregio's en vervolgttraject, *Parl.St.* VI.Parl. nr. 187/1*quinquies*, 9-10.

tegenstrijdige evolutie waarbij in de praktijk net noodkreten worden geslaakt over het gebrek aan grip op het handelen van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en hun filialen. Die politieke beslissing is betreurenswaardig, zeker gelet op het nu al geringe optreden van een toezichthoudende overheid die haar volle potentieel niet benut. Het is te benadrukken dat het organiseren van toezicht op onwettelijkheden geen inperking inhoudt van de gemeentelijke autonomie – iets wat (lokale) politici soms precies verkeerd voor lijken te hebben. De Vlaamse decreetgever komt hierdoor bovendien terug op de tendens tot versterking van het toezicht, en meer bepaald op zijn eigen optreden in 2017 toen hij met het DLB een goedkeuringstoezicht invoerde op de mogelijkheid voor de dienstverlenende en opdrachthoudende vereniging om een participatie te nemen in een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersoon.

In het Waalse en het Brussels Hoofdstedelijke Gewest is er daarentegen geen sprake van een afbouw van het toezicht, integendeel. Het Waalse Gewest stelde door de parlementaire onderzoekscommissie n.a.v. het Publifin-schandaal net dat het toezicht niet sterk genoeg kan zijn (zie het volgend randnummer), gesterkt door een unanieme verontwaardiging t.a.v. de aan het licht gekomen uitwassen van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.²¹⁵⁷

²¹⁵⁷ Door de parlementaire onderzoekscommissie die werd opgericht n.a.v. het Publifin-schandaal werd bv. gesteld dat er in het Waalse Gewest een bijzonder goedkeuringstoezicht moet worden *ingevoerd* op de beslissing om doelstellingen aan filialen toe te vertrouwen: "*Organiser une tutelle spéciale d'autorisation sur la décision de confier à une société filiale un objet qui contribue directement aux missions de service public poursuivies par la société mère, et dans cette hypothèse, assurer que la société mère dispose bien d'un contrôle effectif de la filiale*" in *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin, Parl.St. W.Parl. 2016-17, nr. 861/1, 35*; daarnaast werd onder meer aanbevolen om het gewestelijk toezicht te herstellen: "*Rétablir sans délai, dans les faits, la tutelle pleine et entière de l'autorité régionale, y compris sur l'organisation, le fonctionnement et les statuts de l'intercommunale PUBLIFIN, en vigueur en droit depuis le 1er juillet 2014*", om het toezicht op de overeenkomsten die een intercommunale met haar dochterondernemingen afsluit te versterken: "*Renforcer la tutelle sur toutes les conventions passées par une intercommunale avec ses filiales ou entre celles-ci, de même que sur tous les contrats des cadres dirigeants des intercommunales et de leurs filiales.*", om de controle door de Rekenkamer te versterken: "*Introduire un véritable contrôle externe des finances et des structures des intercommunales, notamment aux intercommunales d'une certaine taille ainsi que celles qui seront visées par l'article L3122-3bis CDLD, via la possibilité introduite depuis*

In dat opzicht is de omvorming naar een bijzonder toezicht met niet-bindende advisering door het ABB misschien wel in het belang van het intergemeentelijk samenwerkingsverband en zijn filialen, maar zeker niet in het belang van de deelnemende gemeenten en bijvoorbeeld concurrerende bedrijven, die zichzelf des te alerter zullen moeten gaan opstellen.

394. Nood aan een uitbreiding van het toezicht? – Daarom kan er worden onderzocht of het toezicht op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, hun filialen, en participaties dient te worden uitgebreid. Op vandaag is het zo dat de toezichthoudende overheid en de deelnemende gemeenten in de feiten nauwelijks optreden tegen doelstellingen en activiteiten van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die het gemeentelijk belang overstijgen. Een verdere decretale versterking van de democratische controle op het intergemeentelijk samenwerkingsverband is een optie (bv. verplichting tot actiever terugkoppelen en navragen, verplichte naleving van beleidsstandpunten door gemeentelijke vertegenwoordigers) hoewel er hier de laatste jaren al verschillende inspanningen toe zijn gedaan²¹⁵⁸ en de eerste stap nu zou moeten zijn dat de gemeenten het heft terug zelf in handen nemen (cf. Krachtlijn 4). Gelet op die vele reeds bestaande instrumenten lijkt het decretaal uitbreiden van de gemeentelijke controlemogelijkheden t.a.v. de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden niet nodig te zijn. Dit blijkt ook uit het empirisch juridisch en bestuurskundig onderzoek dat we in 2021 hebben uitgevoerd.²¹⁵⁹ Op de versterking van de democratische controle wordt hier niet verder ingegaan, aangezien die vraag een eerder bestuurskundig en politiek antwoord behoeft en dit buiten de *scope* van dit proefschrift valt. Wat wel bijvoorbeeld nuttig kan zijn in het licht van de toezichts- en controlemogelijkheden is om een registratieplicht te voorzien zodat er op zijn minst toch een overzicht ontstaat van alle intergemeentelijke samenwerkings-

la sixième réforme de l'État de confier à la Cour des comptes de nouvelles missions de contrôle contre rémunération", enz., zie pagina 40-41 van het eindrapport.

²¹⁵⁸ Zie bv. het Waalse decreet van 29 maart 2018 tot wijziging van het Wetboek van de Plaatselijke Democratie en de Decentralisering met het oog op een sterker bestuur en een sterkere transparantie in de uitvoering van de openbare mandaten in de lokale en bovenlokale structuren en hun filialen, *BS* 14 mei 2018.

²¹⁵⁹ Zie I. CARLENS, M. DECOCK, F. VANDENDRIESSCHE, S. VAN GARSSE, J. VOETS en D. VOS, *Juridisch-bestuurskundig onderzoek – Evaluatie van het organiek kader voor zelfstandiging en samenwerking*, Agentschap Binnenlands Bestuur, 2021.

verbanden (inclusief filialen en participaties). Dit is trouwens het geval bij de Nederlandse publiekrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.²¹⁶⁰

395. *Mutatis mutandis* toepassing van toezichts- en organieke bepalingen? – Tot slot maakte de parlementaire onderzoekscommissie die is opgericht n.a.v. het Publifin-schandaal nog een interessante aanbeveling. Er werd aanbevolen om de toezichtregels en organisatorische regels die van toepassing zijn op het intergemeentelijk samenwerkingsverband *mutatis mutandis* van toepassing te maken op de filialen en op de entiteiten waarvan de meerderheid van het kapitaal wordt gecontroleerd door de lokale autoriteiten: "*Prévoir que les règles d'organisation et de tutelle applicables à l'intercommunale seront applicables, mutatis mutandis, à la filiale et à l'entité dont le capital est majoritairement contrôlé par les pouvoirs locaux*".²¹⁶¹

Over het antwoord op de vraag of er decretaal een bestuurlijk toezicht kan worden ingevoerd *op een filiaal* van een intergemeentelijk samenwerkingsverband of op de *deelname* van de intercommunale in een privaat bedrijf, zou op het eerste gezicht kunnen worden getwijfeld. Het decretaal invoeren van een bestuurlijk toezicht *op het privaat bedrijf* waarin een intercommunale participeert, kan uiteraard niet. Toch doen deze drie zaken volgens mij eigenlijk niet terzake, aangezien het bestuurlijk of administratief toezicht is beperkt tot toezicht op 'het bestuur'. VAN GARSSE geeft als definitie van het bestuurlijk toezicht dat "[d]e toezichthoudende overheid (...) over de bevoegdheid [beschikt] om de gedecentraliseerde overheden te controleren door er toezicht op uit te oefenen. Het administratief toezicht is de verzamelnaam voor het geheel van middelen waarover de toezichthoudende overheid beschikt, hetzij om de organen van de gedecentraliseerde overheden te verplichten de wet na te leven en het algemeen belang te eerbiedigen. Hetzij om hun onwil om op te treden te doorbreken." (eigen onderlijning).²¹⁶² Er bestaat geen discussie over het feit dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden gedecentraliseerde overheden zijn. Bijgevolg kan er

²¹⁶⁰ D.H. DE VRIES, "De Wet gemeenschappelijke regelingen per 1 januari 2006", *Gst.* 2006, afl. 132, 6.

²¹⁶¹ *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin*, *Parl.St. W.Parl.* 2016-17, nr. 861/1, 35.

²¹⁶² S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 131.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

mijns inziens een bestuurlijk toezicht worden voorzien op *ieder* handelen van deze intergemeentelijke samenwerkingsverbanden – dus ook indien dit handelen plaatsvindt in een filiaal of – sterker nog – in een privaat bedrijf. De bedenking kan zelfs worden gemaakt of het toezicht uitdrukkelijk dient te worden voorzien. Met dit in het achterhoofd lijkt er me eigenlijk wel iets voor te zeggen dat de toezichthoudende overheid op vandaag gewoon al kan optreden mocht ze dit willen.

Ten voordele van de duidelijkheid is het wel aan te bevelen dat de Vlaamse decreetgever het toezicht dat op vandaag bestaat op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden *mutatis mutandis* uitbreidt naar het handelen (van de vertegenwoordiger) van het intergemeentelijk samenwerkingsverband in het (sub-)filiaal of in het privaat bedrijf waarin ze participeert. De makkelijkste oplossing zou volgens mij zijn om een bestuurlijk toezicht op het handelen van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in het algemeen *decretaal* te verankeren – en dus zowel op het handelen van de bestuursorganen van de 'moederintercommunale', als op het handelen van de *bestuurders* die uit de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden worden aangewezen *in (sub-)filialen en private ondernemingen*. Hiertoe zou bijvoorbeeld de definitie in artikel 461 van het DLB kunnen worden uitgebreid.²¹⁶³

In de vorige alinea wordt er enkel gesproken over de Vlaamse decreetgever aangezien er zowel in het Waalse als in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest eenvoudigweg al is voorzien in dergelijke *mutatis mutandis* toepasselijkheid van het bestuurlijk toezicht op de filialen en participaties van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. De Publifin-onderzoekscommissie beval de decreetgever immers aan de voorwaarden van een bijzonder goedkeuringstoezicht te organiseren voor *elke participatie* door de

²¹⁶³ Art. 461 DLB zou als volgt kunnen worden ingevuld: "*In dit hoofdstuk wordt verstaan onder: 1° intergemeentelijke overheid: de bestuursorganen van de projectvereniging of dienstverlenende of opdrachthoudende vereniging en het orgaan of de vertegenwoordiger die de projectvereniging of dienstverlenende of opdrachthoudende vereniging vertegenwoordigt in (sub-)filialen en private ondernemingen, die een beslissing nemen; 2° toezichthoudende overheid: de Vlaamse Regering*" (voorstel van toevoeging onderlijnd).

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

intercommunale en haar filialen om ervoor te zorgen dat deze deelnemingen in overeenstemming zijn met het strategisch plan van de intercommunale en binnen de omvang blijven van de activiteiten van de intercommunale en haar dochterondernemingen: "*Organiser les modalités d'une tutelle spéciale d'approbation effective pour toute prise de participation de l'intercommunale et de ses filiales afin de s'assurer que ces participations s'inscrivent bien dans le plan stratégique de l'intercommunale et dans le périmètre des activités poursuivies par l'intercommunale et ses filiales*" (eigen onderlijning).²¹⁶⁴ De Waalse decreetgever had hier oor naar. In de nasleep van het Publifinschandaal ondernam het Waalse Gewest actie met het decreet van 29 maart 2018 tot wijziging van het Wetboek van de Plaatselijke Democratie en de Decentralisering met het oog op een sterker bestuur en een sterkere transparantie in de uitvoering van de openbare mandaten in de lokale en bovenlokale structuren en hun filialen.²¹⁶⁵ Dit decreet is de vertaling van de richtsnoeren die de Waalse Regering had uiteengezet in haar regionale beleidsverklaring 2017-2019 en voerde verschillende aanpassingen door aan de CDLD, waaronder de versterking van het toezicht.²¹⁶⁶ De Waalse decreetgever heeft eveneens gezorgd voor toezicht op de filialen van intercommunales en de vennootschappen waarin een intercommunale een rechtstreekse of onrechtstreekse participatie heeft.²¹⁶⁷ Interessant is dat het Grondwettelijk Hof ten aanzien van dit alles oordeelde dat, in het licht van het doel om een einde te maken aan situaties die onverenigbaar zijn met het beleid inzake bestuur en transparantie, het grondwettelijk is om controle uit te oefenen op de private/privaatrechtelijke vennootschappen die de emanatie zijn van publiekrechtelijke rechtspersonen die zelf onderworpen zijn aan de controle

²¹⁶⁴ *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin, Parl.St. W.Parl. 2016-17, nr. 861/1, 35.*

²¹⁶⁵ *BS 14 mei 2018.*

²¹⁶⁶ MvT bij project de décret modifiant le Code de la démocratie locale et de la décentralisation en vue de renforcer la gouvernance et la transparence dans l'exécution des mandats publics au sein des structures locales et supra-locales et de leurs filiales, *Parl.St. W.Parl. 2017-18, nr. 1047/1, 3.*

²¹⁶⁷ Zonder hier teveel in detail op te willen ingaan, voegde de Waalse decreetgever bijvoorbeeld een 10° toe aan artikel L5111-1 van de CDLD door 'een maatschappij met een significante lokale overheidsparticipatie' op te nemen en te definiëren, voerde hij de verplichting in om een eensluidend advies over bepaalde ontwerpbelissingen bij de 'moeder'-intercommunale in te winnen, creëerde hij de mogelijkheid om een bijzondere commissaris aan te stellen, enzovoort.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

vanwege de gewestelijke overheden.²¹⁶⁸ Dat een filiaal een privaatrechtelijke rechtspersoon zou zijn, lijkt me wel niet te kloppen (zie *supra*).

Dat toezicht kan worden ingevoerd op filialen en participaties wordt ook bevestigd door recent optreden van de Brussels Hoofdstedelijke wetgever. Meer concreet stelt artikel 90, tweede lid van de ordonnantie van 5 juli 2018: "*De artikelen 79 tot 89 zijn mutatis mutandis toepasbaar op de filialen van intercommunales*". Bovendien is in artikel 81, §1, 9° van de ordonnantie van 5 juli 2018 uitdrukkelijk voorzien dat "*[i]ntercommunales (...) hun akten door[sturen] naar de Regering als deze betrekking hebben op (...) 9° de participaties in een openbare of privéonderneming*".

Deze ingrepen zijn trouwens ook reeds uitgevoerd t.a.v. andere vormen van bestuurlijke organisatie. De wet van 26 januari 2018 tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, wat de bestuurlijke transparantie bij de dochterondernemingen van NMBS en Infrabel betreft, versterkte via artikel 25, §1 van de AOB-wet eveneens de controle op de dochterondernemingen van Infrabel en NMBS en hun vennootschappen met deelnemingsverhouding waarin de gezamenlijke overheden rechtstreeks of onrechtstreeks een controlepercentage bezitten van meer dan 50%. De volgens mij terechte redenering daarbij is dat "*de belastingbetaler – uiteindelijk niet alleen garant [staat] voor alle activiteiten van de autonome overheidsbedrijven, maar bovendien ook voor de dochterondernemingen van deze overheidsbedrijven*".²¹⁶⁹

Aangezien er op vandaag slechts een beperkt aantal bepalingen in het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 is voorzien die de participatiemogelijkheden van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden regelen²¹⁷⁰, zou de decreet- en ordonnantiegever er bovendien voor kunnen opteren om in een meer uitgebreide juridische omkadering te voorzien voor deze

²¹⁶⁸ GwH 15 januari 2020, nr. 9/2020, B.30.1.

²¹⁶⁹ MvT bij het wetsontwerp betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *Parl.St.* Kamer 1989-90, nr. 1287/1, 4-5.

²¹⁷⁰ Respectievelijk art. 472 DLB, art. L1512-5 CDLD en art. 63 ordonnantie van 5 juli 2018.

deelnamemogelijkheden en daarbij verder te gaan dan enkel de bepalingen inzake het toezicht *mutatis mutandis* toe te passen, maar ook organisatorische regels in te schrijven zoals de parlementaire onderzoekscommissie vooropstelde. Aangezien filialisering eigenlijk *out of scope* van dit proefschrift is geplaatst, wordt hier niet verder op ingegaan, maar dit zou ongetwijfeld een nuttig voorwerp zijn van verder onderzoek.

Aanbeveling 15: Statuten conformeren aan specialiteitsbeginsel

396. A priori zekerheid over doel en activiteiten – Een vijfde mogelijkheid om ervoor te zorgen dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband het gemeentelijk belang niet overstijgt, betreft de statuten. Het is aan te bevelen gemeenteraden van de deelnemende gemeenten die de statuten(wijzigingen) dienen goed te keuren hier voldoende aandacht aan besteden. In DEEL II bleek immers dat er op dit ogenblik 'problematische' statuten van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden bestaan aangezien ze te vaag en te ruim zijn opgesteld en op die manier een miskenning en een omzeiling van het specialiteitsbeginsel met zich meebrengen.²¹⁷¹

De deelnemende gemeenten moeten erop toezien dat de statuten op zo een manier zijn geformuleerd dat het *a priori* met zekerheid kan worden gesteld welke concrete doelstellingen, werkzaamheden en activiteiten de intercommunale zal vooropstellen en ontplooien. Dit vergt wel wat inspanningen van de gemeenten en de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, maar anderzijds is er geen aanpassing van het organiek kader nodig om dit te bewerkstelligen terwijl dit de positie van velen versterkt. Indien een intergemeentelijk samenwerkingsverband vervolgens wil overgaan (ev. via een filiaal of een participatie) tot een doelstelling of activiteit die *niet* in de statuten vermeld staat, zal er immers een terugkoppeling

²¹⁷¹ K. LEUS en J. DEBIÈVRE, "De gemeente en de publiek-private samenwerking" in S. VANSTEENKISTE en L. VENY (eds), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, (61) 141, vn. 288: "Daarnaast kan het doel van de intercommunale zo vaag omschreven zijn dat het formeel gerespecteerde specialiteitsbeginsel materieel onbestaande is. Men stelt zich terecht de vraag of er geen intercommunales zijn die door hun activiteiten eerder tot het commerciële domein dan tot dat van de openbare dienstverlening behoren?", met verwijzing naar A. DESSOY, "Les intercommunales en Belgique", *Bull.Cr.Comm.* 1993, afl. 1, 6.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

met de deelnemende gemeenten moeten plaatsvinden waarbij de gemeenten kunnen bepalen of ze dit alsnog toelaten via een statutenwijziging of niet.

Dit statutenprobleem doet zich al jaren voor. HAUTPENNE omschreef dit in de jaren zestig van de vorige eeuw reeds als een 'structureel probleem' aangezien er "*vooral in twee sectoren intercommunales [werden] opgericht waarvan het doel niet meer zo nauwkeurig afgebakend is als de wetgever wel zou bedoeld hebben.*", nl. de sectoren van de ruimtelijke ordening en de economische expansie.²¹⁷² Meer nauwkeurige statuten zou tegemoet komen aan de wil van de organieke regelgever. In de artikelsgewijze bespreking bij het DIS werd die wil nog uitdrukkelijk verwoord: "*Qua doelstellingen is niet alleen een duidelijke omschrijving vereist, maar kan er ook geen sprake zijn van een verwoording die hetzij de bedoelde activiteit uitbreidt naar alle mogelijke, ook nog ongekende, toepassingen, hetzij een reeks activiteiten zodanig bundelt dat een quasi-onbeperkt optreden op het maatschappelijk veld mogelijk wordt.*"²¹⁷³

Aanbeveling 16: Sanctiemogelijkheden voorzien

397. Administratieve of strafrechtelijke sancties bij niet naleven regelgeving – Bij de evaluatie van het bestaande organiek kader in DEEL II werd het duidelijk dat de toezichthoudende overheid of rechter soms geen uitspraak *kan* doen over een intergemeentelijk samenwerkingsverband dat het gemeentelijk belang overstijgt. Als er geen toezicht op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden bestaat (cf. regiovorming) en er geen klacht of beroep tegen de handeling wordt ingesteld, kan er verder niets worden ondernomen tegen een intercommunale die het gemeentelijk belang niet behartigt. Dit ondanks dat ze in een 'zweem' van onwettigheid handelt door on(grond)wettelijk op te

²¹⁷² P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 72-74.

²¹⁷³ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 18.

treden²¹⁷⁴ en een overheidshandeling stelt die "*in strijd [is] met haar aard en systeemvreemd [is]*".²¹⁷⁵

Ook de parlementaire onderzoekscommissie die werd opgericht n.a.v. het Publifin-schandaal merkte op dat er in de organieke bepalingen niets is voorzien van administratieve of strafrechtelijke sancties t.a.v. onwettige beslissingen en handelingen, en doet een oproep om dergelijke sancties in te voeren.²¹⁷⁶ Het voorzien van een bestraffingskader in het geval de wetgeving niet wordt nageleefd, zou het buiten de lijnen kleuren door de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kunnen temperen. Het overschrijden van het gemeentelijk belang zou in dat geval ook effectief kunnen worden bestraft – naast uiteraard het ingrijpen o.b.v. de bestaande controlemechanismen (nl. bestuurlijk toezicht en jurisdictioneel beroep). Intercommunales die bepaalde doelstellingen en activiteiten ontwikkelen die niet van gemeentelijk belang zijn, zouden de eer aan zichzelf moeten houden en dergelijke doelstellingen en activiteiten moeten overlaten aan marktwerking. De dreiging van een sanctie zou hen hiertoe kunnen aanzetten.

²¹⁷⁴ Zie bv. "*Ofwel is het doel van de associatie het gemeentelijk belang en dan kan enkel de rechtsvorm van de intercommunale aanvaard worden, ofwel is het doel van de associatie niet het gemeentelijk belang en dan is het verband tussen de gemeenten ongrondwettelijk*" (eigen onderlijning) in K. LEUS en J. DEBIÈVRE, "De gemeente en de publiek-private samenwerking" in S. VANSTEENKISTE en L. VENY (eds.), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, (61) 140, vn. 284 en daar daar aangehaalde rechtspraak van de Raad van State.

²¹⁷⁵ S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 63.

²¹⁷⁶ "*Sans préjudice des décisions et actes illégaux évoqués dans ce rapport et qui devront faire l'objet de poursuites par les autorités compétentes, la commission d'enquête a constaté l'absence de sanctions administratives ou pénales spécifiques en cas de non-respect de certaines dispositions légales. Cela n'exonère d'aucune responsabilité les personnes qui ont pris des décisions, qui ont commis des actes ou qui ont adopté des comportements contraires à la loi et à l'éthique. Cela contribuera toutefois à prévenir d'autres dérives à l'avenir. En conséquence, la commission d'enquête adresse une recommandation générale au Gouvernement wallon et demande de produire une étude sur l'instauration de sanctions administratives ou pénales en cas de violation du cadre légal. Cette étude devra notamment contribuer à la création d'un nouveau chapitre de sanctions dans le Code de la démocratie locale et de la décentralisation et dans les décrets relatifs aux marchés régionaux de l'électricité et du gaz.*" (eigen onderlijning) in *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin*, Parl.St. W.Parl. 2016-17, nr. 861/1, 64.

Opnieuw kan hier inspiratie worden gevonden bij de federale autonome overheidsbedrijven. In het beheerscontract kan namelijk een stelsel van sancties worden opgenomen. MATTHIJS verduidelijkt dit: "*Zo kan het voorschrijven dat de niet-uitvoering door het bedrijf van een bepaalde prestatie een zekere vermindering van de toelage zou inhouden of een bepaalde verhoging van de vergoeding. Het zou eveneens in de storting van verwijlinteresten door de ene of de andere partij kunnen voorzien, onverminderd de straffen van gemeen recht.*".²¹⁷⁷ Voormelde auteur wijst t.a.v. de federale autonome overheidsbedrijven wel – terecht – op de vraag "*of de politiek benoemde raad van bestuur de staat durft aan te pakken. Er bestaat ook zoiets als hernieuwing van mandaten.*".²¹⁷⁸ De politieke angst voor de postjes zullen hier op gemeentelijk niveau ook mogelijk in meespelen. Het feit dat de gemeentelijke mandatarissen de 'gewone' controlemogelijkheden bovendien al niet benutten, kan in twijfel trekken of deze sanctiemogelijkheden wel effectief zullen worden toegepast. Dit laatste zou volgens mij kunnen worden opgelost door in de organieke wetgeving op te nemen dat een handeling nietig is indien de bepalingen in het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 niet zijn nageleefd. Concreet zou dit bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat CEVI vzw, een samenwerkingsverband tussen gemeenten dat op vandaag gewoon voort bestaat *naast* het DLB en ten aanzien waarvan de toezichthoudende overheid onterecht overtuigd is niet te kunnen optreden, vanzelf met nietigheid zou zijn behept. Een dergelijke nietigheidsbepaling was bijvoorbeeld te vinden in artikel 36 van het decreet van 5 december 1996 houdende de intercommunales.²¹⁷⁹

²¹⁷⁷ H. MATTHIJS, "De federale overheidsbedrijven: een analyse van de Wet van 21 maart 1991", *TBP* 2000, afl. 6, (425) 427.

²¹⁷⁸ H. MATTHIJS, "De federale overheidsbedrijven: een analyse van de Wet van 21 maart 1991", *TBP* 2000, afl. 6, (425) 427.

²¹⁷⁹ Art. 36: "*Le tribunal de première instance du siège de l'intercommunale peut prononcer, à la requête soit d'un associé, soit d'un tiers intéressé, soit de l'autorité administrative ayant le contrôle de l'intercommunale dans ses attributions, la dissolution de toute intercommunale qui n'aurait pas modifié ses statuts dans le délai prévu au paragraphe précédent.*".

Aanbeveling 17: Verbieden van filialisering en participatie in private vennootschappen

398. Verbod op filialisering en participatie (indien vennootschap) – Een meer verregaande mogelijkheid om de problemen die uit DEEL II bleken t.a.v. de verplichting van de gemeenten om samen te werken met het oog op de gemeenschappelijke behartiging van doelstellingen van gemeentelijk belang te remediëren, is om de filialisering en de participatie door intercommunales in private bedrijven te verbieden. Dit verbod zou in te passen zijn in het referentiekader.

Een verbod op filialisering en participatie zou geen nieuw gegeven zijn. In het verleden was het reeds zo dat de minister van Binnenlandse Zaken via twee omzendbrieven, een van 5 mei 1941 en een van 29 oktober 1953, benadrukte dat het, ondanks het ontbreken van een *wettelijk* verbod, verboden was voor een intercommunale die is opgericht op grond van de kaderwet om deel te nemen aan de oprichting van commerciële particuliere ondernemingen of private handelsvennootschappen (zie ook *supra* nr. 398). In 1953 werd al aangegeven dat dergelijke deelname van intercommunales immers een "gevaar [vormt] voor het algemeen belang (...) en aanleiding kan geven tot de toepassing van [het toezicht zoals voorzien in] artikel 12 der wet van 1 maart 1922" (eigen onderlijning).²¹⁸⁰ Redenen die werden aangehaald ter rechtvaardiging van het verbod waren onder meer het *gebrek aan administratief toezicht* op de private handelsvennootschappen. Het algemeen belang verzet zich ertegen dat de gemeenten bepaalde *rechten zouden moeten afgeven* ten voordele van een privéonderneming of dat er beslissingen kunnen worden genomen *tegen de wil* van de gemeenten in. Volgens de minister van Binnenlandse Zaken speelde er bovendien een *belangenconflict* omdat het risico bestaat dat de vertegenwoordiger van de intercommunale die als bestuurder in de private handelsvennootschap wordt aangeduid, als openbare mandataris zou kunnen delen in de winst.²¹⁸¹

²¹⁸⁰ Omz. van 29 oktober 1953, *Bestuursmemoriaal der provincie Brabant*, 20 november 1953, 812-813.

²¹⁸¹ Omz. van 5 mei 1941, *Rev.comm.* 1954, afl. 79, (106) 106; Omz. van 29 oktober 1953, *Rev.comm.* 1954, afl. 79, (106) 106-107 en X., "Deelneming aan de oprichting van

Dit verbod bestaat vandaag niet meer, integendeel. De filialiserings- en participatiemogelijkheid is wettelijk voorzien in de drie gewesten, maar de vraag kan wel worden gesteld of de volgens mij terechte bezorgdheden die zeventig jaar geleden werden geuit intussen zijn verdwenen. Gelet op het feit dat de meeste kritiek wordt geuit t.a.v. het economisch optreden van filialen en van entiteiten waarin intercommunales participeren, was het niet onlogisch dat er vroeger een algemeen verbod bestond op de deelname van de intercommunale in private rechtspersonen. Dat het private bedrijf dat wordt opgericht als filiaal of waarin de participatie wordt genomen zuiver commerciële activiteiten stelt en een winstoogmerk vooropstelt, is nu eenmaal moeilijk verzoenbaar met het gemeentelijk belang dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband moet nastreven. Er lijkt een patstelling te bestaan waarbij de vraag rijst naar de verzoenbaarheid van het gemeentelijk belang (in hoofde van de intercommunale) en het vennootschapsbelang (in hoofde van de private rechtspersoon), aangezien een intercommunale (volgens de traditionele invulling van het gemeentelijk belang) geen winst *mág* nastreven en een vennootschap net winst *moét* nastreven.²¹⁸² De parlementaire onderzoekscommissie wees er op dat "*[c]es deux objectifs peuvent être considérés en soi comme légitimes, mais ce qui ne ressort pas à des objets déterminés d'intérêt communal doit trouver un autre fondement dans un cadre plus approprié, par exemple au niveau de l'initiative publique régionale, et un certain nombre d'activités doivent être réexaminées.*" (eigen onderlijning).²¹⁸³ Volgens mij valt het te betwijfelen of dergelijke participatie eigenlijk wel past binnen de geest van de intergemeentelijk samenwerking. Bovendien stelde de Raad van State, afdeling Wetgeving in 1996 dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband enkel aandelenbeleggingen kan doen die rechtstreeks in het gemeentelijk belang zijn. Dat de participatie louter kan

private handelsvennootschappen", *De Gem.* 1953, afl. 50, (413) 413; D. DE CLERCK, *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 176-178.

²¹⁸² Zie omtrent de moeilijke verhouding tussen beiden: S. BAETEN en A. FRANCOIS, "Vennootschapsbelang en (versus?) algemeen belang. Enige verkennende beschouwingen over de invulling van het vennootschaps(?)belang in overheidsondernemingen" in S. BAETEN, K. BYTTEBIER en K. LEUS, *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen, Maklu, 2000, 15-62.

²¹⁸³ *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin, Parl.St. W.Parl.* 2016-17, nr. 861/1, 35.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

bijdragen aan de verwezenlijking van het gemeentelijk belang is niet voldoende.²¹⁸⁴

Een verbod op de oprichting van filialen en de participatie in private bedrijven kan de overschrijding van het gemeentelijk belang door intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voorkomen. Een volledig verbod op participatie in private bedrijven lijkt me trouwens niet nodig te zijn om de doelstellingen en activiteiten van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden binnen het gemeentelijk belang *ratione personae* te houden. Mogelijk volstaat het om participaties *niet* toe te laten in *vennootschappen*, maar enkel in *verenigingen*. Die laatste hebben immers niet zoals een vennootschap het bezorgen of de uitkering van vermogensvoordelen als doel, maar worden gedefinieerd als entiteiten die een belangeloos doel nastreven en – op straffe van nietigheid – geen vermogensvoordeel mogen uitkeren of bezorgen, behalve voor het bepaald belangeloos doel.²¹⁸⁵ In dat geval zou er t.o.v. die *verenigingen* meer dan t.o.v. *private vennootschappen* sprake zijn van doelcongruentie. Concreet zou dit bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat IVAGO een participatie zou kunnen nemen in de Kringwinkels in Gent aangezien deze vzw's zijn²¹⁸⁶, maar niet in Indaver aangezien dit een (naamloze) vennootschap is²¹⁸⁷. Op die manier zou er noodgedwongen meer dan dit op dit moment het geval is enkel kunnen worden geïnvesteerd door het intergemeentelijke samenwerkingsverband in rechtspersonen waarvan de deelname ook effectief bijdraagt aan het gemeentelijk belang.

²¹⁸⁴ Adv.RvS 9 september 1996, nr. 25.379/2, *Parl.St.* W.Parl. 1996-97, nr. 167/2-3.

²¹⁸⁵ Art. 1:2 WVV: "*Een vereniging wordt opgericht bij een overeenkomst tussen twee of meer personen, leden genaamd. Zij streeft een belangeloos doel na in het kader van één of meer welbepaalde activiteiten die zij tot voorwerp heeft. Zij mag rechtstreeks noch onrechtstreeks enig vermogensvoordeel uitkeren of bezorgen aan de oprichters, de leden, de bestuurders of enig andere persoon behalve voor het in de statuten bepaald belangeloos doel. Elke verrichting in strijd met dit verbod is nietig.*".

²¹⁸⁶ Zie <https://www.staatsbladmonitor.be/bedrijfsfiche.html?ondernemingsnummer=0442423037>; <https://www.dekringwinkel.be/centrum/25/page/over-ons.html>.

²¹⁸⁷ Zie <https://www.staatsbladmonitor.be/bedrijfsfiche.html?ondernemingsnummer=0427973304>.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

Dit verbod op de oprichting van filialen en de participatie in private vennootschappen zou bovendien naadloos passen in de intentie van het Vlaamse Gewest in het kader van de Regiovorming, nl. een einde maken aan de verrommeling die er vandaag de dag bestaat. Vlaams minister van Binnenlands Bestuur Bart Somers verduidelijkte dat "*er vandaag maar liefst 2200 en nog meer interlokale samenwerkingsverbanden zijn, altijd met andere gemeenten, over andere taken, vaak opgelegd door Vlaanderen of federaal, een ondoorzichtig kluwen. Wel, dat willen we net stroomlijnen, vereenvoudigen, daar willen we er ook een aantal van afschaffen, zodat je een veel transparantere samenwerking kunt hebben voor lokale besturen (...)*".²¹⁸⁸

Het nadeel dat het verbod op filialisering en participatie in private rechtspersonen is dat dit tot een inkomstenverlies en verlies van *know how* kan leiden op het intergemeentelijk niveau. Dit kan volgens mij echter (met wat goede wil) makkelijk worden geredieerd door in de plaats meer in zetten op private deelname in het intergemeentelijk samenwerkingsverband en op andere manieren om *input* en *know how* binnen te halen. Hiertoe kan de Vlaamse decreetgever de private deelnemingsmogelijkheden in het intergemeentelijk samenwerkingsverband uitbreiden tot *alle* sectoren en dit niet langer beperken tot de energie- en afvalsector – een keuze die trouwens bovendien nog louter politiek te verantwoorden is. In het Waalse en Brussels Hoofdstedelijke Gewest is private deelname reeds mogelijk in intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in alle sectoren, net zoals dit bijvoorbeeld het geval is t.a.v. zowel de publiek- als privaatrechtelijke Nederlandse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Aangezien de private deelname gebeurt in het intergemeentelijk samenwerkingsverband dat maar op 'één niveau' verwijderd is van de deelnemende gemeenten, is het risico op excessen sterk ingeperkt. Bovendien moet er ook niet al te zwaarwichtig worden gedaan over dergelijke private deelname. Een tiental jaar terug in de tijd, is Electrabel NV uitgetreden uit het

²¹⁸⁸ De Ochtend vrijdag 5 maart 2021, Radio 1 (vanaf 1:42:53), via <https://radioplus.be/#/radio1/herbeluister/c283ad79-8f4d-11e3-b45a-00163edf75b7/bfc43e2a-7d8a-11eb-89f9-02b7b76bf47f/>.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

intergemeentelijk samenwerkingsverband GASELWEST.²¹⁸⁹ Toen het DIS in 2001 voorzag dat private deelname onmogelijk zou zijn vanaf december 2018, werd de deelname van Electrabel nog absoluut noodzakelijk geacht voor de werking van de intercommunale.²¹⁹⁰ Achteraf gezien is het wel degelijk gelukt om de intergemeentelijke werking succesvol verder te zetten, los van enige private participatie in het intergemeentelijk samenwerkingsverband. *A fortiori* zal een succesvolle voortzetting van de intergemeentelijke activiteit ongetwijfeld ook mogelijk zijn zonder de deelname *door* intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in private vennootschappen. De *know how* die intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in de voorbije decennia hebben opgebouwd, is vaak zelfs niet te evenaren door private bedrijven.²¹⁹¹

Volgende de memorie van toelichting bij het DIS was "*de deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen een stap (...) die verantwoord wordt door het verdwijnen van de gemengde sector.*".²¹⁹² Die verantwoording gaat niet meer op indien private bedrijven kunnen deelnemen aan intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. In het rechtshistorisch onderzoek werd al gewezen op het feit dat ook de Hoge Raad problemen zag in de combinatie van het principiële verbod op gemengde structuren en de mogelijkheid dat verenigingen zelf wel kunnen deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen.²¹⁹³ Achteraf gezien, was de vrees van de Hoge Raad dat er onvoldoende waarborgen zijn om de gemeenten meer sturing te laten geven aan de publiek-private samenwerking, terecht.²¹⁹⁴ Volgens de Hoge Raad zal "*deze vertegenwoordiging in bedrijven, waarvan sommigen met een steeds meer internationale allure, eerder symbolisch zal*

²¹⁸⁹ Zie ook MvT bij het ontwerp van decreet tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 668/1, 4.

²¹⁹⁰ Dit blijkt uit gesprekken met het Agentschap Binnenlands Bestuur (ABB).

²¹⁹¹ I. CARLENS, M. DECOCK, F. VANDENDRIESSCHE, S. VAN GARSSE, J. VOETS en D. VOS, *Juridisch-bestuurskundig onderzoek – Evaluatie van het organiek kader voor verzelfstandiging en samenwerking*, Agentschap Binnenlands Bestuur, 2021.

²¹⁹² MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 10.

²¹⁹³ Ook in de rechtsleer wordt er gewezen op de moeilijkheden die dergelijke participatie met zich meebrengt, zie onder meer J. DEBIÈVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, (91) 160-162.

²¹⁹⁴ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 8.

zijn."²¹⁹⁵ De Vlaamse regering counterde die bewering toen – volgens mij op een naïeve manier – door te stellen dat "*effectieve controle en sturen geen zaak is van alleen maar decretale bepalingen, maar in de eerste plaats van persoonlijke inzet en verantwoordelijkheid. Alleszins zal zij met de grootste omzichtigheid ieder verzoek tot deelneming van een vereniging in een privaatrechtelijk bedrijf onderzoeken.*"²¹⁹⁶

Tot slot werd tijdens de artikelsgewijze bespreking in 2000 nog gesteld dat het niet kan "*dat een dienstverlenende of opdrachthoudende vereniging samen met een privaatrechtelijke rechtspersoon een andere rechtspersoon opricht op grond van dit artikel of dat zij toetreedt tot een privaatrechtelijke rechtspersoon met de klaarblijkelijke bedoeling te ontsnappen aan de decretale regeling voor de intergemeentelijke samenwerking.*"²¹⁹⁷

Krachtlijn 5: Verstrengen van filialisering en participatie in private vennootschappen en verbieden van sub-filialisering

399. Verstrenging filialisering en participatie – De afweging of een volledig verbod op filialisering of participatie nodig is, ligt in de handen van de gewestelijke regelgever. Indien dit alternatief als te verregaand aan de kant zou worden geschoven, dient de organieke regelgever minstens afgezwakt in te grijpen. De gewestelijke regelgever dient de regels/voorwaarden omtrent de filialisering en participatie door intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in private vennootschappen te verstrengen, dit bijvoorbeeld naar analogie met het autonoom gemeentebedrijf. In artikel 240, §5 van het DLB is voorzien dat "*het autonoom gemeentebedrijf (...) andere rechtspersonen [kan] oprichten, erin [kan] deelnemen of zich erin [kan] laten vertegenwoordigen, als dat past in zijn opdrachten. De oprichting, deelname of vertegenwoordiging mag geen speculatieve oogmerken nastreven en gebeurt in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel, de regelgeving over de mededinging en de staatssteun en de*

²¹⁹⁵ Advies van de Hoge Raad voor Binnenlands Bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 77.

²¹⁹⁶ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 8.

²¹⁹⁷ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 23.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

voorwaarden, vermeld in de beheersovereenkomst. De beslissing tot oprichting, deelname of vertegenwoordiging toont aan dat aan de voormelde voorwaarden is voldaan." (eigen onderlijning). De organieke regelgever zou ook voor een evenwicht tussen activiteiten middels participatie en eigen doelstellingen moeten voorzien. VAN GARSSE wijst in dit verband op 'het primaat van de politiek' – het oprichten van filialen en het nemen van participaties moet uitzonderlijk blijven.²¹⁹⁸

400. Verbieden van sub-filialisering – Naar mijn mening zou er zelfs minstens een verbod op sub-filialisering decretaal moeten worden verankerd. De ongebreidelde vertakkingen die zich bij bepaalde intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (bv. bij CIPAL²¹⁹⁹) manifesteren, bemoeilijken controle en gemeentelijke grip en zorgen voor een waar kluwen van ontransparante structuren waar noch de toezichthoudende overheid, noch de burger, noch de gemeenten zelf, wijs uit raken. Wie heeft daar, andere dan het intergemeentelijk samenwerkingsverband, nog baat bij? Opvallend is dat – in tegenstelling tot het Vlaamse en Waalse Gewest – de oprichting van sub-filialen door intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest reeds uitdrukkelijk verboden is in artikel 63 van de ordonnantie van 5 juli 2018.²²⁰⁰ De ordonnantiegever wil zo voorkomen dat kunstmatige rechtsconstructies in het leven worden geroepen om te ontsnappen aan de toepassing van bepaalde wetsbeschikkingen zoals bijvoorbeeld het gemeentelijk overzicht en het toezicht.²²⁰¹ Vergeleken bij de minimale statutaire vermeldingen bepaald in de kaderwet van 1986 is de verplichting toegevoegd voor Brusselse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden om de voorwaarden te vermelden waaronder de intercommunale rechtstreeks of onrechtstreeks deelnemingen kan aangaan in privaat- of publiekrechtelijke vennootschappen, verenigingen of

²¹⁹⁸ Zie hieromtrent S. VAN GARSSE, "Verzelfstandiging en verzelfstandigde agentschappen in Vlaanderen", *Burger Bestuur Beleid* 2008, 18-22.

²¹⁹⁹ Zie voor een visuele weergave van het volledige bedrijfsnetwerk van CIPAL Schaubroeck NV:
<https://www.staatsbladmonitor.be/bedrijfsnetwerk.html?ondernemingsnummer=0664474051>.

²²⁰⁰ Art. 63, *in fine* ordonnantie van 5 juli 2018: "*De oprichting van sub-filialen is verboden.*".

²²⁰¹ MvT bij het ontwerp van ordonnantie betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten, *Parl.St.* Br.H.Parl. 2017-18, nr. A-576/1, 34.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

instellingen die een maatschappelijke doel nastreven dat verenigbaar is met het hare en de wijze van toezicht op deze filialen.²²⁰² De Vlaamse decreetgever wil trouwens eveneens een verbod op sub-filialisering decretaal verankeren in het DLB t.a.v. de welzijnsvereniging.²²⁰³ Dergelijk verbod zou dus aansluiten bij een reeds bestaande evolutie.

In aanbeveling 14 werd reeds geopperd om bijvoorbeeld de bepalingen inzake het toezicht op intergemeentelijke samenwerkingsverbanden *mutatis mutandis* van toepassing te verklaren op (Vlaamse) filialen en participaties in private rechtspersonen. Bovendien werd toen al gesteld dat de decreetgever daar ook verder in kan gaan door ook hier ook organisatorische regels in te schrijven, zoals de Publifin-parlementaire onderzoekscommissie bovendien vooropstelde.

2.3.2. *Moderne benadering*

401. Moderne benadering aangewezen? – Gelet op de maatschappelijke en juridische ontwikkelingen en daaruit voortvloeiende problemen die in DEEL II zijn uiteengezet, kunnen er bedenkingen worden geformuleerd bij de 'conservatieve' of 'traditionele' invulling van het gemeentelijk belang. De initiële invulling van het gemeentelijk belang ter afbakening van de intergemeentelijke bevoegdheid zoals omschreven in het toetsingskader (*supra* nr. 310) dateert reeds van een eeuw geleden.

In 2.3.1. werd er nagedacht over manieren om de bestaande (onwettige) doelstellingen en activiteiten van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden terug in overeenstemming te brengen met het referentiekader (en dus ook met het toetsingskader van het gemeentelijk belang). Waar aanbevelingen 12-17 en krachtlijn 4-5 zijn opgesteld met respect voor de fundamentele basisprincipes van intergemeentelijke samenwerking en dus met de conservatieve benadering van 'het gemeentelijk belang', rijst de (eerder ideologische) vraag of er vandaag niet

²²⁰² MvT bij het ontwerp van ordonnantie betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten, *Parl.St.* Br.H.Parl. 2017-18, nr. A-576/1, 32.

²²⁰³ Voorstel van decreet tot wijziging van deel 3, titel 4, hoofdstuk 1 en 2, van het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur, *Parl.St.* Vl.Parl. 2020-21, nr. 558/1.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

moet worden uitgegaan vanuit een meer moderne benadering en moderne begrenzings van het gemeentelijk belang. Aan deze meer moderne benadering zijn immers andere aanbevelingen te koppelen.

Aanbeveling 18: Bepalen en decretaal verduidelijken moderne benadering en begrenzings van 'gemeentelijk belang'

402. Omarmen moderne begrenzings van het 'gemeentelijk belang' –

Een eerste bedenking daarbij is of het strenger optreden zoals vooropgesteld *supra* 2.3.1. wel nodig is indien een meer moderne benadering met bijhorende moderne begrenzings van het gemeentelijk belang wordt omarmd. Het lijkt er immers op dat de doelstellingen en activiteiten die intergemeentelijke samenwerkingsverbanden – en overheidsrechtspersonen in het algemeen – mogen vooropstellen tegenwoordig niet meer zo conservatief worden benaderd.

Wat de *personele* en *territoriale* beperking van het gemeentelijk belang betreft, is er te wijzen op de hierboven besproken rechtspraak van de Raad van State (zie *supra* nr. 280 e.v.). Volgens de Raad van State is het toegelaten dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband ook ten voordele van inwoners van niet-deelnemende gemeenten optreedt buiten het grondgebied van de deelnemende gemeenten. Waar dergelijk optreden niet mogelijk is in het licht van de *ratio legis* van de organieke regelgeving omtrent intergemeentelijke samenwerking, zou ik dit wel kunnen begrijpen als *ratio legis* intussen is gewijzigd/gemoderniseerd. Bovendien wordt er ook niet opgetreden als intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (of hun filialen) overgaan tot internationale investeringen en in bijvoorbeeld Zuid-Afrika bibliotheken gaan automatiseren. Dit wordt uiteindelijk blijkbaar gewoon aanvaard. Ook t.a.v. tal van andere soorten overheidsrechtspersonen wordt internationaal optreden geaccepteerd.

Wat de *materiële* beperking van het algemeen/gemeentelijk belang betreft, kan het feit dat bijvoorbeeld autonome federale overheidsbedrijven blijkbaar *quasi* oeverloos zuiver commerciële en economische activiteiten kunnen stellen, maar dat ook OCMW-verenigings, autonome gemeentebedrijven, en eigenlijk ook 'onze' intergemeentelijke samenwerkingsverbanden al die doelstellingen en

activiteiten zomaar kunnen ondernemen, er op wijzen dat de visie van de wetgever (lees: de politiek) op wat de rol is van de overheid, is geëvolueerd. De visie op (de begrenzings van) het gemeentelijk en het algemeen belang lijkt bijgevolg ook te zijn geëvolueerd. De commerciële taakstelling wordt niet enkel door de vingers gezien maar bovendien ook wettelijk gestimuleerd. Niet enkel de AOB-wet voorziet in de uitdrukkelijke mogelijkheid om commerciële doelstellingen te ambiëren en economische taken te behartigen, maar ook bijvoorbeeld de Programmawet van 21 december 1994 houdende sociale en diverse bepalingen, voorziet dat gemeenten rechtstreeks kunnen participeren in energiebedrijven.²²⁰⁴ Tal van participaties worden in de feiten dan ook louter genomen – en blijkbaar ook toegelaten – met het oog op financiële voordelen, denk maar aan de recente Fluxys-investering.²²⁰⁵ Het idee dat de overheid zich enkel met privé-activiteiten kan inlaten als het privé-initiatief te kort schiet of machteloos staat²²⁰⁶, is reeds lang verlaten. De initiële *ratio legis* van het gemeentelijk belang heeft plaatsgemaakt voor een moderne benadering die dan ook best wordt omarmd in het recht.

403. Welke moderne begrenzingsen? – Indien de ideologische discussie tot waar het gemeentelijk belang zich uitstrekt, wordt beslecht ten voordele van de moderne invulling²²⁰⁷, dan dient de wetgever zich wel de vraag te stellen of hij tegelijkertijd grenzen wil stellen aan het gemeentelijk belang en welke deze 'moderne' begrenzingsen zijn.

²²⁰⁴ Art. 180, eerste lid Programmawet van 21 december 1994 houdende sociale en diverse bepalingen, BS 23 december 1994: "*De gemeenten kunnen rechtstreeks of onrechtstreeks participeren in bedrijven voor produktie, vervoer en distributie van energie.*".

²²⁰⁵ Zie hieromtrent *supra* nr. 305.

²²⁰⁶ V. DE TOLLENAERE, *Nouveau commentaire de la loi communale*, Brussel, Larcier, 1955, tome I, 285-286: "*Les communes doivent s'abstenir de se livrer à des opérations qui appartiennent essentiellement au domaine du négoce ou du commerce privé.*" (eigen onderlijning); R. WILKIN, *Précis du droit communal*, Brussel, Bruylant, 1959, 94.

²²⁰⁷ Zie omtrent dit ideologisch debat X., "Intercommunales. Réalité et symbole", *Centre Permanent Pour la Citoyenneté et la Participation (CPCP)* 2012: "*Des voix libérales d'élèvent pourtant pour mettre en évidence le caractère commercial des activités de nombreuses intercommunales. (...) De l'autre côté de l'échiquier politique, le Ministre wallon des pouvoirs locaux, Paul Furlan, s'oppose à l'imposition des intercommunales dans la mesure où les bénéfiques qu'elles engrangent feraient partie intégrante de rentrées nécessaires pour les communes et bénéficieraient ainsi aux citoyens. (...) Au-delà des préoccupations budgétaires, ce débat fait état d'une lutte idéologique dont les intercommunales sont désormais partie intégrante.*" (eigen onderlijning).

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

Op verschillende plaatsen in het recht lijken er immers dergelijke demarcaties van het overheidshandelen te bestaan die vervolgens worden gekoppeld aan een functionele juridische behandeling. De wetgever (en dus ook de organieke regelgever) zou zich door een van deze begrenzings kunnen laten inspireren. Die begrenzing kan niet enkel nuttig zijn om te bepalen wat een overheidsrechtspersoon (en dus ook een intergemeentelijk samenwerkingsverband) wel en niet mag doen, maar kan mogelijk ook van pas komen indien de wetgever beslist tot het hanteren van een functionele benadering (zie meer hierover *infra* 3.).

Zo oordeelde de Raad van State in zijn voormelde rechtspraak m.b.t. het gemeentelijk belang *ratione loci* en *materiae* dat extraterritoriale activiteiten mogelijk zijn, maar slechts indien deze *bijkomstig* zijn (zie *supra* nr. 280 e.v.). Zuiver commerciële doelstellingen en activiteiten buiten het grondgebied van de deelnemende gemeenten zijn in dat geval enkel toegelaten om efficiëntieredenen, aldus de Raad van State. De Raad van State hanteert in zijn oordeel over wat er onder een bijkomstige activiteit moet worden verstaan geen percentage maar lijkt wel enigszins aansluiting te zoeken bij het vzw-recht door aan te nemen dat de commerciële activiteit *kwantitatief ondergeschikt* en *noodzakelijk* dient te zijn.²²⁰⁸ In de intussen opgeheven WMPC werd ook teruggegrepen naar de noodzakelijkheid van de economische activiteit als criterium om te bepalen of een overheidsinstelling een onderneming is.²²⁰⁹

²²⁰⁸ RvS 5 februari 2013, nr. 222.400, met verwijzing naar het Hof van Cassatie: "Zoals reeds bekend mag een VZW geen winstoogmerk nastreven en mag zij in principe geen daden van koophandel stellen (art. 1 V&S-Wet). Het Hof van Cassatie oordeelde echter in haar arrest van 3 oktober 1996 (Cass. 3 oktober 1996, TRV 1997,217) dat een VZW wel daden van koophandel mag stellen indien voor zover deze bijkomstig zijn aan haar niet-winstgevend hoofddoel. Om onder de noemer bijkomstig te vallen dient de commerciële activiteit ten eerste kwantitatief ondergeschikt te zijn: 'Het aantal personele en materiële werkingsmiddelen gebruikt voor de commerciële activiteit dient kwantitatief lager uit te vallen dan deze aangewend voor de niet-commerciële (ook wel: altruïstische, ideële, niet-economische) activiteit' [...]. Bovendien dient de commerciële activiteit tevens noodzakelijk te zijn voor en haar opbrengsten dienen ter verwezenlijking van, dezelfde niet-commerciële activiteit. De grenzen en afbakening van deze bijkomstige commerciële activiteit zijn van cruciaal belang om te kunnen oordelen of de VZW niet in een onwettige mededinging belandt en desgevallend de regelgeving aangaande de eerlijke handelspraktijken schendt [...]."

²²⁰⁹ Parl.St. Kamer 2009-10, nr. 52-2340/001, 37.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

Daarnaast wordt er in het kader van overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector en in het kader van de bijhorende *in house*-uitzondering ook voorzien in functionele benadering met een interessante begrenzing van zuiver commerciële activiteiten/marktactiviteiten t.a.v. niet-deelnemers. Op grond van artikel 12, §1 van de Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG *jo.* artikel 30, §1, 2^o van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten²²¹⁰ valt een overheidsopdracht die door een aanbestedende dienst aan een andere privaot- of publiekrechtelijke rechtspersoon wordt gegund, buiten het toepassingsgebied van het overheidsopdrachtenrecht indien o.a. meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon taken behelst die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende overheid of door andere, door diezelfde aanbestedende overheid gecontroleerde rechtspersonen.²²¹¹ Op grond van artikel 12, §4 van de Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG *jo.* artikel 31 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, ontsnapt de niet-geïstitutionaliseerde horizontale samenwerking tussen twee aanbestedende overheden aan de toepassing van het overheidsopdrachtenrecht indien o.a. de aanbestedende overheden niet meer dan 20% van de onder de samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen op de open markt.²²¹² Er is m.a.w. voorzien in een 80%-20%-begrenzing: 1) 80% van de taken moet zijn toegewezen door de aanbestedende overheid, of 2) niet meer dan 20% van de gemiddelde totale omzet van de aanbestedende overheid mag afkomstig zijn van activiteiten die op de open markt worden uitgeoefend.²²¹³ Toegepast op het

²²¹⁰ BS 14 juli 2016.

²²¹¹ Zie ook art. 12, §3, b) van de Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad, van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG *jo.* art. 30, §3, 2^o van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

²²¹² Dit percentage van 20% wordt berekend overeenkomstig artikel 30, §4 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, dat voorziet dat dit wordt bepaald aan de hand van de gemiddelde totale omzet, of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf zoals de kosten die door de betrokken rechtspersoon of aanbestedende overheid zijn gemaakt met betrekking tot diensten, leveringen en werken over de laatste drie jaren voorafgaand aan de plaatsing van de opdracht.

²²¹³ X., "Fact sheet no. 5 – Hervorming van de regels voor overheidsopdrachten", zie online op

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

gemeentelijk belang en op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, zou de wetgever kunnen bepalen dat het gemeentelijk belang *ratione personae, loci* en *materiae* zo begrensd is dat de intercommunales extraterritoriale, zuiver commerciële activiteiten t.a.v. niet-deelnemers kunnen stellen, zolang dit beperkt is tot 20% van hun omzet of zolang de overige 80% van hun taken zijn toegewezen door de deelnemende gemeenten.

De AOB-wet gaat nog een grote stap verder. Volgens mij hanteert de AOB-wet eigenlijk zelfs een volledig omgekeerd uitgangspunt dan bij de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Federale autonome overheidsbedrijven kunnen onbeperkt zuiver commerciële/economische doelstellingen en activiteiten vooropstellen, *mits zij de taken van openbare dienst vervullen* (zoals opgelijst in de AOB-wet en in de beheersovereenkomst). Aangezien een overheidsrechtspersoon altijd geacht wordt het algemeen belang te behartigen, lijkt het algemeen belang mij dus eigenlijk onbegrensd te zijn. De begrenzing die de AOB-wet wél voorziet is een begrenzing van de vrije activiteiten: deze mogen immers enkel worden gesteld voor zover de opdrachten van openbare dienst worden uitgevoerd. Tegelijkertijd voorziet de AOB-wet sinds kort in een functionele behandeling t.a.v. deze vrije activiteiten waarbij de wet in volgend criterium voorziet: als een federaal autonoom overheidsbedrijf gedurende twee jaar minstens 75% van zijn omzet behaalt uit vrije taken (lees: taken die niet van openbare dienst zijn), dan is hoofdstuk XIII van toepassing. Dit hoofdstuk voert een onderscheiden behandeling door van het federaal autonoom overheidsbedrijf waarbij de wetgever een einde maakt 'aan de asymmetrische beslissingsrechten ontleend aan het administratief recht' door de wijze van benoeming en de werking van de bestuursorganen dichter te laten aansluiten bij de regels van de *corporate governance* die gelden voor genoteerde vennootschappen.²²¹⁴

<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/15499/attachments/1/translations/nl/renditions/native>.

²²¹⁴ In het kader van *corporate governance* (deugdelijk bestuur van een onderneming) zette de AOB-wet reeds in op garanties voor andere aandeelhouders dan de overheidsaandeelhouder(s) en op controle en toezicht op het federaal autonoom overheidsbedrijf, zie hieromtrent S. BAETEN, "De beursintroductie van Belgacom: een vernieuwde 'corporate governance' met een cruciale rol voor de nieuwe, onafhankelijke bestuurders", *TBP* 2005, afl. 6, (383) 389 e.v. Zie over de afstemming van de AOB-wet op vlak van beursgenoteerde federale autonome overheidsbedrijven op de regels van *corporate governance* voor genoteerde vennootschappen: S. BAETEN en T. COEN,

Het is niet mogelijk om hier binnen het bestek van dit onderzoek verder op in te gaan, maar de organieke wetgever zou mogelijk ook inspiratie kunnen halen uit het Europees mededingingsrecht en het onderscheid tussen diensten van algemeen economisch belang (hierna: DAEB) en zuiver commerciële activiteiten die de markt op voldoende wijze verricht²²¹⁵, uit het leerstuk van misbruik van machtspositie²²¹⁶, en uit het begrip 'publiekrechtelijke instelling' zoals vormgegeven in het overheidsopdrachtenrecht.²²¹⁷

Met andere woorden: tot waar is er sprake van het gemeentelijk belang en vanaf wanneer is er sprake van denaturatie en handelt een intergemeentelijk samenwerkingsverband in de feiten gewoonweg als een privaat bedrijf? Het valt niet genoeg te benadrukken hoe cruciaal het is om te duidelijk te bepalen welke begrenzings het gemeentelijk belang kent. De doelstellingen en activiteiten die deze begrenzings overstijgen, zullen immers moeten worden afgestoten door (filialen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. De toezichthoudende overheden, gemeenten, of iedere belanghebbende zullen hiertegen moeten/kunnen optreden.

404. Decretaal verduidelijken moderne begrenzings van het 'gemeentelijk belang' – Indien de wetgever heeft bepaald wat de moderne begrenzings zijn van het gemeentelijk belang, is het aangewezen dat de wetgever deze gewijzigde, "moderne" invulling van het gemeentelijk belang

"Nieuwe corporate governance voor Proximus en bpost: much ado about nothing, of toch niet?", *TRV* 2017, (393) 393 e.v.

²²¹⁵ Zie hieromtrent (ook op decentraal niveau): X., *Handreiking Diensten van Algemeen Economisch Belang*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koningsrelaties, 2014.

²²¹⁶ Het zou zeker nuttig zijn om een blik te werpen op de hieromtrent ontwikkelde Europese rechtspraak en de voorwaarden (bv. vereiste van marktfalen, strikt gescheiden boekhouding, ...) die zijn gecreëerd. Het onderscheid dat t.a.v. het misbruik van machtspositie wordt gehanteerd, nl. 'afgeleide markt', kan eveneens mogelijk inspiratie bieden.

²²¹⁷ Zie art. 2, 1° van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten; de 'publiekrechtelijke instelling' krijgt ook hier een eigen autonome invulling aan de hand van drie cumulatieve criteria, geïnspireerd op het Europees recht, zie *supra*. Zie bv. omtrent de '*maîtrise publique*' K. LEUS en S. BAETEN, "Nieuwe vormen van overheidsrechtspersonen" in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht. Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1998-1999*, Gent, Mys & Breesch, 1999, (149) 154; zie ook J. DEBIÈVRE en E. ROBBROECKX, "Behoeft van algemene belang. Voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn", *O&O* 2020, afl. 2, 193-195.

decretaal verduidelijkt. Het organiek kader zou in dat opzicht meer kunnen worden afgestemd op het bestaand – in het licht van de (initiële) *ratio legis* wel nog onwettig – handelen van de intercommunale. Zo zou de organieke regelgever bijvoorbeeld uitdrukkelijk kunnen inschrijven in het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband 1) ook kan optreden ten voordele van niet-deelnemende gemeenten, 2) buiten het grondgebied van de deelnemende gemeenten²²¹⁸ en 3) dat ze zuiver commerciële activiteiten kunnen stellen. De begrenzing *in welke mate* dit alles mogelijk is, wordt best decretaal verankerd.

405. 'Conservatieve' aanbevelingen ook hier nuttig – Indien deze nieuwe 'moderne' begrenzingen van het gemeentelijk belang voortaan in acht worden genomen, betekent dit niet dat de aanbevelingen die zijn geformuleerd in het licht van de (initiële) conservatieve benadering van het gemeentelijk belang (*supra* 2.3.1.) hier volledig irrelevant worden. Waar relevant kunnen die zeker ook hier worden opgenomen (bv. zo is het zeker ook in een moderne benadering van het gemeentelijk belang mogelijk voor de decreetgever om de doelstellingen en taken van gemeentelijk belang die intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kunnen vooropstellen, door de Regering te laten vastleggen, kan het nuttig zijn om het toezicht aan te scherpen, ...).

Aanbeveling 19: Regering bepaalt commerciële/economische/industriële doelstellingen en activiteiten

406. Bepalen commerciële/economische/industriële doelstellingen en activiteiten o.b.v. kerntakendebat – In deze meer moderne benadering kan de organieke regelgever er ook voor opteren de Regering toe te laten *concreet te bepalen* met welke commerciële/economische/industriële activiteiten

²²¹⁸ Cf. L. MOUREAU, "Het territoriaal karakter van de gemeentelijke macht", *TBP* 1967, (353) 353: "Het beginsel van de territorialiteit van de gemeentelijke macht betekent vooral voor de juristen, dat de gemeenteoverheden geen bevoegdheid bezitten buiten het grondgebied van de gemeente. Hun macht houdt op te bestaan aan de grens van de gemeente, tenzij de wet er anders over beschikt heeft. Deze regel wordt algemeen aanvaard. Deze opvatting is gebaseerd op het beginsel van de Grondwet (artt. 3, 31 en 108) volgens welk de gemeenten entiteiten vormen, rechtspersonen die verschillend zijn en onafhankelijk zijn van de andere instellingen." (eigen onderlijning).

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zich (in zekere mate) mogelijk inlaten. In de praktijk werd/wordt er al voor deze mogelijkheid gekozen t.a.v. bepaalde overheidsrechtspersonen.

Zo is er in het verleden een lijst met commerciële doelstellingen en activiteiten opgesteld om te bepalen waarmee de autonome gemeentebedrijven zich mochten inlaten²²¹⁹: "*Inmiddels werd bij Koninklijk Besluit van 10 april 1995 een lijst vastgesteld houdende de activiteiten van industriële of commerciële aard waarvoor de gemeenteraad een autonoom gemeentebedrijf met rechtspersoonlijkheid kan oprichten: b.v. de levering en de voorziening van water, gas, elektriciteit of stoom; de verkoop van bomen en hout van een bosbedrijf; de exploitatie van havens, bevaarbare waterlopen en luchthavens; de exploitatie van parkeergelegenheden, opslagplaatsen of parkeerterreinen, de exploitatie van een radio- of teledistributienet; de exploitatie van een slachthuis, de exploitatie van infrastructures met culturele, sportieve of toeristische bestemming of voor ontspanning, ...*".²²²⁰ Artikel 263bis van de intussen opgeheven Nieuwe Gemeentewet wees toen eigenlijk al op een moderne invulling van het gemeentelijk belang.²²²¹

Ook in Nederland is dergelijk lijst beschikbaar. *Supra* nr. 350 werd al meegegeven dat de Autoriteit Consument en Markt (ACM) een erg nuttige lijst opstelde van economische activiteiten die gemeenten kunnen stellen en die in principe onder de toepassing van de wet Markt en Overheid vallen.²²²² In de lijst zijn onder meer

²²¹⁹ Zie Koninklijk Besluit van 10 april 1995 tot bepaling van de activiteiten van industriële of commerciële aard waarvoor de gemeenteraad een autonoom gemeentebedrijf met rechtspersoonlijkheid kan oprichten, *BS* 13 mei 1995.

²²²⁰ K. LEUS, "Een klassiek bestuursrechtelijke benadering van het verschijnsel 'verzelfstandiging' van openbare diensten: naar een nieuw evenwicht tussen autonomie en centrale sturing" in J. KRINGS (ed.), *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, Story-Scientia, 1997, (585) 619.

²²²¹ Dit koninklijk besluit is uiteindelijk opgeheven door artikel 303, 13° van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005 (*BS* 15 juli 2005) maar tijdens de parlementaire bespreking werd er niet ingegaan op de reden hiervoor. Er werd enkel aangegeven dat het decreet een aantal besluiten opheft "*die onverenigbaar worden geacht met huidig decreet*", zie MvT bij het ontwerp van Gemeentedecreet, *Parl.St.* VI.Parl. 2004-05, nr. 347/1, 120.

²²²² Online te raadplegen op <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12647/Voorbeelden-economische-activiteiten-markt-en-overheid>.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

het verlenen van juridische bijstand, het verkopen en/of verhuren van vastgoed of grond, het exploiteren van ICT-producten, het inzamelen van bedrijfsafval, en het exploiteren van restcapaciteit op als zijnde een economische activiteit, opgesomd – allen activiteiten waarvan Belgische intercommunales de uitvoering in de praktijk al gretig op zich nemen.

Het voordeel van zo een lijst is dat de decreetgever indien hij dit wil makkelijk een functionele juridische benadering aan deze doelstellingen en activiteiten kan koppelen. Het nadeel is dat dit een inspanning vergt en dat dit opnieuw een statische oplossing is aangezien de lijst om de zoveel tijd zal moeten worden geëvalueerd en eventueel worden aangepast.

Aanbeveling 20: Decretaal beperken van de 'vrije activiteit'

407. Naar een beperking van de 'vrije activiteit' – In aanbeveling 18 en 19 wordt er vertrokken van het idee dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband geen zuiver commerciële/economische activiteiten mag stellen, tenzij binnen de (moderne) begrenzing van het gemeentelijk belang (bv. bijkomstig en noodzakelijk; 20%; ...). De organieke wetgever zou er echter ook voor kunnen kiezen om zich te laten inspireren door het (omgekeerde) uitgangspunt van de AOB-wet. Daar speelt namelijk (in de praktijk) het idee dat een federaal autonoom overheidsbedrijf alle zuiver commerciële/economische activiteiten mag stellen (cf. in de feiten een onbegrensd algemeen belang), mits het de opgelegde opdrachten van openbare diensten (zoals opgenomen in de AOB-wet en de beheersovereenkomst) blijft behartigen. Er is m.a.w. geen sprake van een uitdrukkelijke begrenzing van het algemeen belang, maar van een begrenzing van de vrije activiteiten: deze mogen enkel worden gesteld voor zover het federaal autonoom overheidsbedrijf de opdrachten van openbare dienst uitvoert.

De wetgever kan ervoor kiezen om dit uitgangspunt vandaag de dag over te nemen bij intergemeentelijke samenwerking (en zou dit eigenlijk ook kunnen doen voor gemeentelijk optreden of overheidsoptreden in het algemeen). Concreet zou een intergemeentelijk samenwerkingsverband gelijk welke zuiver

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

commerciële/economische doelstelling en activiteit mogen vooropstellen, maar zou het tegelijkertijd bepaalde doelstellingen van openbare dienst moeten realiseren. Als de organieke regelgever hiervoor kiest voor de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden dan zou hij volgens mij wel een aantal zaken moeten verduidelijken t.o.v. de AOB-wet. Sinds de aanneming van de AOB-wet in 1991 lijkt de *ratio legis* t.a.v. de federale autonome overheidsbedrijven immers ook te zijn gewijzigd. Uit de toevoeging van hoofdstuk XIII aan de AOB-wet in 2015²²²³ blijkt dat de wetgever het uitdrukkelijk toelaat dat federale autonome overheidsbedrijven méér dan 75% van hun omzet uit vrije activiteiten behaalt. Veertig jaar geleden werden de zuiver commerciële doelstellingen nochtans slechts om bijkomstige redenen toegelaten. Er werd tijdens de parlementaire werkzaamheden benadrukt dat de opdracht van openbare dienst de bestaansreden is van het autonoom overheidsbedrijf en de productiefactoren, ondanks de valorisatie via vrije activiteiten, in eerste instantie aanwezig zijn voor de verwezenlijking van de openbare dienst.²²²⁴ Een parallelle evolutie dus als bij de intercommunales: de huidige situatie en wil van de wetgever lijken niet meer overeen te stemmen met de initiële *ratio legis*. Indien de organieke wetgever voor deze aanbeveling kiest, zal hij t.a.v. de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden duidelijk moeten aangeven dat hij zich niet aansluit bij de *ratio legis* die aan de grondslag ligt van de wet van 1991. De wetgever zal duidelijk moeten maken dat hij een moderne achterliggende visie hanteert die aansluit bij de praktijk waarin de federale autonome overheidsbedrijven vertoeven. Die moderne visie gaat wel bijzonder ver en lijkt echt te breken met het verleden. In 1997 wees LEUS nog op het volgende: "*Voor de situatie dat een voor de uitvoering van een bepaalde publiekrechtelijk taak opgerichte privaatrechtelijke organisatie naast de publiekrechtelijke taak neventaken op zich neemt, dient (in de statuten) de verhouding tussen deze taken zodanig te zijn geregeld dat de publiekrechtelijke taak de hoofdtaak van de organisatie is en blijft*" (eigen onderlijning).²²²⁵ Zelfs t.a.v. een privaatrechtelijke organisatie werd

²²²³ Wet van 16 december 2015 tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *BS* 12 januari 2016.

²²²⁴ MvT bij het wetsontwerp betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *Parl.St.* Kamer 1989-90, nr. 1287/1, 3.

²²²⁵ K. LEUS, "Een klassiek bestuursrechtelijke benadering van het verschijnsel 'verzelfstandiging' van openbare diensten: naar een nieuw evenwicht tussen autonomie

toen nog aangenomen dat 'publiekrechtelijke taken' effectief het zwaartepunt van de rechtspersoon diende te blijven.

408. Nauwkeurige omschrijving van 'doelstellingen van openbare dienst'

– De doelstellingen van openbare dienst waarmee de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zich kunnen inlaten, zullen via een parlementair (kerntaken)debat moeten worden bepaald – net zoals dit het geval was bij de AOB-wet²²²⁶, en zullen erg duidelijk moeten worden omschreven in de organieke wetgeving (en ook in de statuten van de intercommunales). Net zoals de AOB-wet is opgesteld met de basisgedachte dat de opdracht van openbare dienst de bestaansreden is van het autonoom overheidsbedrijf (zie *supra* nr. 342), zal een intergemeentelijk samenwerkingsverband ook altijd moeten gelinkt worden aan de (gemeentelijke) openbare dienstverlening: "*Het is immers de openbare dienstverlening die zorgt voor de verbinding tussen overheid en overheidsonderneming en verantwoordt waarom de overheid zich inmengt in de economie.*".²²²⁷ In het verlengde daarvan doet de organieke decreetgever ook best in één beweging aan begripsoptimalisatie. Aangezien 'de overheid' altijd geacht wordt het algemeen (of gemeentelijk) belang te behartigen, lijkt het me duidelijker als er wordt gesproken over 'doelstellingen en activiteiten van *traditioneel* gemeentelijk belang', enerzijds, en 'doelstellingen en activiteiten van *economisch* gemeentelijk belang', anderzijds. Dit in plaats van respectievelijk 'doelstellingen en taken van openbare dienst' en 'vrije activiteiten', zoals gehanteerd bij de federale autonome overheidsbedrijven. Deze laatste term laat immers ten onrechte uitschijnen dat het niet om een taak van algemeen belang zou gaan. Om de cirkel rond te maken, kan hier worden herhaald dat de rechtsleer

en centrale sturing" in J. KRINGS (ed.), *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, Story-Scientia, 1997, (585) 615-616.

²²²⁶ "De vraag of de realisatie van een bepaalde taak al dan niet een openbare dienst vormt, dient door de wetgever beantwoord te worden en vormt desgevallend het voorwerp van een parlementair debat." in K. DECKERS, "Publiekrechtelijke afwijkingen van het vennootschapsrecht voor autonome overheidsbedrijven: evolutie 1991-2014 aan de hand van de casus van bpost", *TBP* 2014, afl. 4-5, (232) 237.

²²²⁷ D. DEGRANDE, "De wapens van de privésector ten dienste van het algemeen belang? Een evaluatie van de wet op de autonome overheidsbedrijven in het licht van de ratio legis", Masterproef KUL 2019, onuitg., 46 met verwijzing naar D. DÉOM, "Les contraintes de droit public qui pèsent sur les entreprises publiques autonomes" in X., *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, (115) 136.

honderd jaar geleden reeds vaak een onderscheid maakte tussen intercommunales die, enerzijds, *politieke* of *administratieve* gemeentelijke belangen behartigden en, anderzijds, intercommunales die *economische* gemeentelijke belangen nastreefden.²²²⁸ Hoewel deze begrippen op vandaag een enigszins andere invulling zouden krijgen, zou er eigenlijk sprake zijn van een soort wedergeboorte van die tweedeling.

409. Voor- en nadelen – Het voordeel van het kiezen voor de techniek van het decretaal beperken van de 'vrije activiteit' (lees: doelstelling en activiteit van economisch gemeentelijk belang) is dat er niet langer frustratie zou heersen over wat (filialen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden ondernemen op de (internationale) markt. Het zou immers duidelijk zijn dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband al die doelstellingen en activiteiten *mag* vooropstellen, mits het natuurlijk de vastgelegde doelstellingen van openbare dienst (lees: doelstellingen en activiteiten van gemeentelijk belang) realiseert. Concreet zouden de doelstellingen van openbare dienst per sector kunnen worden bepaald (bv. afval, water, energie, crematoria, IT, sport, streekontwikkeling, enzovoort) – eigenlijk zoals deze sectorale benadering ook reeds het geval is in de AOB-wet (nl. post, luchtverkeer, telefonie en telecommunicatie, spoorwegen).

De organieke decreetgever zal deze beslissing echter zeer weloverwogen moeten maken. Het ongebreideld toelaten van commerciële activiteiten brengt ook talloze (investerings)risico's met zich mee. Dit alles zou echt een fundamentele ommezwaai betekenen in de juridische benadering van de intercommunalisatie ten opzichte van het beginpunt een eeuw geleden. Om te voorkomen dat dit vrijgeleide de doos van pandora opent, zou er werkelijk een verregaand toezicht moeten worden geïnstalleerd ter compensatie. In de praktijk zou er volgens mij wellicht minder wijzigen. De (filialen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden mogen nu al zo goed als alles ondernemen.

²²²⁸ Zie onder meer X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 200-202; M. CORTENBOSCH, "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1955, afl. 31, (20) 20; P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 62.

410. Gekoppeld aan een functionele benadering – Aan het decretaal verankerd onderscheid tussen doelstellingen en activiteiten van gemeentelijk belang, enerzijds, en doelstellingen en activiteiten van economisch gemeentelijk belang, anderzijds, kan vervolgens een verschillende juridische behandeling worden gekoppeld (zie *infra* 3.)

Krachtlijn 6: Verduidelijken (conservatieve of moderne) benadering en begrenzings van 'gemeentelijk belang'

411. Dringende nood aan duidelijkheid – Achter welke kant van het ideologisch debat de organieke wetgever zich schaaft, is een politieke keuze. Er kan dan ook juridisch gezien geen sprake zijn van een juiste of foute keuze. Er dient juridisch gezien *wel* sprake zijn van rechtszekerheid: voor welke optie de organieke regelgever uiteindelijk ook kiest, het is dringend tijd om de (conservatieve of moderne) benadering en begrenzings van het gemeentelijk belang te verduidelijken. Dergelijke verduidelijking kan in de organieke decreten (DLB, CDLD, ordonnantie van 5 juli 2018), dit kan in de memorie van toelichting, dit kan worden verduidelijkt in een Omzendbrief, ... Idealiter gebeurt dit natuurlijk decretaal, aangezien dit gelet op de hiërarchie der normen niet enkel voor de rechtsonderhorige maar ook voor de decreetgever zelf de beste drager is van zijn visie.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

2.3.3. Samenvatting

Doel en activiteiten – Conservatieve benadering

A12 – Decretaal verduidelijken conservatieve benadering en begrenzingen van 'gemeentelijk belang'	
Voordelen	Nadelen
<ol style="list-style-type: none"> 1) Duidelijkheid voor (filialen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (bv. wanneer ze doelstellingen/activiteiten moeten afstoten) 2) Versterkt positie van gemeenten, concurrerende rechtspersonen/bedrijven, rechtscolleges en toezichthouders 3) Respect voor gemeentelijke autonomie 4) Organieke verankering van "evidentie" (cf. <i>ratione loci</i>) 	<p>Initiële invulling van gemeentelijk belang is enge invulling</p>
A13 – Regering bepaalt doelstellingen/activiteiten van gemeentelijk belang	
Voordelen	Nadelen
<ol style="list-style-type: none"> 1) Duidelijkheid voor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (bv. wanneer ze doelstellingen/activiteiten moeten afstoten) 2) Versterkt positie van gemeenten, concurrerende rechtspersonen/bedrijven, rechtscolleges en toezichthouders 3) Respect voor gemeentelijke autonomie 	<ol style="list-style-type: none"> 1) Minder toekomstbestendig wegens evolutief begrip 2) Vereist fundamenteel kerntakendebat

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

4) Analogie met gemeentelijke extern verzelfstandigde agentschappen	
A14 – Effectief uitoefenen en uitbreiden toezicht en controle	
Voordelen	Nadelen
<p><u>Effectief uitoefenen toezicht en controle:</u></p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Geen aanpassing van organiek kader nodig 2) Toezichthoudende overheden en deelnemende gemeenten bereiken volle potentieel 3) Compensatie t.a.v. tendens tot afbouw toezicht (VI. Gewest) 4) Heeft wegnemen bestaande (investerings)risico's tot gevolg <p><u>Uitbreiden toezicht en controle:</u></p> <p>Gelijkaardige benadering bestuurlijk toezicht t.a.v. filialen en participaties in alle gewesten en t.a.v. bepaalde federale autonome overheidsbedrijven</p>	<p><u>Effectief uitoefenen toezicht en controle:</u></p> <p>Techniciteit gaat petje van gemeentelijke mandatarissen te boven</p> <p><u>Uitbreiden toezicht en controle:</u></p> <p>Reeds voldoende (onbenutte) decretale toezichts- en controlemogelijkheden</p>
A15 – Statuten conformeren aan specialiteitsbeginsel	
Voordelen	Nadelen
<ol style="list-style-type: none"> 1) Geen aanpassing van organiek kader nodig 2) Versterkt positie van gemeenten, concurrerende rechtspersonen/bedrijven, rechtscolleges en toezichthouders 	<p>Vergt inspanningen van gemeenten/IGS</p>
A16 – Sanctiemogelijkheden voorzien	
Voordelen	Nadelen
1) Compenseert ontbreken toezicht	Sanctioneren vergt politieke moed (tenzij organiek voorgeschreven)

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

<ul style="list-style-type: none"> 2) Ontradend effect t.a.v. intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (preventief) 3) Curatieve werking 4) Vult bestaande toezicht- en controlemogelijkheden aan 5) Gelijkaardige benadering bij federale autonome overheidsbedrijven 	
A17 – Verbieden van filialisering en participatie in private vennootschappen	
Voordelen	Nadelen
<ul style="list-style-type: none"> 1) Versterkt grip op verlengd lokaal bestuur 2) Supprimeert ondoorzichtig kluwen 3) Heeft wegnemen bestaande (investerings)risico's tot gevolg 4) Voorkomt belangenconflicten 5) Sluit aan bij wens tot tegengaan verrommeling (VI. Gewest) 6) Gelijkaardige benadering in Brussels Hoofdstedelijk Gewest en t.a.v. welzijnsvereniging 	<p>Inkomstenverlies, verlies <i>know how</i> (te remediëren door uitbreiden/inzetten op private deelname)</p>

Doel en activiteiten – Moderne benadering

A18 – Bepalen en decretaal verduidelijken moderne benadering en begrenzingen van 'gemeentelijk belang'	
Voordelen	Nadelen
<ul style="list-style-type: none"> 1) Duidelijkheid voor (filialen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (bv. wanneer ze doelstellingen/ activiteiten moeten afstoten) 2) Versterkt positie van gemeenten, concurrerende 	<ul style="list-style-type: none"> 1) Vereist fundamenteel debat over 'nieuwe' moderne begrenzingen 2) Risico's op en nood aan "war on" overstijgen gemeentelijk belang worden in stand gehouden

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

<p>rechtspersonen/bedrijven, rechtscolleges en toezichthouders</p> <p>3) Stemt overeen met reeds bestaande (op dit moment onwettige) praktijk</p> <p>4) Moderne <i>ratio legis</i> die tegemoet komt aan geëvolueerde maatschappij en markt juridisch verankerd</p> <p>5) Respect voor gemeentelijke autonomie</p> <p>6) Inspiratie voor 'nieuwe' moderne begrenzings te vinden bij reeds bestaande demarcaties van overheidshandelen</p> <p><i>Opgelet: aanbevelingen t.a.v. conservatieve benadering (2.3.1.) mogelijk ook nuttig t.a.v. moderne benadering (2.3.2.)</i></p>	<p>3) Bestaande (investerings)risico's blijven behouden</p>
<p>A19 – Regering bepaalt commerciële/economische/industriële doelstellingen en activiteiten</p>	
<p>Voordelen</p>	<p>Nadelen</p>
<p>1) Duidelijkheid voor (filialen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (bv. wanneer ze doelstellingen/activiteiten moeten afstoten)</p> <p>2) Versterkt positie van gemeenten, concurrerende rechtspersonen/bedrijven, rechtscolleges en toezichthouders</p> <p>3) Respect voor gemeentelijke autonomie</p> <p>4) Makkelijk te koppelen aan een functionele juridische benadering</p>	<p>1) Minder toekomstbestendig wegens evolutieve invulling</p> <p>2) Vereist inspanning van gewestregeringen</p>
<p>A20 – Decretaal beperken van de 'vrije activiteit'</p>	

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

Voordelen	Nadelen
<ul style="list-style-type: none"> 1) Neemt nood aan "war on" overstijgen gemeentelijk belang weg 2) Stemt overeen met reeds bestaande (op dit moment onwettige) praktijk 3) Gelijkwaardige benadering bij federale autonome overheidsbedrijven 4) Makkelijk te koppelen aan een functionele juridische benadering 	<ul style="list-style-type: none"> 1) Vereist fundamenteel debat over 'doelstellingen en taken van openbare dienst' (lees: doelstellingen en activiteiten van gemeentelijk belang) 2) Bestaande (investerings)risico's blijven behouden

Doel en activiteiten – Krachtlijnen

K4	Effectief uitoefenen toezicht en benutten van controle mogelijkheden
K5	Verstrengen van filialisering en participatie in private vennootschappen & verbod op sub-filialisering
K6	Verduidelijken (conservatieve of moderne) benadering en begrenzingen van 'gemeentelijk belang'

3. Typologie: naar een uniform kader met tweevoudige functionele differentiatie van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden

412. Bundelen aanbevelingen moderne benadering over functionele differentiatie – Zoals hierboven reeds uitgelegd, wordt er op vandaag over het algemeen een *one size fits all*-benadering gehanteerd door de organieke regelgevers t.a.v. de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Ze worden zo goed als volledig op dezelfde wijze juridische benaderd en dit ongeacht hun doelstellingen en activiteiten. De hypothese dat het organiek kader functioneel gedifferentieerd dient te zijn naargelang de doelstelling en activiteit van het intergemeentelijk samenwerkingsverband kon niet worden geverifieerd voor zijn rechtsvorm, maar wel voor zijn aard en karakter. In dit laatste hoofdstuk van DEEL III wordt daarom nog kort even ingegaan op de aanbevelingen over de functionele differentiatie die zijn geformuleerd vanuit de moderne benadering en hoe deze kunnen samensmelten.

413. Een functionele benadering – Verschillende auteurs wezen reeds op de tendens tot het bestaan van juridische tussenregimes bij overheidsrechtspersonen: "*Een andere tendens is het bestaan van twee verschillende juridische regimes, een publiekrechtelijk en een privaatrechtelijk regime, in hoofde van één en dezelfde publieke rechtspersoon naargelang van de aard van de activiteiten.*", aldus ROSSIGNOL in haar proefschrift.²²²⁹ VANDENDRIESSCHE omschrijft de eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel als verantwoording voor en verplichting van het hanteren van dergelijk tussenregime.²²³⁰ Voortbouwend op het onderzoek van VANDENDRIESSCHE waaruit

²²²⁹ K. ROSSIGNOL, *De (on)belastbaarheid van de overheid*, Brugge, die Keure, 2016, 26.

²²³⁰ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 138-140: "*Gelet op de verregaande vermenging in het rechtspersonenrecht van 'publieke' en 'private' kenmerken zal een ongenueanceerde tweedeling tussen één publiek- en één privaatrechtelijk regime echter kritisch moeten worden onderzocht en de gelijkheids- en evenredigheidsstoets niet in alle gevallen kunnen doorstaan. (...) Telkenmale is te bepalen of voor 'het publieke' en 'het private' wel verschillende regelingen noodzakelijk zijn en, in voorkomend geval, of twee regimes dan wel volstaan*"; zie ook "*Tweede positiefrechtelijk aandachtspunt van de voorgestelde benadering is het grondwettelijk verbod om de regelgeving te beperken tot een publiekrechtelijk en privaatrechtelijk*

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

blijkt dat "regelgeving niet in alle gevallen beperkt kan blijven tot 'een' publiekrechtelijk en 'een' privaatrechtelijk regime" en dat "[v]oor personen met een gemengd of hybridisch karakter (...) soms één of meer geëigende 'gemengde' regimes [zullen] moeten worden uitgewerkt"²²³¹, wordt hieronder een beknopte aanzet gedaan tot creatie van een omkadering voor dergelijk tussenregime. Dat dergelijk tussenregime intussen eigenlijk zelfs verplicht lijkt te moeten worden doorgevoerd t.a.v. intergemeentelijke samenwerking, blijkt uit een recent arrest van het Grondwettelijk Hof. Het Hof oordeelde dat de vrijstelling van de intercommunale voor lokale belastingen strijdig is met het gelijkheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel in de mate dat intercommunales zijn vrijgesteld van elke vorm van belasting voor commerciële activiteiten die rechtstreeks concurreren met de privésector.²²³²

Vermeldenswaardig is dat er ook soms bewust *niet* voor een functionele juridische benadering wordt gekozen: "Zodra in de klassieke sectoren een instelling gelijkgesteld wordt met een aanbestedende dienst, is de regelgeving overheidsopdrachten van toepassing op alle opdrachten die zij uitschrijft, zowel deze die kaderen in haar activiteiten van algemeen nut als in deze van louter commerciële aard. Het Hof stelde dit met zoveel woorden in de arresten *Mannesmann en Commissie t. Duitsland*. Het zou de 'effet util' van de richtlijnen overheidsopdrachten niet dienen, mocht men een onderscheid gaan maken naargelang de taken van een aanbestedende dienst. Dit zou de rechtszekerheid niet bevorderen."²²³³ (eigen onderlijning).

regime. Voor personen die zowel publiek- als privaatrechtelijke kenmerken vertonen, kan zowel het publiek- als het privaatrechtelijk regime discriminatoir zijn; de toepassing van de publiekrechtelijke regeling kan onverantwoordbaar streng zijn en de privaatrechtelijke regeling te laks, of omgekeerd. In voorkomend geval verplicht het gelijkheidsbeginsel om naast een 'strikt' publieke en private regeling ook één of meerdere tussenregimes uit te werken." (eigen onderlijning) in hetzelfde proefschrift, pagina 403.

²²³¹ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 5 en 138.

²²³² GwH 1 juni 2017, nr. 66/2017.

²²³³ B. GHEYSENS en K. WAUTERS, *Overheidsopdrachten*, Morsel, Intersentia, 2017, 103; zie ook S. BAETEN, "De beïnvloeding van het bestuursrecht door het Europese Unierecht: de overheidsondernemingen" in K. WAUTERS, B. DELVAUX en B. VANHEUSDEN, *Invloed van het EU-recht op het Belgische bestuursrecht*, Brugge, die Keure, 2014, (81) 88.

414. Invulling van het onderscheidend criterium t.a.v. intergemeentelijke samenwerking – Hierboven bleek dat de organieke decreetgever, wat de aard en het karakter van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden betreft, ervoor kan opteren om uitdrukkelijk decretaal te voorzien dat bepaalde intergemeentelijke samenwerkingsverbanden *geen* ondernemingskarakter hebben (lees: geen ondernemingen zijn) (aanbeveling 3). Hij kan tegelijkertijd voorzien dat slechts bepaalde intergemeentelijke samenwerkingsverbanden enkel zijn onderworpen aan de waarborgen van het administratief recht (aanbeveling 6). De rechtsvorm daarentegen blijkt moeilijk te differentiëren naargelang de doelstelling en activiteit (aanbeveling 11).

Om de begripsoptimalisatie in acht te nemen (zie aanbeveling 20) bij deze functionele differentiatie kan er om te beginnen een onderscheid worden gemaakt tussen 'doelstellingen en activiteiten van *traditioneel* gemeentelijk belang' en 'doelstellingen en activiteiten van *economisch* gemeentelijk belang'. Ongeacht de begrenzingen die de decreetgever aan het 'gemeentelijk belang' geeft (zie *supra* aanbeveling 20) zullen de intercommunales ongetwijfeld toch ook soms doelstellingen en activiteiten van niet-gemeentelijk belang ambiëren. Deze kunnen echter niet het voorwerp van intergemeentelijke samenwerking uitmaken en moeten worden afgestoten.

De cruciale vraag die vervolgens rijst, is wat het criterium van onderscheid is waaraan die functionele benadering moet worden opgehangen. Met andere woorden: wat houden 'traditioneel' en 'economisch' gemeentelijk belang in? In aanbeveling 3 werd als criterium vooropgesteld dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband dat *geen goederen en diensten aanbiedt op een markt* geen ondernemingskarakter heeft. In aanbeveling 6 dat enkel intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die *geen zuiver commerciële of economische doelstellingen en activiteiten vooropstellen* zijn onderworpen aan de waarborgen van het administratief recht. Het Grondwettelijk Hof hanteerde reeds *commerciële activiteiten die rechtstreeks concurreren met de privésector* als onderscheidend criterium in zijn rechtspraak. Er bestaan tal van mogelijkheden en de organieke regelgever kan volledig vrij over dit criterium beslissen, maar het lijkt me nuttig

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

om een criterium te kiezen dat minstens uniform is voor de volledige functionele benadering én tegelijkertijd zo weinig mogelijk twijfel laat.

Een interessante optie is volgens mij dat de decreetgever ervoor kiest om 'doelstellingen en activiteiten van economisch gemeentelijk belang' te koppelen aan de notie 'behoeften van gemeentelijk belang van industriële en commerciële aard' naar analogie met 'behoeften van algemeen belang van industriële en commerciële aard' zoals gehanteerd in het overheidsopdrachtenrecht. Het voordeel is dat er reeds heel wat (Europese) rechtspraak is ontwikkeld die dit laatste criterium vormgeeft. Om in ons geval te weten of een intergemeentelijk samenwerkingsverband een doelstelling of activiteit van economisch gemeentelijk belang vooropstelt, zullen een aantal indicaties ten opzichte van elkaar moeten worden afgewogen: 1) de intercommunale biedt goederen of diensten aan op de markt; 2) de intercommunale biedt goederen of diensten aan commerciële ondernemingen aan; 3) de intercommunale oefent de activiteit uit in (sterke) concurrentie met andere marktspelers; 4) de intercommunale draagt het economisch risico van de activiteit zelf; 5) de intercommunale krijgt geen overheidsfinanciering; 6) de intercommunale heeft geen winstoogmerk of werkt niet op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit.²²³⁴ Deze optie biedt dus zeker mogelijkheden. MATHIEU en VANDENDRIESSCHE merken op dat de Vlaamse decreetgever dit criterium 'behoeften van algemeen belang van industriële en commerciële aard' intussen in 2018 al heeft aangewend ter afbakening van het begrip 'instellingen met een publieke taak' in het Bestuursdecreet.²²³⁵

In een bijdrage van in 2019 stelden mijn collega Tom BONNE en ik al dat "[v]oor de afbakening van commerciële activiteiten ten opzichte van andere taken van de

²²³⁴ MATHIEU en VANDENDRIESSCHE hebben deze criteria afgeleid uit de rechtspraak waarna ze deze hebben opgesomd in hun bijdrage C. MATHIEU en F. VANDENDRIESSCHE, "De overheidsrechtspersoon" in S. DE SOMER (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure, 2020, (53) 61-62: "De criteria moeten worden beoordeeld in het licht van de concrete omstandigheden waaronder de betrokken entiteit actief is, op basis van alle relevante juridische en feitelijke elementen.". Ik heb deze criteria toegepast op de intercommunale.

²²³⁵ Art. I.3 Bestuursdecreet, zie C. MATHIEU en F. VANDENDRIESSCHE, "De overheidsrechtspersoon" in S. DE SOMER (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure, 2020, (53) 62.

*intercommunales, (...) rechters, en eventueel in de toekomst ook de wetgever, aansluiting [zouden] kunnen zoeken bij de werkwijze die wordt gehanteerd in die twee rechtstakken [nl. het staatssteunrecht en de btw]."*²²³⁶ Zowel in het mededingings- en staatssteunrecht als in het btw-recht wordt het begrip 'economische activiteit' gehanteerd, elk echter met een andere (jurisprudentiële) invulling.²²³⁷

Voor welke invulling de decreetgever uiteindelijk ook kiest, zou er voortaan een decretaal verankerd onderscheid bestaan tussen: 1) doelstellingen van traditioneel gemeentelijk belang en 2) doelstellingen van economisch gemeentelijk belang.²²³⁸ Daaraan kan de decreetgever vervolgens een functionele benadering koppelen.

415. Invullen van de functionele benadering t.a.v. intergemeentelijke samenwerking – De organieke regelgever zou dus vervolgens kunnen voorzien dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden voortaan ondernemingen zijn indien ze doelstellingen/activiteiten van *economisch* gemeentelijk belang

²²³⁶ T. BONNE en M. DECOCK, "De belastingvrijstelling van intercommunales 2.0: de 'economische activiteit' als maatstaf?", *T.Gem.* 2019, afl. 2, (60) 71.

²²³⁷ In het mededingings- en staatssteunrecht is een economische activiteit iedere activiteit waarbij er goederen en diensten worden aangeboden op een bepaalde markt, zie *supra* DEEL III, nr. 180. In het btw-recht wordt [h]et begrip 'economische activiteit' (...) in artikel 9, lid 1 van richtlijn 2006/112/EG gedefinieerd als 'alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter, met inbegrip van de winning van delfstoffen, de landbouw en de uitoefening van vrije of daarmede gelijkgestelde beroepen. Als economische activiteit wordt in het bijzonder beschouwd de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengsten uit te verkrijgen.'. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie heeft het begrip economische activiteit een ruime werkingssfeer die zich uitstrekt tot alle stadia van de productie, de distributie en de dienstverrichting.", zie T. BONNE en M. DECOCK, "De belastingvrijstelling van intercommunales 2.0: de 'economische activiteit' als maatstaf?", *T.Gem.* 2019, afl. 2, (60) 70-71.

²²³⁸ In zijn masterproef wees VANDER PUTTEN al op (het nut van) een duidelijk decretaal onderscheid tussen, zoals in dit proefschrift voorgesteld, activiteiten van traditioneel gemeentelijk belang en activiteiten van economisch gemeentelijk belang: "*Nous nous permettons ici de souligner que, d'une part, la distinction entre activités de service public et activité commerciale n'est jamais aisée, et que, d'autre part, le CDLD érgie toutes les activités des intercommunales wallonnes en service public. Les mêmes auteurs qui défendent cette approche appellent, dès lors, les législateurs à distinguer clairement les activités relevant du service public des activités purement commerciales.*" (eigen onderlijning) in N. VANDER PUTTEN, "Les conditions du capitalisme public intercommunal. Vers un équilibre entre efficacité et contrôle démocratique", masterproef UCL, 2017, 12.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

vooropstellen (cf. aanbeveling 3).²²³⁹ Indien hij dit wenselijk acht, zou hij tegelijkertijd decretaal kunnen verankeren dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden enkel zijn onderworpen aan de waarborgen van het administratief recht indien ze doelstellingen/activiteiten van *traditioneel* gemeentelijk belang vooropstellen (cf. aanbeveling 4). Om tegemoet te komen aan de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof omtrent de fiscale vrijstelling van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, zou de federale wetgever in artikel 26 van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales kunnen invoeren dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, onverminderd de bestaande wetsbepalingen, zijn vrijgesteld van alle belastingen ten gunste van de Staat, evenals van alle belastingen ingevoerd door de provincies, de gemeenten of enig andere publiekrechtelijke persoon, indien ze doelstellingen/activiteiten van *traditioneel* gemeentelijk belang vooropstellen. Dit decretaal en wettelijk ingrijpen zou overeenstemming brengen met de bestaande praktijk en op sommige vlakken in ieder geval tegemoet komen aan het *level playing field* tussen deze overheidsbedrijven en privébedrijven.²²⁴⁰ Het zou de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die doelstellingen en activiteiten van economisch gemeentelijk belang behartigen meer richting het privaatrecht brengen.

De organieke wetgever kan hier bovendien zo ver in gaan als hij wil. Er zou evengoed een functionele benadering kunnen worden ingelast wat het toezicht en de autonomie van de intercommunale betreft.²²⁴¹ Er zou ook kunnen worden

²²³⁹ Zie hieromtrent ook W. VAN GERVEN, "Égalité des entreprises privées et publiques devant la loi belge", *JT* 1979, (241) 244.

²²⁴⁰ Dit zou overeenstemmen met de achterliggende doelstellingen van het hervormde ondernemingsrecht. De verantwoording voor de afwijking indien publiekrechtelijke rechtspersonen goederen of diensten aanbieden op een markt is immers dat die entiteiten deelnemen aan het economisch leven en in concurrentie treden met privaatrechtelijke actoren, waardoor het volgens de federale wetgever verantwoord is dat ze principieel aan dezelfde regels als privaatrechtelijke ondernemingen worden onderworpen, zie MvT bij het wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/001, 12. STRAETMANS merkt hierbij op dat "*de wetgever (hierbij) toch enigszins oog heeft om diegene die op gelijke wijze de markt betreedt, te onderwerpen aan dezelfde rechtsregels.*", zie G. STRAETMANS, "Het ondernemingsbegrip. Aanknopingsfactor van economisch recht (deel 1)", *NjW* 2020, afl. 419, (234) 244.

²²⁴¹ Naar analogie met de AOB-wet zou er een beperkter toezicht kunnen worden voorzien op de doelstellingen en activiteiten van economisch gemeentelijk belang, om de autonomie van de intercommunale zo in acht te nemen. "*In de geest van de wet van 21 maart 1991 wordt de autonomie van de overheidsbedrijven volledig gerespecteerd.*

geopteerd om bijvoorbeeld het onteigeningsprerogatief enkel toe te laten voor doelstellingen en activiteiten van traditioneel gemeentelijk belang, of om private deelname in meer of mindere mate toe te laten naargelang de doelstelling. De functionele behandeling van de intercommunale die automatisch doorwerkt uit andere regelgeving (bv. het (Europees) mededingingsrecht), zal uiteraard niet uitdrukkelijk in de organieke regelgeving moeten worden opgenomen. Het voordeel is wel dat die functionele benadering (afhankelijk van het criterium dat de organieke regelgever uiteindelijk kiest) veel meer zal overeenstemmen met de realiteit dan dat op vandaag met het bestaand organiek kader het geval is.

416. Opbouw organieke regelgeving – Concreet, zonder hier teveel in detail te willen gaan, kan de organieke wetgever ervoor kiezen om een *truncus communis* op te nemen met bepalingen die gelden ongeacht de traditionele of economische doelstelling van gemeentelijk belang (bv. oprichting, aantal bestuursorganen, duurtijd, ontbinding, ...). Vervolgens kan de organieke regelgever er dan bijvoorbeeld voor opteren om de bepalingen (waar nodig) functioneel te differentiëren. Hij kan er ook voor kiezen om twee afzonderlijke hoofdstukken in te bouwen: 1) een hoofdstuk met bepalingen vanuit een traditionele juridische benadering die van toepassing zijn als intergemeentelijke samenwerkingsverbanden doelstellingen en activiteiten van traditioneel gemeentelijk stellen; 2) een hoofdstuk met bepalingen vanuit een commerciële juridische benadering die van toepassing zijn als intergemeentelijke samenwerkingsverbanden doelstellingen en activiteiten van economisch gemeentelijk belang stellen.

De organieke wetgever zou nog een stap verder kunnen gaan en sectorafhankelijke bepalingen kunnen voorzien. Dit is in het Vlaamse Gewest bijvoorbeeld het geval voor private deelname in de afval- en energiesector, en dit is enigszins het geval is bij de federale autonome overheidsbedrijven (nl. post,

Daarom wordt het uitgebreide toezicht uitgeoefend via het Rekenhof en haar college van commissarissen, met respect voor de beheerscontracten.", zie MvT bij het wetsontwerp betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *Parl.St.* Kamer 1989-90, nr. 1287/1, 5.

luchtverkeer, telefonie en telecommunicatie, spoorwegen). Hier wordt er niet verder op ingegaan, maar deze piste zou zeker verder onderzocht kunnen worden.

417. Dubbel legifereren is geen nieuw idee – Tot slot is het idee om dubbel (of ruimer gezien 'anders') te legifereren naargelang de doelstelling of activiteit die de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden vooropstellen, geen nieuw gegeven. In het verleden werd reeds aangegeven dat het evengoed mogelijk zou zijn geweest om afzonderlijke organieke bepalingen te voorzien naargelang de 'soort' doelstelling van gemeentelijk belang waarvoor de intercommunale wordt opgericht en dus naargelang de intercommunale een economisch of eerder een traditioneel gemeentelijk belang betracht.²²⁴² De omzendbrief van 24 mei 1958 voorzag bijvoorbeeld in een rekeningschema waarbij een onderscheid werd gemaakt naargelang het doel van de intercommunale, en meer bepaald tussen intercommunales die de distributie van water, gas en elektriciteit tot doel hebben en de intercommunales die een ander doel vooropstellen.²²⁴³ Voor die laatste werd er een specifiek boekhoudingsregime opgesteld waarbij niet werd teruggegrepen naar de boekhouding die door overheden dient te worden gehanteerd.²²⁴⁴ Ook tijdens de parlementaire bespreking van de kaderwet van 22 december 1986 werd er verschillende keren de opmerking gemaakt of er, gelet op het grote onderscheid tussen de intercommunales in de energiesector en de andere intercommunales, in feite niet beter dubbel gelegifereerd zou worden. Er werd opgeworpen dat het wellicht beter was geweest voor de afzonderlijke materies zoals gas, water, elektriciteit, enz. een aparte regeling uit te werken, gezien de zeer uiteenlopende situaties ter zake (zie *supra* nr. 110). Op het vlak van het verlenen van leningen aan intercommunales werd het 'economisch karakter van de activiteit' – en meer bepaald of de intercommunale al dan niet rendabel is – in het verleden zelfs als wettelijk onderscheidingscriterium gehanteerd.²²⁴⁵

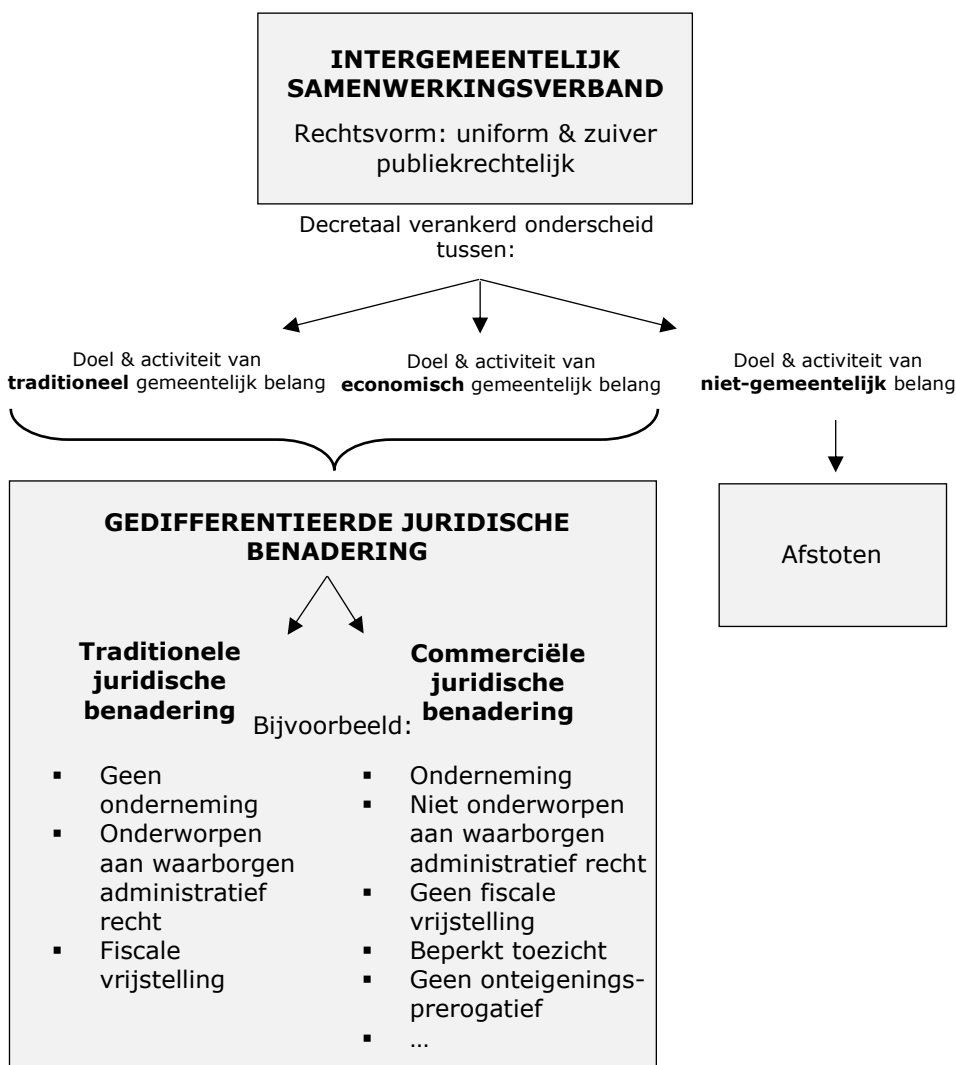
²²⁴² X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, (198) 204-205; zie ook P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 92 en 126.

²²⁴³ Omz. 24 mei 1958, *Rev.comm.* 1958, afl. 83, 219 e.v.

²²⁴⁴ D. DE CLERCK, "Het Rechtsstatuut van de Intercommunale Maatschappijen", *RW* 1967, afl. 37, (1793) 1800.

²²⁴⁵ "Worden aldus tot de rendabele intercommunales gerekend, de intercommunales voor gas-, water- en elektriciteitsdistributie, de intercommunales voor ruimtelijke ordening

418. Typologie – Samengevat vloeit uit de samensmelting van de aanbevelingen over de functionele differentiatie geformuleerd vanuit de moderne benadering volgende typologie voort:



en economische expansie, de intercommunales die een slachthuis uitbaten, die gemeentewegen aanleggen, die een drukkerij uitbaten, enz. Worden daarentegen als niet-rendabel beschouwd, de intercommunales met een medisch-sociaal doel, de intercommunales voor huisvuilbehandeling, voor overwelling van waterlopen, enz." in P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 140.

4. Samenvattende conclusie en antwoord op de subonderzoeksvraag

419. In het vierde en laatste deel van dit proefschrift werd er op normatieve wijze onderzocht op welke wijze de problemen die de hybriditeit teweegbrengt kunnen worden opgelost en hoe het organiek kader van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden daarbij kan worden geoptimaliseerd. Ter beantwoording van die normatieve onderzoeksvraag, werd er via functioneel rechtsvergelijkend onderzoek inspiratie gezocht bij drie soorten overheidsrechtspersonen: verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn, federale autonome overheidsbedrijven, en Nederlandse (privaatrechtelijke) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden – respectievelijk *lokale*, *federale* en *internationale* uitdrukkingen van bestuurlijke organisatie. Deze drie inspiratiebronnen bevinden zich alle drie in de grijze zone tussen de publieke en de private sector en tussen het publiek- en het privaatrecht. Ze vertonen allen interessante gelijkenissen en opmerkelijke verschillen, zowel t.a.v. de Belgische intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, als t.a.v. elkaar. Aangezien ze alle drie hun eigen nadelen hebben, kan er voor dit onderzoek minder inspiratie uit worden geput dan ik initieel had verwacht. De uitgangspunten die de AOB-wet hanteert, blijken nog de meest nuttige inspiratiebron te zijn.

420. Waar mogelijk geïnspireerd door deze drie onderzochte types overheidsrechtspersonen, werden er vervolgens *krachtlijnen* en *aanbevelingen* geformuleerd voor een toekomstbestendige intergemeentelijke samenwerking. Deze krachtlijnen en aanbevelingen zijn voornamelijk gericht tot de organieke regelgever, maar occasioneel ook tot de toezichthoudende overheden, de deelnemende gemeenten, en rechtsonderhorigen zoals private bedrijven. De zes krachtlijnen die hoe dan ook dienen te worden gerespecteerd door diegene ten aanzien van wie de aanbeveling is gericht, zijn:

K1	Europese doorwerking op aard/karakter verduidelijken.
K2	Concrete gevolgen van kwalificatie als 'publiekrechtelijke rechtspersoon' en verhouding met andere wetgeving/beginselen verduidelijken.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

K3	Ingrijpen t.a.v. wetgevingstechniek van hybride vormgeving.
K4	Effectief uitoefenen van toezicht en benutten van controle mogelijkheden.
K5	Verstrengen van filialisering en participatie in private vennootschappen & sub-filialisering verbieden.
K6	Verduidelijken van (conservatieve of moderne) benadering en begrenzingen van 'gemeentelijk belang'.

De twintig aanbevelingen moeten niet cumulatief worden opgevat, maar stellen een 'menu' voor op basis waarvan er – met inachtneming van de opgelijste voor- en nadelen – een geoptimaliseerde en toekomstbestendige intergemeentelijke samenwerking kan worden geassembleerd. Bij deze aanbevelingen werd een onderscheid gemaakt tussen twee types. *Enerzijds*, zijn er aanbevelingen die de problemen kunnen verhelpen vanuit een conservatieve benadering van intergemeentelijke samenwerking. Deze aanbevelingen zorgen dat de hedendaagse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden 'terug in de rangen' worden gebracht om zo tegemoet te komen aan de problemen die de hybriditeit van deze entiteiten teweegbrengt. Indien gevolg wordt gegeven aan deze aanbevelingen, zal het organiek kader opnieuw overeenstemmen met het referentiekader (*supra* nr. 318) en met de initiële, fundamentele uitgangspunten die sinds honderd jaar aan de basis liggen van de intercommunalisatie in België. De aanbeveling om 'geen commercieel karakter' te vervangen door 'geen ondernemingskarakter' (aard en karakter, A1), de dynamische verwijzing te verduidelijken (rechtsvorm, A7), en filialisering en participatie in private vennootschappen te verbieden (doel en activiteiten, A17), zijn slechts enkele voorbeelden.

Anderzijds, zijn er aanbevelingen die de opgelijste problemen kunnen verhelpen én het organiek kader kunnen optimaliseren vanuit een moderne benadering. Deze aanbevelingen werden uitgewerkt vanuit het idee dat de fundamentele uitgangspunten die aan de basis liggen van het huidig organiek kader van intergemeentelijke samenwerking en die zijn uiteengezet in het referentiekader niet langer zijn aangepast aan de gewijzigde maatschappij. Aangezien het

'terugdringen' van intercommunales in het referentiekader niet wenselijk is, beogen deze aanbevelingen de creatie van een nieuw referentiekader met moderne fundamentele uitgangspunten. Om deze moderne uitgangspunten te kunnen fixeren, werd de hypothese geverifieerd dat het organiek kader functioneel gedifferentieerd dient te zijn naargelang de doelstellingen en activiteiten van het intergemeentelijk samenwerkingsverband. Voorbeelden van aanbevelingen zijn dat de organieke regelgeving functioneel kan worden gedifferentieerd m.b.t. het ondernemingskarakter (aard en karakter, A3), dat de gemeenten kan worden toegestaan om de privaatrechtelijke weg te bewandelen (rechtsvorm, A10), en dat de Regering kan bepalen welke commerciële/economische/industriële doelstellingen en activiteiten een intergemeentelijk samenwerkingsverband kan stellen (doel en activiteiten, A19). Afhankelijk van de (politieke) keuze tussen de conservatieve en moderne benadering, zullen er andere (juridische) consequenties spelen en worden er dus andere aanbevelingen geformuleerd.

421. De hypothese dat het organiek kader functioneel gedifferentieerd dient te zijn naargelang de doelstelling en activiteit van het intergemeentelijk samenwerkingsverband, kon niet worden geverifieerd voor zijn rechtsvorm, maar wel voor zijn aard en het karakter. Ter afsluiting van dit normatief onderzoek bracht ik de aanbevelingen over de functionele differentiatie die zijn geformuleerd vanuit de moderne benadering samen. Ik deed een beknopte aanzet tot de creatie van een juridische omkadering voor een tussenregime: een typologie met een uniform kader voor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, maar met een tweevoudige functionele differentiatie wat hun juridische behandeling betreft.

De functionele differentiatie is gekoppeld aan het onderscheid tussen, enerzijds, doelstellingen en activiteiten van traditioneel gemeentelijk belang en, anderzijds, doelstellingen en activiteiten van economisch gemeentelijk belang. In deze typologie zal de organieke regelgever kunnen kiezen welk onderscheidend criterium hij koppelt aan dit onderscheid en dus aan de invulling van doelstellingen en activiteiten van traditioneel en van economisch gemeentelijk belang. Vervolgens kan hij een gedifferentieerde juridische benadering invoeren (nl. een *traditionele* en een *economische* juridische benadering). Zo kan hij er bijvoorbeeld

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

voor kiezen om het intergemeentelijk samenwerkingsverband in het ene geval niet en in het andere geval wel als onderneming te beschouwen, wel/niet te onderwerpen aan de waarborgen van het administratief recht, wel/niet te laten genieten van fiscale vrijstellingen, aan een beperkt of uitgebreid administratief toezicht te onderwerpen, wel/geen onteigeningsprerogatief toe te kennen, wel/geen private deelname toe te laten, enzovoort. Voor doelstellingen en activiteiten van niet-gemeentelijk belang wordt het best voor eens en altijd duidelijk gemaakt dat hier geen plaats voor is binnen de intercommunalisatie. Zo blijven de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, zelfs in een moderne benadering van het gemeentelijk belang die eigenlijk erg ruim kan worden ingevuld, nog steeds instrumenten voor en door de gemeenten – net zoals dit honderd jaar geleden het geval was.

DEEL III – *One size fits all?* Functionele differentiatie en uniformiteit als antwoord op hybriditeit

ALGEMEEN BESLUIT

422. Twee of meer gemeenten kunnen intergemeentelijke samenwerkingsverbanden tot stand brengen met het oog op de gemeenschappelijke behartiging van doelstellingen van gemeentelijk belang. Die mogelijkheid is voor de Belgische gemeenten voor het eerst op algemene wijze wettelijk uitgewerkt in 1922 – dit jaar precies een eeuw geleden. Kenmerkend aan de huidige intergemeentelijke samenwerkingsverbanden is dat het hybride creaties zijn: ze zitten geklemd tussen publiek- en privaatrecht en tussen overheid en onderneming. Precies die hybriditeit van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, in combinatie met de honderdste verjaardag van de organieke regelgeving, maakte het voorwerp uit van dit onderzoek.

Dit onderzoek beoogde de aanzet te geven voor een moderne, toekomstbestendige juridische benadering van intergemeentelijke samenwerking die is aangepast aan de 21^{ste} eeuw en waarbij er een duurzaam evenwicht wordt gevonden tussen traditionele en economische overheidstaken. De centrale onderzoeksvraag die daartoe werd beantwoord, luidt als volgt:

In welke mate dient de organieke regelgeving omtrent intergemeentelijke samenwerking, en in het bijzonder hun hybride uitwerking, aangepast te worden aan de juridische en maatschappelijke evoluties van de voorbije eeuw?

Uit de centrale onderzoeksvraag vloeien drie subonderzoeksvragen voort die elk het voorwerp uitmaakten van een afzonderlijk deel van dit proefschrift. Een rechtshistorisch onderzoek van wetgeving, parlementaire documenten, vonnissen en arresten, rechtsleer, statuten, rapporten en nieuwsberichten, gaf het antwoord op de subonderzoeksvraag welke evolutie de organieke regelgeving omtrent intergemeentelijke samenwerking sinds de Belgische onafhankelijkheid kende en in welke mate en waarom er daarbij sprake was van hybriditeit (cf. *ratio legis*) (DEEL I). Een analyse van het positief recht beantwoordde de vraag in welke mate de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in de drie gewesten op vandaag

ALGEMEEN BESLUIT

een hybride invulling krijgen (in de organieke regelgeving) en een evaluatief onderzoek bracht de problemen die de hybriditeit uitlokt, aan het licht (DEEL II). Een normatief onderzoek formuleerde tot slot oplossingen voor de problemen die de klemming van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden tussen publiek- en privaatrecht en tussen overheid en onderneming teweegbrengt, en gaf aan hoe de wetgeving op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden daarbij kan worden geoptimaliseerd (DEEL III).

De resultaten van de drie deelonderzoeken maken het mogelijk om de centrale onderzoeksvraag te beantwoorden. Dit antwoord wordt samengevat in de hiernavolgende pagina's en is opgebouwd aan de hand van vier overkoepelende stellingen. Voor de besluiten per hoofdstuk verwijs ik graag naar de 'tussentijdse conclusies' in de voltekst van dit proefschrift. Voor de besluiten per deel en de antwoorden op de subonderzoeksvragen verwijs ik naar de 'samenvattende conclusies' aan het einde van elk deel. Tot slot wijzen bepaalde aspecten die slechts in beperkte mate aan bod kwamen in dit onderzoek, zoals de deelname van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in private bedrijven en hun filialisering, in ieder geval op de nood aan verder (juridisch) onderzoek. Zoals in de inleiding van dit onderzoek vermeld, staat het de lezer eveneens vrij om te reflecteren of, en in welke mate, de uitgewerkte theorie doorgang kan vinden naar andere overheidsrechtspersonen die eveneens hybride kenmerken vertonen.

423. Eén van de aanleidingen van het onderzoek is de evolutie die de samenleving de voorbije eeuw maakte. De afgelopen honderd jaar kenmerken zich immers door enkele belangrijke juridische en maatschappelijke ontwikkelingen. Zo heeft het federaliseringsproces en de bestaande bevoegdheidsverdeling tot op vandaag verregaande gevolgen voor de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in het licht van hun hybriditeit.

Daarnaast nam het economisch overheidsinterventionisme toe. Aan het begin van de 20^{ste} eeuw kenmerkte intergemeentelijke samenwerking zich nog door een afwezigheid van marktoptreden en een dienstverlening met verlieslatend karakter vanuit voornamelijk sociaal oogpunt. Vanaf de jaren twintig van de vorige eeuw begonnen gemeenten echter in de meest uiteenlopende sectoren samen te werken

ALGEMEEN BESLUIT

(bv. energie, gas, water, economische expansie, financiering). België evolueerde van een nachtwakersstaat naar een verzorgingsstaat en het economisch overheidsinterventionisme werd nog versterkt door Europese impulsen. Liberaliseringsgolven zorgden ervoor dat tal van intercommunales plots optraden op een commerciële en economische markt, vaak in concurrentie met de privésector. Intussen zijn heel wat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden uitgegroeid tot economische en concurrerende marktspelers. Er is sprake van een toenadering tussen de publieke en private sector waarbij de Europeanisering een belangrijke impact heeft op de intergemeentelijke samenwerking.

Daaruit voortvloeiend, is er de juridische evolutie van een toenadering tussen het publiekrecht en het privaatrecht. Onder meer door voormeld toenemend economisch overheidsinitiatief sinds het interbellum en de toenadering tussen de publieke en de private sector, is de eens zo duidelijke grens tussen het publiek- en het privaatrecht als *summa divisio* in de loop der tijd meer en meer vervaagd. Het publiekrecht en het privaatrecht werden in de liberale nachtwakersstaat als twee van elkaar te onderscheiden gehelen beschouwd. De overheid doet echter steeds vaker beroep op privaatrechtelijke technieken, voornamelijk in het kader van het voormelde economisch overheidsoptreden. Het onderscheid tussen publiek- en privaatrechtelijke technieken is, net als het openbaar en particulier initiatief, niet langer strikt afgelijnd waardoor deze een door- en wisselwerking kennen.

424. Tegelijkertijd is er al sinds de beginjaren van intergemeentelijke samenwerking aan het begin van de 20^{ste} eeuw in België – telkens in meer of mindere mate – een rol weggelegd voor zowel het publiekrecht als het privaatrecht in het organiek kader van de intercommunales. Wat de *rechtsvorm* betreft, zorgde de wetgever de voorbije eeuw voor een combinatie van, enerzijds, eigen 'publiekrechtelijke' organieke bepalingen en, anderzijds, privaatrechtelijke bepalingen afkomstig uit het verenigings- en vennootschapsrecht. Op vandaag is er in de drie gewesten voorzien dat het federale vennootschapsrecht enkel van toepassing is op de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zolang er niet van wordt afgeweken in de organieke regelgeving of in de statuten van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Er is dus telkens sprake van een

ALGEMEEN BESLUIT

(hybride) *sui generis*-rechtsvorm en niet van een NV of CVBA-vorm. In de Waalse en Brussels Hoofdstedelijke regelgeving is er sprake van een *principiële* en in de Vlaamse regelgeving van een *aanvullende* toepassingsverklaring van het vennootschapsrecht. Niettegenstaande de hybriditeit dit zou kunnen doen vermoeden, doet deze licht afwijkende formulering in de onderscheiden gewesten hier geen afbreuk aan. De intergemeentelijke samenwerkingsverbanden *zijn* bovendien ook geen private vennootschappen. Onder meer de afwijkingen die de organieke bepalingen voorzien op de (dwingende) bepalingen van het federale vennootschapsrecht (cf. "*qui peut le plus, peut le moins*"), en het feit dat de gemeenten hun samenwerkingsverbanden oprichten op grond van de organieke regelgeving (nl. DLB, CDLD, de ordonnantie van 5 juli 2018) en niet op grond van het private rechtspersonenrecht (nl. het WVV) staven dit. Gemeenten beroepen zich op de publiekrechtelijke weg in de organisatierechtelijke tweewegenleer. De *ratio legis* van de hybriditeit met betrekking tot de rechtsvorm kwam duidelijk naar voren in het rechtshistorisch onderzoek: de wetgevingstechniek van de regelgeving door verwijzing die zich baseert op de wisselwerking tussen het publiek- en het privaatrecht is louter bedoeld om de werking van de intercommunale te vergemakkelijken. De intergemeentelijke samenwerkingsverbanden hebben daardoor geen private vennootschapsvorm en *zijn* geen private vennootschappen.

Hoewel de decreet- en ordonnantiegever in afwijkingen op het federale vennootschapsrecht voorzien, bleek uit het evaluatief onderzoek dat ze binnen hun bevoegdheden zijn gebleven bij de creatie van de hybride rechtsvormen. De deelstatelijke wetgever mag de federale vennootschaps- en verenigingstypes immers enigszins denatureren. Zijn vrijheid wordt wel beperkt door het evenredigheidsbeginsel en/of de voorwaarden die zijn gekoppeld aan de theorie van de impliciete bevoegdheden zoals vervat in artikel 10 van de BWHI, die bovendien elkaars 'spiegelbeeld' zijn.

Daarnaast resulteerde de recente hervorming van het vennootschaps- en verenigingsrecht in de aanneming van een nieuw wetboek van vennootschappen en verenigingen, afgekort 'het WVV'. De inwerkingtreding van het WVV heeft tot gevolg dat de CVBA niet langer als afzonderlijke rechtsvorm bestaat, terwijl de CV

ALGEMEEN BESLUIT

niet louter is gecreëerd ter vervanging van de CVBA. Hierdoor gaat de dynamische verwijzing in de organieke regelgeving niet op (cf. want opgeheven) en *is* er eenvoudigweg geen wettelijk kader meer als terugvalbasis. Het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 blijven als enig geldende regelgeving over (naast de statuten van de intercommunale). Ten aanzien van de intercommunales in het Waalse Gewest die de vorm aannemen van een NV kon de dynamische interpretatie wel doorgang vinden. De wetgevingstechniek van de regelgeving door verwijzing zorgt duidelijk voor moeilijkheden zoals een verminderde leesbaarheid en een verminderde toegankelijkheid van de verwijzende regelgeving. Het blijft twijfelachtig in welke mate het vennootschapsrecht van toepassing is. De afdeling Wetgeving van de Raad van State keurt die wetgevingstechniek dan ook terecht af. Bij de Vlaamse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden moeten er zowaar drie wetgevingsinstrumenten in acht worden genomen, met name het DLB, het WVV en de (verouderde) omzendbrief van 2003 – dit trouwens bovenop de statuten. In het Vlaamse Gewest is er intussen ingegrepen en wordt er sinds 2021 dynamisch verwezen naar de bepalingen van de CV. Alternatieven voor de externe verwijzing zijn jammer genoeg niet onderzocht en het argument dat de CV aansluit bij de vroegere rechtsvorm van de CVBA lijkt me onvoldoende onderbouwd te zijn. Dit aangezien de verschillen tussen de CV en de BV beperkt(er) zijn geworden en de BV uitdrukkelijk een *default*-functie werd aangemeten.

Tot slot rijst er in het licht van de (organisatierechtelijke) tweewegenleer weinig discussie over het feit dat gemeenten 'de privaatrechtelijke weg' niet kunnen inslaan om intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op te richten en dat ze zich hiertoe dus niet op het private vennootschaps- en verenigingsrecht kunnen beroepen. De voorwaarde dat het gebruik van het privaatrecht niet in strijd mag zijn met enige dwingende positiefrechtelijke regeling is immers niet vervuld.

Samengevat, is er een verhoogde waakzaamheid nodig bij de hybride vormgeving van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Het evaluatief onderzoek toont aan dat de gewestelijke organieke regelgever de rechtsvorm van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden weloverwogen dient te benaderen. Aan het begin van de 20^{ste} eeuw onderbouwde de wetgever het gebruik van het

ALGEMEEN BESLUIT

privaatrecht bij de vormgeving van intercommunales met het argument dat dit 'louter de werking van de intercommunale vergemakkelijkt'. Door de federalisering en het inmiddels bestaan van bevoegdheden op verschillende niveaus, lijkt die wetgevingstechniek de intergemeentelijke werking echter niet langer te vergemakkelijken, maar daarentegen nodeloos complex te maken. De organieke wetgever zag het federaliseringsproces vreemd genoeg niet als gelegenheid om zijn wettelijk kader de afgelopen decennia in heroverweging te nemen.

425. Ook wat haar *aard en karakter* betreft, is de intercommunale geklemd tussen publiek- en privaatrecht en tussen overheid en onderneming. De organieke wetgever verduidelijkte in de wet van 1 maart 1922 omtrent de vereniging van gemeenten tot nut van 't algemeen dat de intercommunale haar 'burgerlijk karakter' behoudt en in de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales dat ze 'geen handelskarakter' heeft, ondanks de overeenstemming van haar statuten met de handelswetten. Door die terugkoppeling naar het handelsrecht incorporeert de organieke wetgever het privaatrecht in de juridische benadering van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. De *ratio legis* achter deze bepaling is dat de organieke regelgever het intergemeentelijk samenwerkingsverband volledig wil onttrekken aan de toepassing van commerciële bepalingen en dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, ondanks hun hybride uitwerking, nooit als commerciële ondernemingen mogen worden beschouwd.

Uit het evaluatief onderzoek blijkt echter dat Europese en federale initiatieven die intentie vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw meer en meer zijn gaan doorkruisen. Concreet impliceert het feit dat het Europees mededingingsrecht en het marktpraktijkenrecht (functionele) autonome interpretaties hanteren bij de aanknopingspunten van hun regelgeving dat bepaalde intergemeentelijke samenwerkingsverbanden als onderneming kwalificeren. In de invulling die het Hof van Justitie van de Europese Unie geeft aan ondernemingsbegrippen is tenslotte enkel de *activiteit* van een rechtspersoon van belang voor de kwalificatie als onderneming, los van de rechtsvorm of van enige nationale kwalificatie die het tegenovergestelde zou beweren. Ook de inwerkingtreding van nieuwe federale

ALGEMEEN BESLUIT

regelgeving waarbij er niet langer wordt vastgehaakt aan het 'handelskarakter' van een bepaalde entiteit maar wordt gewerkt met een nieuw ondernemingsbegrip, zorgt er in de praktijk voor dat bepaalde intergemeentelijke samenwerkingsverbanden toch juridisch als onderneming worden benaderd. Dat ondernemingsrechtlers zich bevoegd verklaren ten aanzien van bepaalde intercommunales illustreert die evolutie. De hybriditeit van het intergemeentelijk samenwerkingsverband nam in de feiten op het vlak van zijn aard en karakter dan ook toe. In het licht van de *ratio legis* gaat die juridische behandeling als onderneming duidelijk te ver – zeker wat de federale regelgeving betreft – maar aan de doorwerking van het Unierecht valt hoe dan ook niet te 'ontsnappen'. De aloude wens van de wetgever om de intercommunale te onttrekken aan de toepassing van commerciële bepalingen, werd gaandeweg aangetast door factoren 'buiten zijn wil'. De wetgever kon hier natuurlijk niet op anticiperen in 1922, maar trad in de loop der tijd ook niet op tegen deze uitholling van de bepaling dat het intergemeentelijk samenwerkingsverband geen commercieel karakter heeft.

Nog met betrekking tot hun *aard en karakter* zijn intergemeentelijke samenwerkingsverbanden uitdrukkelijk als publiekrechtelijke rechtspersonen gekwalificeerd. Naast het vermijden van verwarring met handelsvennootschappen door de hybride rechtsvorm, was het de bedoeling van de wetgever in 1986 om hiermee 'de algemene beginselen van het administratief recht' toepassing te laten vinden. De minister van Binnenlandse Zaken verduidelijkte dat die kwalificatie resulteert in de toepassing van de wetten van de openbare dienst en van bepaalde regelgeving die terug te leiden is tot diezelfde 'wetten'. Uit het evaluatief onderzoek naar de toepassingsgebieden van onder meer de wetten van de openbare dienst, de uitvoeringsimmunititeit, het faillissementsrecht, het begrip administratieve overheid en de beginselen van behoorlijk bestuur, blijkt dat de concrete impact van de uitdrukkelijke kwalificatie echter relatief beperkt is. Elk beginsel en iedere wetgeving heeft een eigen toepassingsgebied *ratione personae* dat in principe losstaat van de uitdrukkelijke kwalificatie als publiekrechtelijke rechtspersoon. Enkel ten aanzien van het begrip 'administratieve overheid' en in het kader van de beginselen van behoorlijk bestuur kan de rechter de wil van de wetgever mogelijk in aanmerking nemen, maar daarbij is het onduidelijk in welke

ALGEMEEN BESLUIT

mate die wil doorweegt. Los daarvan, blijkt de *ratio legis* in ieder geval niet vervuld te zijn.

426. Ten derde is het *doel* van het intergemeentelijk samenwerkingsverband al sinds de eerste kaderwet van 1 maart 1922 beperkt tot de behartiging van 'het gemeentelijk belang'. Het gemeentelijk belang is als *onbepaald* (politiek) begrip echter niet *onbegrensd*. Het intergemeentelijk samenwerkingsverband is immers een functioneel gedecentraliseerde entiteit die als verlengstuk van de gemeente kan worden beschouwd waarbij de rechtstreekse band met de gemeenten die ze hebben opgericht, moet gevrijwaard blijven. Ook ten aanzien van het doel en de activiteit van het intergemeentelijk samenwerkingsverband is er sprake van hybriditeit.

Uit de *ratio legis* blijkt dat het gemeentelijk belang *ratione personae* de doelstellingen en activiteiten van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op die manier beperkt dat ze de inwoners van de deelnemende gemeenten ten goede moeten komen. Het gemeentelijk belang *ratione loci* beperkt het doel en de activiteiten tot het grondgebied van de deelnemende gemeenten. *Ten derde* beperkt het gemeentelijk belang *ratione materiae* de doelstellingen en activiteiten van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op inhoudelijke wijze. De samenwerkende gemeenten bepalen in eerste instantie *zelf* wat van gemeentelijk belang is. Het is daarbij wel degelijk toegelaten dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden doelstellingen van *economisch* gemeentelijk belang vooropstellen. Tegelijkertijd blijkt uit het rechtshistorisch onderzoek dat het gemeentelijk belang zo moet worden begrepen dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband nooit een doel mag nastreven dat essentieel, hoofdzakelijk of uitsluitend commercieel of industrieel is en niet een in hoofdzaak of uitsluitend privaat belang mag nastreven. Het werd talloze keren benadrukt dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband met een commerciële of speculatieve hoofddoelstelling nooit kan worden goedgekeurd, en dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband dat de realisatie van een economisch gemeentelijk belang nastreeft niet mag uitgroeien tot een commerciële onderneming. Het louter spijzen van de gemeentekas is bovendien niet voldoende

ALGEMEEN BESLUIT

en het intergemeentelijk samenwerkingsverband kan geen winstoogmerk vooropstellen.

De hybriditeit van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden ten aanzien van het doel vloeit misschien minder uitdrukkelijk uit het organiek kader zelf voort, maar intergemeentelijke samenwerkingsverbanden bevinden zich vooral door hun doelstellingen en activiteiten *in de praktijk* steeds vaker op het grensgebied tussen de publieke en de private sector. Zoals hierboven vermeld, is er de laatste eeuw sprake van een temporele ontwikkeling van de uitoefening van zuiver 'publieke' doelstellingen en activiteiten (vanuit sociaal oogpunt) naar de uitoefening van economische, commerciële activiteiten op een markt, in concurrentie met private bedrijven. Waar uit de *ratio legis* van de bepaling dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden het gemeentelijk belang moeten behartigen een afgetekend toetsingskader voor dit gemeentelijk belang kan worden afgeleid, lijken de intergemeentelijke praktijk, de statuten van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en het oordeel van de Raad van State niet langer altijd te rijmen met de (traditionele) uitgangspunten van dit toetsingskader. Zowel vanuit politieke hoek als op juridisch vlak worden er de laatste jaren dan ook kritische vragen gesteld bij bepaalde doelstellingen en activiteiten van (filialen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Terecht zo blijkt, aangezien het concreet afdoetsen van bepaalde twijfelachtige doelstellingen en activiteiten aan het toetsingskader als resultaat geeft dat ze het gemeentelijk belang zowel *ratione personae, loci* als *materiae* overstijgen. Bij verschillende (filialen van) intergemeentelijke samenwerkingsverbanden ligt het zwaartepunt van het doel en de activiteit niet meer bij het behartigen van de belangen van de gemeentelijke bevolking, maar in het economisch marktgericht optreden vanuit een ondernemingsperspectief en met een winstoogmerk. Indien hier niet tegen wordt opgetreden (bv. door de toezichhoudende overheid), zal de intercommunale in een 'zweem' van onwettigheid blijven handelen. Vóór de grondwettelijke verankering van het verenigingsrecht van gemeenten in 1921, was intergemeentelijke samenwerking overigens in beginsel verboden met als één van de voornaamste argumenten dat gemeenten zich zo commercieel zouden uitlaten en werd de concurrentie met de privésector zelfs als drijfveer gebruikt om

ALGEMEEN BESLUIT

het gedoogbeleid ten aanzien van de intergemeentelijke overeenkomsten aan banden te leggen.

Het evaluatief onderzoek maakte bovendien duidelijk dat het feit dat bepaalde intergemeentelijke samenwerkingsverbanden intussen (concurrentiële) economische activiteiten (op een markt) uitvoeren, ervoor zorgt dat ze onder het personele toepassingsgebied van verschillende bepalingen vallen. Rechtstakken zoals het mededingingsrecht, het overheidsopdrachtenrecht en het fiscaal recht maken namelijk een functioneel juridisch onderscheid tussen de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die (op concurrentiële wijze) economische activiteiten op een markt uitvoeren, en diegenen die andere doelstellingen en activiteiten vooropstellen. De organieke wetgeving op intergemeentelijke samenwerking kent geen dergelijke functionele benadering. In dat opzicht kan er worden gesproken over een *one size fits all*-benadering in de organieke regelgeving: alle intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zijn onderworpen aan dezelfde regels, ongeacht de doelstellingen en activiteiten die ze ambiëren. Dit valt net te verklaren doordat de fundamenteën van de organieke wetgeving al een eeuw teruggaan en de maatschappij en het economisch overheidsinterventionisme er toen volledig anders uitzag.

427. Samengevat kenmerkt de juridische hybriditeit van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zich niet alleen door een variatie doorheen de tijd, tussen de gewesten en naargelang de wetgeving, maar ook door een pragmatische *ratio legis* gericht op het in stand houden van het 'publieke' gehalte/overheidsgehalte van intergemeentelijke samenwerking. Meer nog dan ik had verwacht aan het begin van dit onderzoek zijn het ook andere (niet-organieke) wetgeving en initiatieven die de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zelf nemen, die hen op het grensvlak tussen publiek en privaat en tussen overheid en onderneming plaatsen en dus voor een verregerende hybriditeit van deze lokale overheidsrechtspersonen zorgen. Het feit dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zich op de grens van het publiekrecht en het privaatrecht en van de publieke en private sector bevinden, blijft duidelijk niet zonder gevolgen. Vele (organieke) elementen hebben niet langer de draagwijdte die ermee was vooropgesteld. Schandalen illustreren de rechtsonzekerheid die

ALGEMEEN BESLUIT

toeneemt. Het samengaan van, enerzijds, de bovenvermelde maatschappelijke en juridische ontwikkelingen en, anderzijds, de standvastigheid van de hybride organieke regelgeving leidt op vandaag tot de moeilijkheden en problemen die hierboven zijn toegelicht. De inertie van de verantwoordelijken (niet enkel de wetgever, maar ook de toezichthoudende overheden en de deelnemende gemeenten zelf) houden de problemen in stand.

STELLING 1

De organieke hybriditeit van intergemeentelijke samenwerking is van alle tijden, maar heeft een louter pragmatische *ratio legis* gericht op het in stand houden van het overheidsgehalte van de intergemeentelijk samenwerkingsverbanden.

STELLING 2

Ten gevolge van impactvolle juridische en maatschappelijke ontwikkelingen en een gebrek aan wetgevend optreden, is de *ratio legis* van de organieke regelgever voorbijgestreefd en werkt de hybriditeit contraproductief.

428. De decreetgever dient zich bewust te zijn van de gewijzigde context waarin het intergemeentelijk samenwerkingsverband in 2022 opereert, zeker nu blijkt dat de hybriditeit van de intercommunale niet enkel door het organiek kader *an sich* maar ook door allerlei externe factoren wordt ingegeven. Het organiek kader is niet langer *up to date* en er is nood aan remediëring. De decreetgever moet de problemen die daarbij rijzen 'onder ogen durven zien'. Publiek- en privaatrecht bestaan immers niet naast elkaar. De organieke regelgever zal meer rekening moeten houden met de mogelijke impact van regelgeving op andere niveaus (o.a. het Europese niveau, federale loyautéit).

Op basis van een normatief onderzoek en waar mogelijk geïnspireerd door een functionele rechtsvergelijking met drie types overheidsrechtspersonen, nl. 1) verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn, 2) federale

ALGEMEEN BESLUIT

autonome overheidsbedrijven, en 3) Nederlandse privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, werden er in dit proefschrift *krachtlijnen* en *aanbevelingen* geformuleerd voor een toekomstbestendige intergemeentelijke samenwerking. Deze krachtlijnen en aanbevelingen zijn voornamelijk gericht tot de organieke regelgever, maar occasioneel ook tot de toezichthoudende overheden, de deelnemende gemeenten, en rechtsonderhorigen zoals private bedrijven. De volgende zes krachtlijnen dienen hoe dan ook en minstens te worden gerespecteerd (door diegenen tot wie de aanbeveling is gericht):

K1	Europese doorwerking op aard en karakter verduidelijken.
K2	Concrete gevolgen van kwalificatie als 'publiekrechtelijke rechtspersoon' en verhouding met andere wetgeving/beginselen verduidelijken.
K3	Ingrijpen t.a.v. wetgevingstechniek van hybride vormgeving.
K4	Effectief uitoefenen van toezicht en benutten van controlemogelijkheden.
K5	Verstrengen van filialisering en participatie in private vennootschappen & sub-filialisering verbieden.
K6	Verduidelijken van (conservatieve of moderne) benadering en begrenzingen van het gemeentelijk belang.

STELLING 3
De hybriditeit van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden vereist op zes vlakken noodzakelijk ingrijpen.

429. Naast de zes krachtlijnen die minstens in acht moeten worden genomen, kan er *nog méér* worden tegemoet gekomen aan de problemen die de hybriditeit veroorzaakt. De aanbevelingen die op basis van het functioneel rechtsvergelijkend

ALGEMEEN BESLUIT

onderzoek en het normatief onderzoek werden geformuleerd, zijn op te delen in twee categorieën.

Enerzijds zijn er mogelijkheden die het organiek kader kunnen optimaliseren vanuit een conservatieve benadering van intergemeentelijke samenwerking. Deze aanbevelingen zorgen dat de hedendaagse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden 'terug in de rangen' worden gebracht om zo tegemoet te komen aan de problemen die de hybriditeit van deze entiteiten teweegbrengt. Indien gevolg wordt gegeven aan deze aanbevelingen, zal het organiek kader opnieuw overeenstemmen met de *ratio legis* en dus met de initiële, fundamentele uitgangspunten die sinds honderd jaar aan de basis liggen van de intercommunalisatie in België. De aanbeveling om 'geen commercieel karakter' te vervangen door 'geen ondernemingskarakter' (aard en karakter, A1), de dynamische verwijzing te verduidelijken (rechtsvorm, A7), en filialisering en participatie in private vennootschappen te verbieden (doel en activiteiten, A17), zijn slechts enkele voorbeelden.

Anderzijds zijn er mogelijkheden die het organiek kader kunnen optimaliseren vanuit een moderne benadering. Deze aanbevelingen werden uitgewerkt vanuit het idee dat de fundamentele uitgangspunten die aan de basis liggen van het huidig organiek kader van intergemeentelijke samenwerking (cf. *ratio legis*) niet langer zijn aangepast aan de gewijzigde maatschappij. Aangezien het 'terugdringen' van intercommunales in het referentiekader niet wenselijk is, beogen deze aanbevelingen de creatie van een nieuw referentiekader met moderne fundamentele uitgangspunten. Om deze moderne uitgangspunten te kunnen fixeren, werd de hypothese geverifieerd dat het organiek kader functioneel gedifferentieerd dient te zijn naargelang de doelstellingen en activiteiten van het intergemeentelijk samenwerkingsverband. Voorbeelden van aanbevelingen zijn dat de organieke regelgeving functioneel kan differentiëren met betrekking tot het ondernemingskarakter (aard en karakter, A3), dat de gemeenten kan worden toegestaan om de privaatrechtelijke weg te bewandelen (rechtsvorm, A10), en dat aan de gewestregeringen wordt opgedragen om te bepalen welke commerciële/economische/industriële doelstellingen en activiteiten de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden mogen stellen (doel en

ALGEMEEN BESLUIT

activiteiten, A19). Afhankelijk van de (politieke) keuze tussen de conservatieve en moderne benadering, zullen er andere (juridische) consequenties spelen en werden er dus andere aanbevelingen geformuleerd.

430. Aangezien er uit het rechtshistorisch onderzoek en de analyse van het positief recht geen aanwijzingen te vinden zijn die erop wijzen dat de *ratio legis* ten aanzien van de organieke bepalingen omtrent intergemeentelijke samenwerking is gewijzigd ten opzichte van vroeger, kan het best zijn dat er wordt gekozen om de conservatieve benadering aan te houden. Vasthouden aan het verleden zou aansluiten bij de tendens waarbij de wet- en decreetgever het overheidsgehalte van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden de afgelopen jaren wou aanscherpen door de band met de gemeente (cf. verlengd lokaal bestuur) aan te halen als argument voor de stelselmatige democratiseringsoefeningen. De focus op het intergemeentelijk samenwerkingsverband als hulpstructuur van de gemeenten loopt de laatste decennia als een rode draad doorheen de regelgeving. Toch lijkt het me aangewezen dat de wetgever zich grondig bezint over de rol van intergemeentelijke samenwerking (in de overheidssfeer). De evolutie waarbij onder meer Europese regelgeving de intercommunale meer en meer richting de private sfeer lijkt te dwingen onder druk van de creatie van een vrije markt en het gelijkheidsbeginsel, kan immers niet worden genegeerd. De wetgever zal dit toch op een zekere manier moeten omarmen.

In dit proefschrift bracht ik daarom tot slot de aanbevelingen over de functionele differentiatie die zijn geformuleerd vanuit de moderne benadering samen. Ik deed een beknopte aanzet tot de creatie van een juridische omkadering voor een tussenregime: een typologie met een uniform kader voor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, maar met een tweevoudige functionele differentiatie wat hun juridische behandeling betreft. Deze typologie vertrekt van een keuzevrijheid van de organieke regelgever ten aanzien van welk onderscheidend criterium hij koppelt aan de invulling van doelstellingen en activiteiten van *traditioneel* en van *economisch* gemeentelijk belang. Vervolgens zou hij een gedifferentieerde juridische benadering kunnen introduceren (nl. een *traditionele* en een *economische* juridische benadering). Zo kan hij er bijvoorbeeld voor kiezen

ALGEMEEN BESLUIT

om het intergemeentelijk samenwerkingsverband in het ene geval niet en in het andere geval wel als onderneming te beschouwen, wel/niet te onderwerpen aan de waarborgen van het administratief recht, wel/niet te laten genieten van fiscale vrijstellingen, aan een beperkt/uitgebreid toezicht te onderwerpen, wel/geen onteigeningsprerogatief toe te kennen, wel/geen private deelname toe te laten, enzovoort. De organieke wetgever kan 'spelen' met een gradatie in overheidsgehalte.

Het antwoord op de vraag of het nastreven van het algemeen en gemeentelijk belang een verschil in behandeling van overheidsrechtspersonen en private rechtspersonen legitimeert, laat ik graag in het midden. Deze functionele benadering zou de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die doelstellingen en activiteiten van economisch gemeentelijk belang behartigen in ieder geval meer richting het privaatrecht doen bewegen (behalve wat hun rechtsvorm betreft). Dit zou op zijn beurt in ieder geval tegemoet komen aan het *level playing field* tussen de intergemeentelijke overheidsbedrijven en privébedrijven. Voor doelstellingen en activiteiten van niet-gemeentelijk belang wordt best voor eens en altijd duidelijk gemaakt dat hier geen plaats voor is binnen de intercommunalisatie. Enkel op die manier blijven de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, zelfs in een moderne benadering van het gemeentelijk belang die erg ruim kan worden ingevuld, nog steeds instrumenten voor en door de gemeenten, net zoals dit honderd jaar geleden het geval was.

STELLING 4

Functionele differentiatie en uniformiteit vormen het beste antwoord op de hybriditeit van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.

Via die typologie kan een moderne en toekomstbestendige intergemeentelijke samenwerking worden gerealiseerd die is aanpast aan de 21^{ste} eeuw en waarbij er een duurzaam evenwicht bestaat tussen traditionele en economische overheidstaken.

ALGEMEEN BESLUIT

SAMENVATTEND SCHEMA

SAMENVATTEND SCHEMA

Tabel 4 – Samenvattend schema conservatieve en moderne benadering

	Organieke regelgeving	Ratio legis	Problemen/moeilijkheden	Krachtlijnen en aanbevelingen
Aard en karakter	<ul style="list-style-type: none"> IGS heeft geen handelskarakter (voorheen: geen burgerlijk karakter) 	<ul style="list-style-type: none"> Volledig onttrekken aan commerciële bepalingen Juridisch niet als onderneming benaderen 	<ul style="list-style-type: none"> Uitholling "geen handelskarakter" door federale en Europese initiatieven 	<p><u>Conservatieve benadering:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> A1: 'Geen commercieel karakter' vervangen door 'geen ondernemingskarakter' K1: Europese doorwerking op aard/karakter verduidelijken <p><u>Moderne benadering:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> A2: Organiek kader aligneren met de praktijk A3: Functionele/activiteitsgebonden differentiatie in organieke regelgeving m.b.t. ondernemingskarakter

SAMENVATTEND SCHEMA

	<ul style="list-style-type: none"> IGS is een publiekrechtelijke rechtspersoon 	<ul style="list-style-type: none"> Verwarring met handelsvennootschap vermijden Algemene beginselen van administratief recht toepassing laten vinden 	<ul style="list-style-type: none"> Uitholling "publiekrechtelijke rechtspersoon" door eigen toepassingsgebieden <i>ratione personae</i> 	<p><u>Conservatieve benadering:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> A4: 'Publiekrechtelijke rechtspersoon' vervangen door 'organieke openbare dienst' A5: Kwalificatie behouden, maar concrete gevolgen en verhouding andere wetgeving/beginselen verduidelijken <p><u>Moderne benadering:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> A6: Functionele/activiteitsgebonden differentiatie in organieke regelgeving (of in praktijk) m.b.t. waarborgen administratief recht K2: Concrete gevolgen en verhouding andere wetgeving/beginselen verduidelijken
Rechts-vorm	<ul style="list-style-type: none"> IGS krijgt op principiële of aanvullende wijze hybride rechtsvorm 	<ul style="list-style-type: none"> Louter de werking van de IGS vergemakkelijken 	<ul style="list-style-type: none"> Dynamische interpretatie t.a.v. WVV onmogelijk 	<p><u>Conservatieve benadering:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> K3: Ingrijpen t.a.v. wetgevingstechniek van hybride vormgeving

SAMENVATTEND SCHEMA

			<ul style="list-style-type: none"> ▪ Rechtsonzekerheid en moeilijke leesbaarheid door dynamische verwijzing 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ A7: Dynamische verwijzing behouden, mits verduidelijking ▪ A8: Uitwerken integrale sui generis-rechtsvorm ▪ A9: Verantwoordelijkheid bij de gemeenten <p><u>Moderne benadering:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ A10: Gemeenten bewandelen de privaatrechtelijke weg ▪ A11: Functionele/activiteitsgebonden differentiatie in organieke regelgeving m.b.t. rechtsvorm
<p>Doel en activiteit</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ IGS moet het gemeentelijk belang behartigen 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Moet ten goede komen van de inwoners ▪ Moet beperkt zijn tot het intergemeentelijk grondgebied ▪ Hoofdzakelijk, uitsluitend commerciële/industriële doelstelling/activiteit die in hoofdzaak 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Behartigen van doelstellingen en activiteiten die het gemeentelijk belang overstijgen 	<p><u>Conservatieve benadering:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ A12: Decretaal verduidelijken conservatieve benadering en begrenzingen van 'gemeentelijk belang' ▪ A13: Regering bepaalt doelstellingen/activiteiten van gemeentelijk belang ▪ K4: Effectief uitoefenen toezicht en benutten van controlemogelijkheden ▪ A14: Uitbreiden van toezicht en controlemogelijkheden

SAMENVATTEND SCHEMA

		<p>privaat belang betreft, mag niet + winstoogmerk mag niet</p>		<ul style="list-style-type: none"> ▪ A15: Statuten conformeren aan specialiteitsbeginsel ▪ A16: Sanctiemogelijkheden voorzien ▪ A17: Verbieden van filialisering en participatie in private vennootschappen ▪ K5: Verstrengen van filialisering en participatie in private vennootschappen en verbieden van sub-filialisering <p><u>Moderne benadering:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ A18: Bepalen en decretaal verduidelijken moderne benadering en begrenzingen van 'gemeentelijk belang' ▪ A19: Regering bepaalt commerciële/economische/industriële doelstellingen en activiteiten ▪ A20: Decreeaal beperken van de 'vrije activiteit' ▪ K6: Verduidelijken (conservatieve of moderne) benadering en begrenzingen van 'gemeentelijk belang'
--	--	---	--	--

BIBLIOGRAFIE

Deze bibliografie bevat alle boeken, bijdragen in verzamelwerken en bijdragen in tijdschriften waarnaar in dit proefschrift werd verwezen. De in de voetnoten aangehaalde regelgeving, rechtspraak, parlementaire documenten, adviezen, rapporten, verslagen, studies, statuten, nieuwsberichten en blogposts zijn niet opgenomen in deze literatuurlijst.

Boeken

- BAETEN, S., *De overheid als ondernemer*, Brugge, die Keure, 2003, 543 p.
- BALLON, G.L., COLAERT, V., GEENS, K., STUYCK, J. en TERRY, E., *Inleiding tot het economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 577 p.
- BIDDAER, P., *Loi communale. Coordonnée et commentée*, Frameries et Bruxelles, Imprimerie centrale des communes, 1923, 1352 p.
- BOULLART, S., *Publiekrechtelijk procesrecht*, Beroepsopleiding advocaten, Stageschool Gent, 2017-2018, 136 p.
- BRÖRING, H.E. en DE GRAAF, K.J. (eds.), *Bestuursrecht 1*, Den Haag, Boom juridisch, 2022, 784 p.
- BRULOOT, D., ERNST, P., FRANÇOIS, A., MARESCEAU, K., PIETTE, C., TAS, R. en WYCKAERT, M., *De nieuwe vennootschapswet*, Mechelen, Kluwer, 2018, 231 p.
- BRUNET, E., SERVAIS, J. en RESTEAU, C. (eds.), *Répertoire pratique du droit Belge*, Brussel, Établissements Émile Bruylant, 1949, II, 917 p.
- BUTTGENBACH, A., *Manuel de droit administratif. Théorie générale du droit administratif belge (3^e édition)*, I, Brussel, Larcier, 1966, 751 p.
- CARLENS, I., DECOCK, M., VANDENDRIESSCHE, F., VAN GARSSE, S., VOETS, J. en VOS, D., *Juridisch-bestuurskundig onderzoek – Evaluatie van het organiek kader voor verzelfstandiging en samenwerking*, Agentschap Binnenlands Bestuur, 2021, 130 p.
- COENEN, A., *Les communes à la croisée des chemins*, Brugge, die Keure, 2003, 227 p.

BIBLIOGRAFIE

- COENEN, A., *Les services publics locaux au cœur de l'effervescence sociétale*, Brugge, die Keure, 2017, 285 p.
- COREMANS, H., VAN DAMME, M., DUJARDIN, J., SEUTIN, B. en VERMEYLEN, G., *Beginnelsen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2016, 284 p.
- DE BANDT, P. en VANDERHELST, M., *L'intervention publique dans la sphère économique*, Brussel, Larcier, 2013, 208 p.
- DE BECKER, J. en DE BECKER, A., *Les Communes belges devant le problème économique*, Brussel, Comité Central Industriel de Belgique, 1936, 191 p.
- DE CLERCK, D., *Interkommunale Maatschappij*, Brussel, Larcier, 1968, 279 p.
- DE GROOT, M., *Overheidstoezicht op private rechtspersonen belast met taken van openbare dienst*, Brugge, die Keure, 2018, 583 p.
- DE MAREZ, D. en STRAGIER, C., *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 414 p.
- DE PAGE, H. en DEKKERS, R., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Établissements Émile Bruylant, 1975.
- DE SOMER, S. en OPDEBEEK, I., *Algemeen bestuursrecht (tweede editie)*, Mortsel, Intersentia, 2019, 782 p.
- DE SOMER, S. en OPDEBEEK, I., *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsel, Intersentia, 2017, 732 p.
- DE TOLLENAERE, V., *Nouveau commentaire de la loi communale*, Brussel, Larcier, 1955, tome I, 724 p.
- DEGRANDE, D., *De wapens van de privésector ten dienste van het algemeen belang? Een evaluatie van de wet op de autonome overheidsbedrijven in het licht van de ratio legis*, Masterproef KUL 2019, onuitg.
- DENYS, M., *De begrippen gemeentelijk, provinciaal en algemeen belang*, Heule, UGA, 1969, 133 p.
- DÉOM, D., *Le statut juridique des entreprises publiques*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 556 p.
- D'HOOGHE, D. en VANDENDRIESSCHE, F., *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 251 p.
- DIRIX, E., STEENNOT, R. en VANHEES, H. (eds.), *Ondernemingsrecht in hoofdlijnen (elfde editie)*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2019, 562 p.

BIBLIOGRAFIE

- DIRIX, E., STEENNOT, R. en VANHEES, H., *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen, tiende editie*, Mortsel, Intersentia, 2014, 538 p.
- DOESCHOT, R.P.G., BOSKMA, A.F., HERWEIJER, M. en OOSTING, M., *Intergemeentelijke samenwerking: een onderzoek naar invoeringsproblemen van de herziene Wet Gemeenschappelijke Regeling*, Deventer, Kluwer, 1987, 200 p.
- DUIJKERSLOOT, A.P.W., DE GIER, A.A.J., JURGENS, G.T.J.M. en SCHUELER, B.J., *De doorkruisingsleer in perspectief. Een onderzoek naar de mogelijke inzet van het privaatrecht ter behartiging van publieke belangen in de gemeentelijke praktijk*, Den Haag, Drukkerij Excelsior, 2010, 116 p.
- DUJARDIN, J. en SOMERS, W. (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2013, 475 p.
- DUJARDIN, J., SOMERS, W. en VAN SUMMEREN L., *Praktisch handboek voor gemeenterecht*, Brugge, die Keure, 2018, 642 p.
- DUJARDIN, J., VANDE LANOTTE, J., GOOSSENS, J. en GODERTIER G., *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 481 p.
- DURVIAUX, A., *Principes de droit administratif. Tome 1 - L'action publique*, Brussel, Larcier, 2018, 672 p.
- DURVIAUX, A.-L. en GABRIEL, I., *Droit administratif - Tome 2*, Brussel, Larcier, 2012, 429 p.
- EGGERMONT, F., SMIS, S., PAEPE, P. en SCHREURS, W., *Praktijkboek rechtsmethodologie*, Brugge, die Keure, 2019, 465 p.
- ERRERA, P., *Traité de droit public Belge*, Parijs, Giard et Brière, 1918, 848 p.
- FLAMME, M.A., *Droit administratif, tome II*, Brussel, Bruylant, 1989, 1364 p.
- FRANÇOIS, A. en HELLEMANS, F., *Het WVV doorgelicht*, Mortsel, Intersentia, 2021, 786 p.
- GHEYSSENS, B. en WAUTERS, K., *Overheidsopdrachten*, Mortsel, Intersentia, 2017, 258 p.
- GIRON, A., *Le droit administratif de la Belgique*, Brussel, Bruylant, 1881, 542 p.
- GOFFAUX, P., *Dictionnaire de droit administratif*, Brussel, Bruylant, 2015, 718 p.
- HAUTPENNE, P., *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 295 p.

BIBLIOGRAFIE

- HAVARD, C., *Manuel pratique de droit communal en Wallonie - Edition 2018*, Brugge, die Keure, 2018, 617 p.
- Houben, R. en Braeckmans, H., *Handboek vennootschapsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2011, 924 p.
- HUISMAN, P.J. en VAN OMMEREN, F.J., *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen: Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2019, 836 p.
- JAK, N., *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en onderneming*, Den Haag, BJU, 2014, 451 p.
- KLAP, A. en GROENEWEGEN, T., *Kernbegrippen van de Algemene Wet Bestuursrecht. Bestuursorgaan, besluit en belanghebbende*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2019, 90 p.
- LAMBOTTE, C. en TAPIE, P., *Technique législative et codification: notes et exemples*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 275 p.
- LIERMAN, S., VAN DE WEYER, P.-J., VANDORMAEL, K.-J., HUISMAN, P., VAN OMMEREN, F. e.a., *Preadviezen 2015*, Den Haag, Boom juridisch, 2015, 362 p.
- MARSEILLE, A.T., BEX-REIMERT, V.M., DAMEN, L.J.A., DE GRAAF, K.J. en VAN DER VEEN, G.A., *Inleiding bestuursrecht*, Den Haag, 2021, Boom juridisch, 360 p.
- MAST, A., DUJARDIN, J., VAN DAMME, M. en VANDE LANOTTE, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 1522 p.
- MAST, A., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, E. Story-Scientia, Gent, 1962, 445 p.
- MULLER, E.R., KUMMELING, H. en NEHMELMAN, R. (eds.), *Instituten van de staat*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, 728 p.
- NUCHELMANS, D. en PAGANO, G., *Les entreprises publiques autonomes*, CRISP, 1991, 72 p.
- PANARA, C. en VARNEY, M. (eds.), *Local Government in Europe. The 'fourth level' in the EU multilayered system of governance*, Londen/New York, Routledge, 2013, 448 p.
- PEETERS, B., *De continuïteit van het overheidsondernemen: een begrippenanalyse en een kritiek op de uitvoeringsimmunititeit*, Antwerpen, Maklu, 1989, 559 p.

BIBLIOGRAFIE

- REEKMANS, P., *De Vlaamse Ziekte. Het web van de intercommunales*, Deurne, Doorbraak, 2017, 205 p.
- RENDERS, D. en GORS, B., *Les biens de l'administration*, Brussel, Bruylant, 2014, 180 p.
- RENDERS, D., *Droit administratif général*, Brussel, Bruylant, 2018, 766 p.
- REYBROUCK, K. en SOTTIAUX, S., *De federale bevoegdheden*, Mortsel, Intersentia, 2019, 892 p.
- ROSSIGNOL, K., *De (on)belastbaarheid van de overheid*, Brugge, die Keure, 2016, 542 p.
- SAUTER, W. en SCHEPEL, H., *State and Market in European Union Law: The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 246 p.
- SHELTEMA, M.W. en SCHELTEMA, M., *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, 442 p.
- SCHLÖSSELS, R.J.N, ALBERS, C.L.G.F.H., HILLEGERS, S. en KOLE, S., *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag, Boom juridisch, 2020, 453 p.
- SCHLÖSSELS, R., JANSEN, C., OPDEBEEK, I., DE SOMER, S., DELVOIE, J. en FORNOVILLE, C., *De polsstok van de beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?*, Wolf Publishers, 2021, 222 p.
- SCHROTEN, K., *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid*, W.E.J. Tjeenk Willink, 2000, 259 p.
- SOTTIAUX, S., *Grondwettelijk recht*, Mortsel, Intersentia, 2016, 499 p.
- SURDIACOURT, N., *Ensemble, on est plus fort! Les intercommunales en Belgique, des origines à nos jours*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 2012, 6 vol.
- TELES, F., *Local Governance and Inter-municipal Cooperation*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2016, 107 p.
- THIRY, B. (ed.), *Les intercommunales à l'heure des régions*, Luik, CIRIEC, 1994, 289 p.
- TIJS, R., *Algemeen bestuursrecht in hoofdlijnen*, Mortsel, Intersentia, 2012, 476 p.
- VAN GARSSE, S. (ed.), *Handboek Bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 366 p.

BIBLIOGRAFIE

- VAN GARSSE, S. (ed.), *Verzelfstandiging en samenwerking op lokaal vlak*, Brussel, Politeia, losbl.
- VAN GERVEN, D., *Handboek Vennootschappen*, Gent, Larcier, 2016, 1300 p.
- VAN MEERBEECK, J., DE BROUX, P.-O., LÉONARD, T. en LOMBAERT, B. (eds.), *La distinction entre droit public et droit privé. Pertinence, influences croisées et questions transversales*, Waver, Anthemis, 2019, 490 p.
- VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1976, 459 p.
- VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, II, Brussel, Bruylant, 1957, 551 p.
- VANDE LANOTTE, J., DE PELSMAEKER, T. en GOEDERTIER, G., *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 1517 p.
- VANDENDRIESSCHE, F., *Publieke en private rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004, 531 p.
- VANDENDRIESSCHE, F., *Publieke en private rechtspersonen? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UGent, 2003, 404 p.
- VANDER PUTTEN, N., *Les conditions du capitalisme public intercommunal. Vers un équilibre entre efficacité et contrôle démocratique*, Masterproef UCL 2017, onuitg.
- VANHAEVERBEEK, J., *Les intercommunales*, Brussel, Nemesis, 1988, 246 p.
- VANPRAET, J., *De latente staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2011, 614 p.
- VAUTHIER, M., *Précis du droit administratif de la Belgique*, Brussel, Larcier, 1937, 384 p.
- VELAERS, J., *De Grondwet en de Raad van State. Afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, 1034 p.
- VERHOEST, K. en DE MEU, R., *SBOV: B-project. Beheerwijzen van lokale openbare diensten getoetst aan beginselen van gelijkheid en mededinging en de regels inzake staatssteun*, 2008, 159 p.
- VERHULST, M., *De intergemeentelijke samenwerking in Vlaanderen*, Brugge, Vanden Broele, 2020, 377 p.
- VERHULST, M., *Eerste hulp bij intergemeentelijke samenwerking. Editie 2019*, Brugge, Vanden Broele, 2019, 115 p.

BIBLIOGRAFIE

WAUTERS, K., *Cooperative Agreements between Public Authorities*, Mortsel, Intersentia, 2015, 254 p.

WILKIN, R., *Précis du droit communal*, Brussel, Bruylant, 1959, 671 p.

X., *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, 2008, Raad van State, 271 p.

X., *Handreiking Diensten van Algemeen Economisch Belang*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koningsrelaties, 2014, 113 p.

X., *Rapport général sur les opérations et le fonctionnement du Comité national de secours et d'alimentation. Quatrième partie. Contrôle des garanties, coopératives intercommunales, organismes allemands, inspection et contrôle*, Brussel, Vromant, 1920, 321 p.

ZENNER, A., *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, 1900 p.

ZIJLSTRA, S.E., *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2019, 358 p.

Bijdragen in verzamelwerken

ALLERMEERSCH, B. en REINGRABER, T., "De bevoegdheids(her)verdeling" in ALLEMEERSCH, B., VAN ORSHOVEN, P., Taelman, P. en VANLERBERGHE, B., *Nieuwe Justitie*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 47-80.

BAERT, K., "Immunité bij beslag - Art. 1412bis Ger. W." in X. *Nieuwe wetgeving inzake echtscheiding, cessie schuldvordering, medeëigendom, immunité bij beslag, politierechtbank, telefoonaftap, vergoeding verkeersslachtoffers: een eerste commentaar*, Gent, Mys en Breesch, 1994, 123-137.

BAETEN, S. en FRANÇOIS, A., "Vennootschapsbelang en (versus?) algemeen belang. Enige verkennende beschouwingen over de invulling van het vennootschaps(?)belang in overheidsondernemingen" in BAETEN, S., BYTTEBIER, K. en LEUS, K., *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen, Maklu, 2000, 15-62.

BAETEN, S., "De beïnvloeding van het bestuursrecht door het Europese Unierecht: de overheidsondernemingen" in WAUTERS, K., DELVAUX, B. en VANHEUSDEN, B., *Invloed van het EU-recht op het Belgische bestuursrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 81-98.

BERX, C., "Interlokale samenwerking voor meer welzijn: OCMW-samenwerkingsverbanden, een overzicht" in VAN GARSSE, S. (ed.), *Verzelfstandiging en samenwerking op lokaal vlak*, Brussel, Politeia, 28 p.

BIBLIOGRAFIE

- BONTINCK, T., "Les intercommunales à l'épreuve du droit de la concurrence: des constats et des défis" in X., *Liber amicorum Maurice Eloy*, Limal, Anthemis, 2014, 27-45.
- BRANDSEN, T., VAN DE DONK, W. en KENIS, P.N., "De opkomst van hybride organisaties" in BRANDSEN, T., VAN DER DONK, W. en KENIS, P. (eds.), *Meervoudig bestuur: Publieke dienstverlening door hybride organisaties*, Den Haag, Lemma, 2006, 17-30.
- BROUWERS, S. en BAEKELAND, C., "Invloed van het EU-recht op het Belgische bestuursrecht" in WAUTERS, K., DELVAUX, B. en VANHEUSDEN, B. (eds.), *Invloed van het EU-recht op het Belgische bestuursrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 5-80.
- CORNELIS, L., DE KEYSER, E., D'HOOGHE, D. en VANDENDRIESSCHE, F., "De N.V. van publiek recht" in BAETEN, S., BYTTEBIER, K. en LEUS, K. (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen, Maklu, 2000, 63-126.
- CORTENBOSCH, M., "De intercommunales tot 1940" in X., *Het openbaar initiatief van de gemeenten in België 1785-1940. Handelingen*, Brussel, Gemeentekrediet, 1986, 107-134.
- COTTYN, J., "Verzelfstandiging van OCMW-activiteiten: de OCMW-vereniging" in S. VAN GARSSE (ed.), *Verzelfstandiging en samenwerking op lokaal vlak*, Brussel, Politeia.
- CUYPERS, D., "Beginselen van behoorlijk bestuur in personeelsmateries: zowel voor ambtenaren als voor overheidscontractanten?" in JANVIER, R. en DE BECKER, A. (eds.), *De rechtspositie van het overheidspersoneel in beweging*, Brugge, die Keure, 2015, 3-63.
- DE BROUX, P.-O., "Historique et transformation de la notion de service public à la lumière du droit européen" in DUMONT, H., JADOUL, P., LOMBAERT, B., TULKENS, F. en VAN DROOGHENBROECK, S. (eds.), *Le service public 1. Le service public: passé, présent et avenir*, Brugge, die Keure, 2009, 20-74.
- DE BURYNE, P., "De overheidsonderneming van publiek recht: een toetsing aan de fiscale wetgeving" in BAETEN, S., BYTTEBIER, K. en LEUS, K. (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen, Maklu, 2000, 413-436.
- DE GREEF, R., ZIJLSTRA, S.E. en THEISSEN, F.H.K., *Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden. Afwegingskader voor de keuze tussen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2015, 126 p.
- DE RYNCK, F. en WAYENBERG, E., "De lokale besturen" in HONDEGHEM, A., VAN DOOREN, W., DE RYNCK, F., VERSCHUERE, B. en OP DE BEECK, S. (eds.), *Handboek bestuurskunde: organisatie en werking van het openbaar bestuur*, Vandenberghe, 2013, 249-294.

BIBLIOGRAFIE

DE SCHEPPER, V., "Artikel 41" in DALLE, B., KEYAERTS, D., PAS, W., THEUNIS, J. en VERRIJDT, W. (eds.), *Duiding Federale Staatsstructuur*, Gent, Larcier, 2018, 39-43.

DE SCHEPPER, V., "De uitvoeringsimmunititeit van de overheid" in PAS, W., PEETERS, P. en VERRIJDT, W. (eds.), *Liber discipulorum André Alen*, Brugge, die Keure, 2015, 101-125.

DE SOMER, S. en VANDENDRIESSCHE, F., "De toepasselijkheid van algemene bestuursrechtelijke regimes op de gemeentelijke verzelfstandigde agentschappen en de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden" in DUJARDIN, J. en SOMERS, W. (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2013, 383-418.

DE SOMER, S., "Het begrip 'administratieve overheid' en zijn Vlaamse aanverwanten" in DE SOMER, S. (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure, 2020, 379-421.

DE SOMER, S., "Toepassingsgebied *ratione personae* van de Wet Motivering Bestuurshandelingen" in OPDEBEEK, I. en COOLSAET, A. (eds.), *De formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 2013, 17-54.

DE STAERCKE, J., "De finaliteit en totstandkoming van het openbaar domein" in PALMANS, R., TOURY, J. en LEYS, T. (eds.), *Openbaar domein*, Mortsel, Intersentia, 2019, 1-58.

DECOCK, M. en VAN GARSSE, S., "Intergemeentelijke samenwerking" in HENNAU, S., KEUNEN, S. en VAN GARSSE, S. (eds.), *Het Decreet lokaal bestuur*, Brugge, Vanden Broele, 2018, 207-240.

DECOCK, M., "De verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn" in HENNAU, S., KEUNEN, S. en VAN GARSSE, S. (eds.), *Het Decreet lokaal bestuur*, Brugge, Vanden Broele, 2018, 153-191.

DÉOM, D., "Les contraintes de droit public qui pèsent sur les entreprises publiques autonomes" in X., *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, 115-156.

D'HOOGHE, D. en ROETS, J., "Privaatrechtelijke rechtspersonen op maat en op bestelling?" in DAUWE, B., DE GRYSSE, B., DE GRYSSE, E., MAES, B. en VAN LINT, K. (eds.), *Liber Amicorum Ludovic De Gryse*, Gent, Larcier, 2010, 563-574.

DIEUX, X., "Les entreprises publiques et le droit commercial (à la lumière de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques)" in X., *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, 99-114.

BIBLIOGRAFIE

DIRIX, E., "Art. 1412bis Ger.W." in DEPUYDT, P., ALLEMEERSCH, B., VAN DEN BERGH, B. en RAES, S. (eds.), *Gerechtig recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2015, 1-23.

DUJARDIN, J., "Verzelfstandiging van gemeentediensten als instrument voor een modern management" in KRINGS, J. (ed.), *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, Story-Scientia, 1997, 479-516.

ERNST, P., "Het nieuwe vennootschapslandschap" in BRULOOT, D., ERNST, P., FRANÇOIS, A., MARESCEAU, K., PIETTE, C., TAS, R. en WYCKAERT, M., *De nieuwe vennootschapswet*, Mechelen, Kluwer, 2018, 1-49.

GEENS, K. en VAN BEVER, L., "Bestuur en controle in de intercommunale en het autonoom gemeentebedrijf" in BAETEN, S., BYTTEBIER, K. en LEUS, K. (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2000, 129-155.

GYSEN, C., "De OCMW-vereniging van publiek recht" in RASSCHAERT, W., VERMEIREN, L. en WARNEZ, B. (eds.), *OCMW-verzelfstandiging*, Mechelen, Kluwer, 2015, 23-89.

LEUS, K. en BAETEN, S., "Nieuwe vormen van overheidsrechtspersonen" in VAN EECKHOUTTE, W. (ed.), *Rechtspersonenrecht. Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1998-1999*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 149-175.

LEUS, K. en DEBIÈVRE, J., "De gemeente en de publiek-private samenwerking" in VANSTEENKISTE, S. en VENY, L. (eds.), *Een toekomst voor de gemeente*, Gent, Larcier, 2001, 61-157.

LEUS, K., "Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene, de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?" in X., *Bijzondere overeenkomsten 2007-2008. Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, 405-437.

LEUS, K., "Het verschijnsel 'verzelfstandiging' van openbare diensten" in KRINGS, J. (ed.), *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, Story-Scientia, 1997, 585-624.

LEWALLE, P., "Le projet d'insertion d'un article 1412bis dans le Code judiciaire et l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public. Le principe - L'évolution jurisprudentielle - L'évolution législative" in X., *Le nouveau droit judiciaire privé. Commentaires*, Brussel, Larcier, 1994, 151-184.

LOMBARD, M., "L'impact du droit de l'Union européenne sur les entreprises publiques" in AUBRY J.-B. en DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. (eds.), *Traité de droit administratif européen*, Brussel, Bruylant, 2014, 1127-1136.

BIBLIOGRAFIE

MAES, R. "Juridische aard" in MAES, R., DE MOT, F., DE POVER, J., DE SCHEPPER, L., DESSOY, A., LINT, M. en PERPETTE, C., *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, 321-342.

MAES, R., "De intercommunales en het in de zeventiger jaren gevoerde beleid voor de hervorming van het binnenlands bestuur" in MAES, R., DE MOT, F., DE POVER, J., DE SCHEPPER, L., DESSOY, A., LINT, M. en PERPETTE, C., *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, 223-240.

MAES, R., "Doeleinden" in MAES, R., DE MOT, F., DE POVER, J., DE SCHEPPER, L., DESSOY, A., LINT, M. en PERPETTE, C., *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, 299-302.

MAES, R., "Een nieuwe wettelijke regeling voor de intercommunale samenwerking" in MAES, R., DE MOT, F., DE POVER, J., DE SCHEPPER, L., DESSOY, A., LINT, M. en PERPETTE, C., *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, (241) 244-263.

MAES, R., "Lidmaatschap" in MAES, R., DE MOT, F., DE POVER, J., DE SCHEPPER, L., DESSOY, A., LINT, M. en PERPETTE, C., *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, 271-298.

MAES, R., "Rechtsvorm" in MAES, R., DE MOT, F., DE POVER, J., DE SCHEPPER, L., DESSOY, A., LINT, M. en PERPETTE, C., *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, 343-370.

MAES, R., "Van specifieke wettelijke regelingen naar de herziening van de Grondwet" in MAES, R., DE MOT, F., DE POVER, J., DE SCHEPPER, L., DESSOY, A., LINT, M. en PERPETTE, C., *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, 189-196.

MATHIEU, C. en VANDENDRIESSCHE, F., "De overheidsrechtspersoon" in DE SOMER, S. (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure 2020, 53-98.

MATHY, I., "Le droit organique des intercommunales en Région de Bruxelles-Capitale" in DE BROUX, P.-J., LOMBAERT, B. en YERNAULT, D., *Le droit bruxellois. Un bilan après 25 ans d'application (1989 - 2014)*, Brussel, Bruylant, 2015, 523-545.

MEUNIER, B., "Le contenu et les objectifs de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques" in X., *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, 53-64.

MOSSOUX, Y., "La notion d'autorité administrative" in MICHIELS, V., *La publicité de l'administration. Vingt ans après, bilan et perspectives*, Brussel, Bruylant, 2014, 51-108.

BIBLIOGRAFIE

ORIANNE, P., "L'intercommunale: un service public" in CEREXHE, E., COOLS, A., DELGRANGE, X., DUMONT, M., JURION, B., ORIANNE, P. en VANHAEVERBEEK, J., *Les intercommunales. Actes du colloque du 18 novembre 1988*, Brugge, die Keure, 1989, 31-43.

PLATTEAU, K., "Overheidsondernemingen en het EG-mededingingsrecht" in BAETEN, S., BYTTEBIER, K. en LEUS, K. (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2000, 391-412.

POPELIER, P., "Beginselen van behoorlijk bestuur, begrip en plaats in de hiërarchie van de normen" in OPDEBEEK, I. en VAN DAMME, M., *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 20-33.

QUERTAINMONT, P., "Les objectifs de la loi du 21 mars 1991: du desserrement de l'étreinte étatique à l'émergence de nouveaux critères de gestion des entreprises publiques" in X., *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, 65-88.

REYBROUCK, K., "De grondwettelijke waarborg van de gemeentelijke autonomie, federalisme en Brussel" in VAN GARSSE, S. en WILLEMS, K. (eds.), *Themis 114 - Actualia gemeenterecht*, Brugge, die Keure, 2020, 83-112.

STRAETMANS, G., "De sociale huisvesting en het ondernemingsbegrip uit het wetboek economisch recht" in HUBEAU, B. en VANDROMME, T. (eds.), *Twintig jaar Vlaamse Wooncode. Hoe sterk is porselein?*, Brugge, die Keure, 2017, 201-239.

STRAETMANS, G., "Onderneming, vrij beroep en consument" in STEENNOT, R. en STRAETMANS, G. (eds.), *Wetboek Economisch Recht en de bescherming van de consument*, Mortsel, Intersentia, 2015, 1-55.

STRAETMANS, G., "Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht en in de WMPC" in CLAEYS, I., STEENNOT, R. en TISON, M. (eds.), *Economisch recht: ondernemingen, concurrenten en consumenten*, Mechelen, Kluwer, 2011, 263-295.

STRANART, A. en GOFFAUX, P., "L'immunité d'exécution des personnes publiques et l'article 1412bis du Code judiciaire" in GRÉGOIRE, M. (ed.), *Réalités et fictions du droit des garanties: hommage à la rigueur créative d'Anne-Marie Stranart*, Brussel, Larcier, 2011, 131-166

SUETENS, L.P. en SWARTENBROUX-VANDERHAEGEN, S., "Evolutie van het begrip 'openbare dienst'" in X., *Les nouveaux modes d'intervention des pouvoirs publics dans l'entreprise*, Brussel, Bruylant, 1988, 281-302.

THEUNIS, J., "De bevoegdheidsoverdrachten inzake lokale besturen" in ALEN, A., DALLE, B., MUYLLE, K., PAS, W., VAN NIEUWENHOVE, J. en VERRIJDT, W. (eds.), *Het federale België na de Zesde Staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2014, 547-556.

BIBLIOGRAFIE

THIRY, B., "Les nouvelles conditions de concurrence (ou de partenariat) entre le secteur public et le secteur privé" in X., *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Brussel, Bruylant, 1992, 17-30.

TROCH, S., "Antitrustrecht en handhaving: aandachtspunten voor Belgische ondernemingen" in P. VAN CLEYNENBREUGEL (ed.), *Mededingingsrecht: do's en don'ts voor Belgische ondernemingen*, Mortsel, Intersentia, 2018, 1-33.

VAN GARSSE, S. en LERNOUT, M., "Erfpacht en opstal & de overheid" in CARETTE, N. (ed.), *Erfpacht en opstal*, Mortsel, Intersentia, 2017, 219-264.

VAN GARSSE, S., "Overheidsopdrachten" in OPDEBEEK, I. en COOLSAET, A. (eds.), *De formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 2013, 395-427.

VANANROYE, J. en VANDORMAEL, K.-J., "Boek I WER en Wet Natuurlijke Rechter. Van handelsrecht naar ondernemingsrecht" in B. KEIRSBILCK en E. TERRYN, *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Mortsel, Intersentia, 2014, 5-64.

VANANROYE, J. en VERHEYDEN, R., "De insolventieprocedures in het nieuwe Boek XX WER" in STORME, M. (ed.), *Themis 107 – Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, die Keure, 2018, 13-43.

VANDENDRIESSCHE, F. en BAETEN, S., "Oprichting van rechtspersonen en participaties" in SEUTIN, B. en VAN HAEGENDOREN, G. (eds.), *De transversale bevoegdheden in het federale België*, Brugge, die Keure, 2017, 268-301.

VANDENDRIESSCHE, F. en CARTON, A., "Hoofdstuk II. Toepassingsgebied" in D'HOOGHE, D. en KIEKENS, N. (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2015, 47-199.

VANDENDRIESSCHE, F., "De overheid als oprichter, lid en/of vertegenwoordigde binnen de vzw" in DENEFF, M. (ed.), *De VZW*, Brugge, die Keure, 2015, 75-110.

VANDENDRIESSCHE, F., "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in OPDEBEEK, I. en VAN DAMME, M. (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 35-65.

VANHAEVERBEEK, J., "La nouvelle législation nationale et régionale" in CEREXHE, E., COOLS, A., DELGRANGE, X., DUMONT, M., JURION, B., ORIANNE P. en VANHAEVERBEEK, J., *Les intercommunales. Actes du colloque du 18 novembre 1988*, Brugge, die Keure, 1989, 50-72.

VANPRAET, J., "De algemene beginselen van de bevoegdheidsverdeling" in SEUTIN, B. en VAN HAEGENDOREN, G. (eds.), *De transversale bevoegdheden in het federale België*, Brugge, die Keure, 2017, 1-61.

BIBLIOGRAFIE

VANSNICK, L. en RENDERS, D., "La place des lois du service public dans la hiérarchie des normes" in DUMONT, H., JADOUL, P., LOMBAERT, B., TULKENS, F. en VAN DROOGHENBROECK, S. (eds.), *Le service public 2. Les 'lois' du service public*, Brugge, die Keure, 2009, 1-51.

VANWINCKELEN, K., "Het gemeentelijk belang" in DUJARDIN, J. en SOMERS, W. (eds.), *Gemeenteraad. Bevoegdheden*, Brugge, die Keure, 2011, 1-30.

VELAERS, J., "De lokale besturen" in SEUTIN, B. en VAN HAEGENDOREN, G. (eds.), *De bevoegdheden van de gewesten*, Brugge, die Keure, 2016, 281-360.

VELU, S., "L'immunité d'exécution des personnes publiques: une évolution nécessaire, mais difficile" in GRÉGOIRE, M. (ed.), *Réalités et fictions du droit des garanties: hommage à la rigueur créative d'Anne-Marie Stranart*, Brussel, Larcier, 2011, 167-202.

VERLEDEN, F., "De erkenning van de fracties in het kamerreglement (1962)" in D. HEIRBAUT, X. ROUSSEAUX en A. WIJFFELS (eds.), *Justitie- en rechtsgeschiedenis. Een nieuwe onderzoeksgeneratie*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2010, 581-595.

VUYE, H., "Overheid en eigendom herbekeken in het licht van art. 1422bis Ger.W.: over uitvoeringsimmunititeit, rechtstreekse en onrechtstreekse uitvoering" in VAN NESTE, F. en KOKELENBERG, J. (eds.), *Eigendom*, Brugge, die Keure 1996, 239-284.

VUYLSTEKE, V. en DE SOMER, S., "Le principe de continuité du service public: the show must go on" in BEN MESSAOUD, S. en VISEUR, F. (eds.), *Les principes généraux de droit administratif: actualités et applications pratiques*, Brussel, Larcier, 2017, 229-305.

WARNEZ, B., "Artikel 162" in DALLE, B., KEYAERTS, D., PAS, W., THEUNIS, J. en VERRIJDT, W. (eds.), *Duiding Federale Staatsstructuur*, Gent, Larcier, 2018, 206-211.

WAUTERS, K., "Overheidsopdrachten" in DUJARDIN, J. en SOMERS, W. (eds.), *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2013, 223-258.

Bijdragen in tijdschriften

BAECK, J. en VAN EESSEL, V., "De Wet Hervorming Ondernemingsrecht: het einde van het handelsrecht en de triomf van ondernemingsrecht", *RW* 2018-19, afl. 36, 1403-1419.

BAELDE, P., "Associations de communes", *Rev.adm.* 1938, afl. 81, 341-354.

BIBLIOGRAFIE

- BAETEN, N., FRANCHOO, T., ROOMS, I. en TATON, X., "Private handhaving van het mededingingsrecht in België. Overzicht van rechtspraak (2011-2015)", *TBH* 2017, afl. 8, 779-829.
- BAETEN, S. en COEN, T., "Nieuwe corporate governance voor Proximus en bpost: much ado about nothing, of toch niet?", *TRV* 2017, 393-404.
- BAETEN, S., "De beursintroduktie van Belgacom: een vernieuwde 'corporate governance' met een cruciale rol voor de nieuwe, onafhankelijke bestuurders", *TBP* 2005, afl. 6, 383-392.
- BAETEN, S., "Variaties op verzelfstandigingsthema's: enkele bedenkingen over de tweewegenleer en het annulatiecontentieux naar aanleiding van het Cassatiearrest van 8 november 1996", *CDPK* 1999, 83-102.
- BALLON, G., "Commentaar bij art. 1 W. Kh.", *OHRA* 2008, afl. 41, 1-22.
- BEELEN, B., DE CUYPER, G. en DRIESSEN, H., "De intercommunale vandaag en morgen", *Jura Falc.* 1977-1978, 187-206.
- BONNE, T. en DECOCK, M., "De belastingvrijstelling van intercommunales 2.0: de 'economische activiteit' als maatstaf?", *T.Gem.* 2019, afl. 2, 60-75.
- BOON, E., "Status en rechtsvorm van de intercommunale en supercommunale nutsbedrijven, met inbegrip van de status van het personeel", *TBP* 1961, afl. 3-4, 197-211.
- BRIJS, S., "Nieuwe wetgeving: de absolute uitvoeringsimmunitet van de overheid doorbroken", *RW* 1994, afl. 19, 625-656.
- BUCH, H., "Algemeen belang en plaatselijke macht", *TBP* 1967, afl. 6, 358-365.
- BUTTGENBACH, A., "Note d'observations", noot onder Cass. 2 december 1954, *RJDA* 1955, afl. 1, 57-60.
- CITRONI, G., LIPPI, A. en PROFETI, S., "Remapping the state: inter-municipal cooperation through corporatisation and public-private governance structures", *Local Government studies* 2013, afl. 2, 208-234.
- CORTENBOSCH, M., "De intercommunales voor waterbedeling in België", *Gemeentekrediet van België* 1951, afl. 17, 7 e.v.
- CORTENBOSCH, M., "De verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1950, afl. 11, ongenummerd.
- CORTENBOSCH, M., "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1953, afl. 26, 8 e.v.

BIBLIOGRAFIE

- CORTENBOSCH, M., "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 28, 8 e.v.
- CORTENBOSCH, M., "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 29, 9 e.v.
- CORTENBOSCH, M., "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 30, 6 e.v.
- CORTENBOSCH, M., "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1955, afl. 31, 20 e.v.
- CORTENBOSCH, M., "Geschiedenis der verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1955, afl. 32, 6 e.v.
- CORTENBOSCH, M., "Geschiedenis van de verenigingen van gemeenten in België", *Gemeentekrediet van België* 1954, afl. 27, 10 e.v.
- CORTHAUT, T., RIEMSLAGH, J., VANNESTE, F. en VAN NIEUWENHOVE, J., "Behoorlijke wetgeving in de adviespraktijk van de afdeling Wetgeving van de Raad van State (2017 en 2018)", *TVW* 2019, afl. 2, 82-106.
- COTTYN, J., "Samenwerkingsverbanden voor OCMW's. Meer dan een doekje voor het bloeden!", *OCMW Visies* 2002, afl. 1.
- D'HOOGHE, D., "De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen", *T.Gem.* 1995, afl. 2, 75-105.
- DE BECKER, A. en DEBIÈVRE, J., "Over de keuzevrijheid inzake de invulling van de rechtspositie van het personeel der intergemeentelijke verenigingen na het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *TBP* 2006, afl. 2, 67-90.
- DE BRUYCKER, P., "La coopération intercommunale en Belgique", *Annuaire des collectivités locales* 2000, afl. 20, 166-172.
- DE CEUNINCK, K. en REYNAERT, H., "Central-local relations in Flanders: structural reforms, scale and decentralisation", *Croatian and comparative public administration* 2016, afl. 1, 6 e.v.
- DE CEUNINCK, K., "Over bestuurskrachtmetingen en hun gevolgen", Brussel, Vlabest, 2013, 1-21.
- DE CLERCK, D., "Het Rechtsstatuut van de Intercommunale Maatschappijen", *RW* 1967, afl. 37, 1793-1804.

BIBLIOGRAFIE

- DE COCK, W., "Lokale besturen. De impact van de hiërarchie der rechtsnormen en het medebewind op de gemeentelijke reglementaire bevoegdheid", *TVW* 2012, afl. 3, 207-210.
- DE COCK, W., "Lokale besturen. Definities scherpgesteld", *TVW* 2014, afl. 2, 136-138.
- DE COENSEL, K., "Publiek-publieke en publiek-private samenwerking vanuit het OCMW: een overzicht", *OCMW Visies* 2000, afl. 4.
- DE GREEF, R., "(Verticale) Publiek-publieke samenwerking", *Gst.* 2014, afl. 108, 1-8.
- DE GREEF, R., "Binnenregionale decentralisatie: de paradox van verdergaande regionalisatie", *Gst.* 2012, afl. 54, 1-9.
- DE GREEF, R., "De bedrijfsvoeringsorganisatie in de Wet gemeenschappelijke regelingen: een nieuwe vorm van samenwerking?", *Gst.* 2013, afl. 125, 1-11.
- DE GREEF, R., "De gemeenschappelijke regeling: onbegrepen, onbekend en onbemind!", *Gst.* 2008, afl. 107, 1-22.
- DE GREEF, R., "De veiligheidsregio's: verlengd lokaal bestuur of toch functioneel bestuur?", *Gst.* 2009, afl. 97, 1-10.
- DE GREEF, R., "Een vrije keuze tussen delegatie en mandaat bij intergemeentelijke samenwerking", *JBplus* 2019, afl. 4, 3-14.
- DE GREEF, R., "Gaat de Nationale ombudsman zijn boekje te buiten? Of is het boekje misschien achterhaald?", *JBplus* 2020, afl. 2, 33-50.
- DE GREEF, R., "Intergemeentelijke samenwerking", *Klachtrecht* 2018, afl. 2, 11 e.v.
- DE GREEF, R., "Openbaarheid van bestuur en intergemeentelijke samenwerking: Hoe zit het nu eigenlijk?", *Gst.* 2018, afl. 133, 1-18.
- DE GREEF, R., "Over centrumgemeenten, centrumconstructies en centrumregelingen", *Gst.* 2012, afl. 95., 1-8.
- DE GREEF, R., "Raadsonderzoek naar intergemeentelijke samenwerking", *Gst.* 2019, afl. 162, 820-828.
- DE GREEF, R., HUNTJENS, L.C.L. en OUD, N.M., "Verbonden partijen: de lusten en lasten van verzelfstandiging", *NTB* 2012, afl. 6, 1-11.
- DE GROOT, J.F., "Het fiscaal instrumentarium van gemeenschappelijke regelingen", *Belastingblad* 1995, afl. 34/1, 1-8.

BIBLIOGRAFIE

DE MOOR, B.F.TH., "Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtsvormen door gemeenten" *Gst.* 2007, afl. 97, 1-11.

DE PEUTER, B., PATTYN, V. en WAYENBERG, E., "Territorial Reform of Local Government: Evaluation Criteria Underpinning Decisions and Debate in Flanders", *Local Government Studies* 2011, afl. 5, 533-552.

DE ROY, D., "Établissements publics, organismes d'intérêt public et tutti quanti: la qualification juridique des satellites de l'administration", *RevCri* 2013, afl. 1, 34-97.

DE SOMER, S. en VUYLSTEKE, V., "De Wet Motivering Bestuurshandelingen en het ontslag van de overheidscontractant: het langverwachte oordeel van het Hof van Cassatie en een blik op de toekomst", *T.Gem.* 2016, afl. 2, 125-138.

DE SOMER, S., "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story", *RW* 2012, afl. 37, 1614-1639.

DE SOMER, S., LAMBRECHT, S. en VERBEECK, V., "De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA's en EVA's", *TBP* 2011, afl. 1, 4-33.

DE SUTTER, B., "Regelgeving door verwijzing en de bekendmakingsplicht van normen. Een analyse aan de hand van de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State", *TVW* 2012, afl. 4, 242-257.

DE VISSCHERE, F., "De N.M. der Belgische Spoorwegen in de nieuwste rechtspraak van het Hof van Cassatie en van de Raad van State", noot onder Cass. 27 november 1957, *TBP* 1958, afl. 1, 159-162.

DE VISSCHERE, F., noot onder RvS 28 januari 1955, nr. 4031, Garnier, *TBP* 1955, 167-171.

DE VRIES, D.H., "De Wet gemeenschappelijke regelingen per 1 januari 2006", *Gst.* 2006, afl. 132, 1-15.

DE WULF, H., "Titel I. Algemeen handelsrecht", *TPR* 2015, afl. 1, 114-159.

DEBAENE, M. en DEBAENE, P., "Afdeling 3. Overheidsaansprakelijkheid", *OBO* 2005, afl. 64, 41 e.v.

DEBIÈVRE J., en ROBBROECKX, E., "Behoeft van algemene belang. Voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn", *O&O* 2020, afl. 2, 193-195.

DEBIÈVRE, J., "Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, privaatrechtelijke deelgenoten en het Arbitragehof: it takes three to tango" (noot onder GwH 14 mei 2003, nr. 65/2003), *T.Gem.* 2003, afl. 4, 260-266.

BIBLIOGRAFIE

DEBIÈVRE, J., "Op zoek naar meer democratische legitimiteit en controle (maar minder toezicht) – Recente wijzigingen aan het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2013, afl. 3, 64-75.

DEBIÈVRE, J., "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, afl. 2, 91-171.

DECKERS, K., "Publiekrechtelijke afwijkingen van het vennootschapsrecht voor autonome overheidsbedrijven: evolutie 1991-2014 aan de hand van de casus van bpost", *TBP* 2014, afl. 4-5, 232-246.

DECOCK, M. en KEUNEN, S., "Brussel stelt gemeentelijke bestuursvormen op punt", *De Juristenkrant* 2018, afl. 374, 6.

DECOCK, M., "Hof van Justitie verfijnt begrip 'aanbestedende dienst' wederom: een op de concurrerende markt optredende en privaatrechtelijk vormgegeven dochteronderneming van een aanbestedende dienst is niet ipso facto een aanbestedende dienst" (noot onder HvJ 5 oktober 2017, zaak nr. C-567/15, ECLI:EU:C:2017:736, LitSpecMet UAB), *TBP* 2019, afl. 2, 66-68.

DECOCK, M., "Intercommunales hebben 'geen handelskarakter': naar een uitholling van dit begrip", *T.Gem.* 2020, afl. 1, 34-49.

DECOCK, M., "Raad van State geeft ruime invulling aan de territoriale actieradius", *T.Gem.* 2021, afl. 3-4, 175-184.

DEHOUSSE, F., "Un nœud de vipères constitutionnel: le statut des intercommunales et la Cour d'arbitrage", *JT* 1985, afl. 5354, 617-636.

DENYS, M., "De begrippen Gemeentelijk en Provinciaal belang", *RW* 1962, afl. 26, 1321-1336.

DÉOM, D. en DE KERCHOVE, G., "L'intérêt communal", *Ann.Droit.Louvain.* 1980, 147-206.

DEVOS, S., "De hervorming van het ondernemingsrecht en de gevolgen voor de notaris als onderneming", *T.Not.* 2019, afl. 9, 715-729.

DUPONT, I., "L'article 1412bis du Code Judiciaire a-t-il saisi les autorités publiques? Examen de la mise en application de cet article par les personnes morales de droit public et autres tempéraments à l'immunité d'exécution", *APT* 2004, 58-71.

FEYEN, S., "Ligt de weg naar delegatie open?", *TBP* 2019, afl. 3, 123-146.

GEERTS, J., "Private en publieke groepsaankopen door lokale besturen – Van het stookoliearrest tot de opdrachtcentrale", *T.Gem.* 2014, afl. 1, 16-32.

BIBLIOGRAFIE

GOEGEBUER, A., "Fiscaliteit van de intercommunales en de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden", *LRB* 2004, afl. 1, 3-24.

GOETHALS, C., "La physionomie des intercommunales en Belgique", *Les @analyses du CRISP en ligne*, 14 maart 2017, www.crisp.be, 1-11.

GOTZEN, M., "Het onttrekken van de vordering tot staken van ongeoorloofde handelspraktijken aan de alleenheerschappij van de handelaarsnotie uit het wetboek van koophandel", *RW* 1975, afl. 27, 1665-1684.

HOPPENBROUWERS, M., "Actualia wetgeving en beleid. Recente ontwikkelingen op het gebied van milieu- en energierecht", *MER* 2016, afl. 3, 261-271.

HUISMAN, P.J., "De toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen: de doorkruisingsformule en enige andere maatstaven", *JBplus* 2020, afl. 1, 21-41.

JENART, C., "Regelgevend verwijzen naar externe standaarden – Een toetssteen der wijzen", *TVW* 2019, afl. 4, 234-251.

JUDO, F., "De terugkeer van de gemengde intercommunale? Recent decreetgevend werk over intergemeentelijke samenwerking en de participatie van privaatrechtelijke rechtspersonen in Vlaanderen", *T.Gem.* 2010, afl. 1, 25-30.

KEUNEN, S. en WAUTERS, K., "Commerciële activiteiten intercommunales zijn onverenigbaar met fiscale vrijstelling", noot onder GwH nr. 66/2017, *T.Gem.* 2017, afl. 3, 163-165.

KEUNEN, S., "Lokale autonomie als (essentieel) kenmerk voor de democratische legitimiteit van lokale besturen", *TBP* 2016, afl. 4-5, 248-260.

LAENEN, G., "Aanbesteding, inbesteding, verzelfstandiging en PPS: de strenge hand van Europa en de gevolgen voor de (lokale) besturen. Een overzicht.", *CDPK* 2006, afl. 3, 583-622.

LAUWERS, T., "De beperking van de autonome lokale bevoegdheden", *LRB* 2011, afl. 2-3, 1-34.

LEDAIN, F., "Het wettelijk specialiteitsbeginsel kan niet zomaar voor alle doeleinden worden ingeroepen door de belastingadministratie", *FISCWEEK* 2020, afl. 119, 1-2.

LEROUX, E., "Nieuw Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: tijd voor actie", *TEP* 2019, afl. 1, 4-9.

LEYS, T., "De beslissing van de publiekrechtelijke rechtspersoon tot herroeping van een privaat recht op het openbaar domein: al dan niet

BIBLIOGRAFIE

onderworpen aan de beginselen van behoorlijk bestuur?", *TBP* 2017, afl. 4, 192-199.

LIERMAN, S. en VERBEYST, S., "Het contractueel beleidsinstrument in het omgevingsrecht: een casusbespreking van de activiteitencontracten en convenanten", *TROS* 2019, afl. 95, 189-201.

LIERMAN, S., VAN DE WEYER, P.-J. en VANDORMAEL, K.J., "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht", *TPR* 2016, afl. 2-3, 489-577.

LOTTINI, M. en GIANNINO, M., "When Inter-Municipal Cooperation Meets EU Internal Market Law: The Story of a Troublesome Relationship", *EPPPL* 2009, afl. 4, 199-210.

LUST, S. en STEEN, B., "Welles nietes over vrije onderwijsinstellingen, administratieve overheden en rechtsbescherming", *TORB* 2002-2003, afl. 4, 315-353.

MAST, A., "De specifieke inhoud van het gemeentelijk belang", *TBP* 1967, 344-352.

MATTHIJS, H., "De federale overheidsbedrijven: een analyse van de Wet van 21 maart 1991", *TBP* 2000, afl. 6, 425-448.

MERTENS, J., "De contractuele verantwoordelijkheid van de Openbare Besturen", *TBP* 1948, 111-120.

MONARD, M. en THEYSKENS, M., "Het nieuwe vennootschapsrecht – One size fits all: de BV als nieuwe standaard-vennootschap.", *T.Not.* 2019, afl. 5, 367-386.

MOUREAU, L., "Het territoriaal karakter van de gemeentelijke macht", *TBP* 1967, 353-357.

NIHOUL, M. en VISART DE BOCARME, C., "Le risque accru de légiférer par référence en droit pénal: un exemple récent en matière d'écoutes téléphoniques", *JT* 2002, afl. 16, 318-320.

NYSENS, C., "Le principe de l'immunité d'exécution des pouvoirs publics assoupli par le législateur", *RRD* 1994, 299-311.

ORIANNE, P., "Samenvattend verslag", *TBP* 1967, 403-407.

PEETERS, B., "Dwanguitoeroeping op overheidsgoederen. Een commentaar op art. 1412bis Ger. W.", *TBP* 1995, 67-75.

PROELLER, I., "Trends in local government in Europe", *Public Management Review* 2006, 7-29.

BIBLIOGRAFIE

QUERTAINMONT, P., "Le concurrence du secteur public aux entreprises privées", *APM* 1982, afl. 2-3, 119-153.

RIEMSLAGH, J., "Niet alles wat voor de gemeente van belang is, is van gemeentelijk belang: de gemeentelijke (on)bevoegdheid inzake wedkantoren", *RABG* 2018, afl. 14, 1321-1333.

ROSSIGNOL, K., "L'exemption d'impôt des intercommunales va-t-elle définitivement disparaître du paysage fiscal?", *RFRL* 2017, afl. 3, 256-260.

ROSSIGNOL, K., "Overheidsvrijstelling van lokale en regionale belastingen", *LRB* 2016, afl. 1, (3) 3-34.

ROSSIGNOL, K., "Subjectgerichte vrijstellingen ten aanzien van lokale belastingen: op zoek naar een hedendaagse verantwoording voor de fiscale vrijstelling ten gunste van publiekrechtelijke instellingen", *LRB* 2010, afl. 2-3, 109-132.

SAROT, J., "Le contrat, instrument d'organisation des services publics", *Adm.Publ.* 1977, 100 e.v.

SCHAAP, L., "How Good is Inter-Municipal Governance?", Working Paper ECPR, 2017, 1-11.

SCHAAP, L., DE GRAAF, L. en VAN OSTAAIJEN, J., "Democratisering van governance: oplossingen voor het democratisch tekort in intergemeentelijke samenwerking", *Bestuurskunde* 2010, afl. 4, 58-66.

SCHRANS, G. "Levend en herlevend recht rond het winstogmerk", *TPR* 1986, 669-701.

SCHUTYSER, B. en MICLOTTE, K., "De rechtspraak inzake in houseopdrachten: nog eens over verzelfstandigings- en samenwerkingsinitiatieven en de werking van het aanbestedingsrecht", *T.Gem.* 2013, afl. 2, 136-146.

SERRA, A.M., "De Wet Markt en Overheid en de uitzondering van het algemeenbelangbesluit: de stand van zaken", *Gst.* 2019, afl. 163, 1-9.

S'JACOB, H.N., "Inbesteding door de gemeente", *Gst.* 2009, afl. 54, 1-7.

SLAUTSKY, E. en MAYENCE, A., "L'inapplicabilité du droit commun de l'insolvabilité aux personnes morales de droit public à l'épreuve du droit des aides d'État", *TBH* 2018, afl. 8, 827-843.

STEENNOT, R., "Tot ziens handelaar, welkom onderneming: modernisering met belangrijke impact, doch geen vereenvoudiging", *TPR* 2018, 881-887.

BIBLIOGRAFIE

- STRAETMANS, G., "Consumentenbescherming en marktpraktijken in het wetboek van economisch recht", *TPR* 2015, afl. 3, 1316-1378.
- STRAETMANS, G., "De onderneming en het begrip 'verkoper' in de Richtlijn oneerlijke bedingen", *DCCR* 2018, afl. 3, 229-240.
- STRAETMANS, G., "Het ondernemingsbegrip. Aanknopingsfactor van economisch recht (deel 1)", *NjW* 2020, afl. 419, 234-247.
- STUYCK, J., "De begrafenis van de koopman: enkele inleidende beschouwingen over de nieuwe wet tot hervorming van het ondernemingsrecht", *TBH* 2018, afl. 4, 315-326.
- TIJS, R., "Algemene en absolute uitzondering houdt onevenredige beperking in van het grondwettelijk gewaarborgd recht op openbaarheid van bestuursdocumenten", *MER* 2019, afl. 4, 250-270.
- TILQUIN, T., "Le rôle des intercommunales dans le secteur économique", *Rev.dr.ULB* 1995, 41-66.
- TIMMERMANS, L.J.M. en ACKERMANS-WIJN, J.C.E., "Privatisering op decentraal en centraal niveau", *Gst.* 1999, 1-25.
- V.O., "Het 'gemeentelijk belang' in de Intercommunale Vennootschappen", *RW* 1940, afl. 3, 1233-1242.
- VAN DAELE, G., "De intercommunales in België", *Gemeentekrediet van België* 1984, bijvoegsel bij afl. 147, 1-103.
- VAN DE PLAS, I. en VANMEENEN, M., "Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?", *TBH* 2018, afl. 3, 207-223.
- VAN DEN DOOL, L.T. en SCHAAP, L., "Intergemeentelijk samenwerken: het kan ook licht", *Bestuurskunde* 2014, afl. 23, 65-75.
- VAN DER STICHELE, M., "Intercommunale samenwerking en economische ontwikkeling", *De Gem.* 1966, afl. 182, 404-412.
- VAN DER VEEN, G.A., "Afscheid van de twee-wegenleer? De doorkruisingsleer", *Groene Serie Verbintenissenrecht* Boek 6 BW, 1-12.
- VAN GARSSE, S., "De 'harmonicabewegingen' van het begrip administratieve overheid", *T.Gem.* 2002, afl. 4, 308-313.
- VAN GARSSE, S., "De bevoegdheid van de Raad van State ten aanzien van vrij onderwijsinstellingen", *T.Gem.* 2004, afl. 1, 78-79.
- VAN GARSSE, S., "Verzelfstandiging en verzelfstandigde agentschappen in Vlaanderen", *Burger Bestuur Beleid* 2008, 18-22.

BIBLIOGRAFIE

- VAN GERVEN, D., "Grondslagen van het rechtspersonenrecht", *TPR* 2020, 887-1005.
- VAN GERVEN, D., "Het oogmerk is verouderd", *TRV* 2012, 371-372.
- VAN GERVEN, W., "Beginselen van behoorlijk handelen", *RW* 1982-83, afl. 15, 961-978.
- VAN GERVEN, W., "Égalité des entreprises privées et publiques devant la loi belge", *JT* 1979, 241-247.
- VAN NIEUWENHOVE, J., "Regeling van de verhouding tot gelijksoortige rechtsregels", *TVW* 2015, afl. 4, 290-291.
- VAN NIEUWENHOVE, J., "Tips voor wetgevingstechniek", *TVW* 2006, afl. 1, 57-59.
- VAN OMMEREN, F.J., "Van de overheidsvennootschap en de overheidsstichting", *Rechtsgeleerd magazijn Themis*, 2018, 1-32.
- VAN TICHELDT, G., "De OCMW-verenigingen. Relas van een ontdekkingstocht – Deel 1", *Bin.B.* 2000, afl. 17.
- VAN VOLSEM, F. en VAN HEUVEN, D., "Nogmaals over de uitvoeringsimmunititeit van publiekrechtelijke rechtspersonen", *RW* 1991, afl. 9, 301-305.
- VAN WAARDE, V., "Revolverend overheidsgeld in het privaatrecht. De eisen van de rechtsstaat getoetst", onuitg.
- VANDEN BERGHE, O., VANSEVENANT, J. en TYTGAT, S., "Inwerkingtreding van 'het nieuwe ondernemingsrecht' op 1 november 2018", *TBH* 2019, afl. 1, 132-133.
- VANDENBRUWAENE, W., "Het subsidiariteitsbeginsel naar Belgisch Grondwettelijk Recht", *TBP* 2013, afl. 2-3, 150-161.
- VANDENDRIESSCHE, F. en CARTON, A., "Hoever kan de decreetgever gaan bij de (machtiging tot) oprichting van vzw's die afwijken van het federale verenigingsrecht?" (noot onder GwH 31 juli 2008, nr. 116/2008), *T.Gem.* 2009, afl. 1, 59-63.
- VANDENDRIESSCHE, F. en VRANCKX, J., "Gemeentelijke verzelfstandiging en samenwerking onder het Decreet Lokaal Bestuur", *T.Gem.* 2018, afl. 3-4, 222-245.
- VANDENDRIESSCHE, F., "Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2007, afl. 1, 27-30.

BIBLIOGRAFIE

VANDENDRIESSCHE, F., "De bevoegdheid van de Gemeenschappen en Gewesten om bij de oprichting van publiekrechtelijke rechtspersonen af te wijken van het vennootschapsrecht", *AJT* 2000-01, 407-412.

VANDENDRIESSCHE, F., "De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten Gimvindus en BATC van het Hof van Cassatie", *RW* 2000, afl. 13, 497-506.

VANDENDRIESSCHE, F., "De oprichting van een intergemeentelijke vereniging op grond van de v.z.w.-wet en de burgerlijke rechter", *CDPK* 2003, afl. 1, 107-111.

VANDENDRIESSCHE, F., "Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en private partners", *CDPK* 2002, afl. 3, 325-343.

VANDENDRIESSCHE, F. en VRANCKX, J., "De recente wijzigingen aan het Decreet Intergemeentelijke Samenwerking", *T.Gem.* 2016, afl. 4, 255-261.

VANDER PUTTEN, N., "Les conditions du capitalisme public intercommunal. Vers un équilibre entre efficacité et contrôle démocratique?", *Ann.Dr.Louvain* 2017, afl. 2, 297-351.

VANPRAET, J., "Kunnen de gemeenschappen en gewesten afwijken van het federale vennootschaps- en verenigingsrecht?" (noot onder GwH 31 juli 2008, nr. 116/2008), *CDPK* 2008, afl. 4, 883-893.

VERBEECK, B., "Lokale besturen en onderwijs: een nieuwe samenwerkingsdynamiek?", *T.Gem.* 2010, afl. 1, 15-24.

VERBEYST, S., "De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen", *TBP* 2017, afl. 4, 233-242.

VERDEYEN, V., "Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering", *CDPK* 2006, afl. 2, 323-343.

VERHEYDEN, A., "L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public", *RRD* 1991, 387-407.

VEROUGSTRAETE, I. en LEBEAU, J.-P., "Transferts de compétences: le tribunal de commerce devient le juge naturel de l'entreprise", *TBH* 2014, afl. 6, 543-559.

VRANCKX, J. en VANDENDRIESSCHE, F., "Onder welke voorwaarden kan een opdrachthoudende vereniging bijkomende activiteiten verrichten?", *T.Gem.* 2017, afl. 3, 193-194.

WAYENBERG, E. en DE PEUTER, B., "Het decreet op de intergemeentelijke samenwerking – een reflectie vanuit de Westhoek", onuitg.

BIBLIOGRAFIE

- X, "Associations intercommunales", *Rev.adm.* 1899, 245-251.
- X., "Communes", *Rev.adm.* 1908, 197-203.
- X., "De financiën van de Vlaamse lokale besturen 2007-2018. Een algemeen overzicht", *Agentschap Binnenlands Bestuur*, 2019, 1-53.
- X., "De Vlaamse dienstverlenende en opdrachthoudende intergemeentelijke verenigingen in cijfers (1987-2002)", *Administratie Binnenlandse Aangelegenheden*, 2005, 1-135.
- X., "Discours prononcé par le gouverneur du Brabant", *Rev.adm.* 1907, 341-349.
- X., "Financiële stromen tussen de vennootschappen van de NMBS-Groep. Audit op verzoek van de Kamer van Volksvertegenwoordigers", *Rekenhof*, 2012, 1-328.
- X., "Intercommunales. Réalité et symbole", *Centre Permanent Pour la Citoyenneté et la Participation (CPCP)* 2012, 1-13.
- X., "Intergemeentelijke samenwerking", *NJW* 2016, afl. 345, 535-536.
- X., "Journées d'études – intercommunales. Nouvelles règles encadrant la gouvernance et l'éthique le nouveau code des sociétés et des associations quels impact pour les intercommunales?", *Mouv.comm.* 2018, afl. 926, 16-17.
- X., "Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden. Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies, gemeenten en waterschappen", *Rapport in opdracht van het Ministerie van Justitie*, 2006, 1-50.
- X., "Voorbeelden economische activiteiten markt en overheid, ACM, 1-4.
- X., "Communes", *Rev.adm.* 1922, 198-208.
- X., "De financiële tussenkomst van de gemeenten voor werklozensteun", *Gemeentekrediet van België* 1955, afl. 32, 1-5.
- X., "Deelneming aan de oprichting van private handelsvennootschappen", *De Gem.* 1953, afl. 50, 413.
- X., "Fonds de chômage", *Rev.adm.* 1906, 149-156.
- X., "Régies communales. Association de communes", *Rev.Comm.* 1911, 5-25.