

o. Afbakening en terminologische afspraken

Onderzoek naar de *rechterlijk toetsing door de Belgische burgerlijke' rechter op de bestuurshandelingen*² vereist een duidelijke afbakening van het onderwerp.

Welke rechters? – Mijn onderzoek spitst zich toe op de gewone hoven en rechtbanken in hun kerntaak als rechters van het subjectief geschil.³ Hun controle op bestuurshandelingen, gebeurt er nooit los van een subjectief geschil. De toetsing is noodzakelijk accessoir.⁴ Er werd gekeken naar de rechters oordelend ten gronde en in kort geding.

Vallen buiten mijn onderzoek: 1) de administratieve rechtbanken (bijvoorbeeld de Raad van State en de gespecialiseerde administratieve rechtbanken zoals bijvoorbeeld de Raad voor vergunningenbetwistingen, de Raad voor vreemdelingenbetwistingen,...), maar ook 2) de hoven en rechtbanken van de rechtelijke orde in zoverre ze de bevoegdheid kregen om op te treden als verhaalrechters in administratieve aangelegenheden (bijvoorbeeld de gewone hoven en rechtbanken optredend als beroepsrechter tegen administratieve GASboetes, tegen beslissingen van de regulatoren zoals de CREG, tegen stedenbouwkundige herstelmaatregelen, ...).⁵ Een eerste reden voor het uitsluiten van deze tweede categorie ligt in de eigenheid van dergelijke verhaalsprocedures nu ze beantwoorden aan een meer publiekrechtelijke logica. De hoven en rechtbanken treden er op als (laatste) schakel in het objectief contentieux tegen bestuursbesluiten.⁶ Een tweede reden voor deze uitsluiting is de vaststelling dat de omvang en de intensiteit van de beoordelingsbevoegdheid van de rechter alsook de mogelijkheid voor de rechter om de rechtshandeling (al dan niet) zelf te hervormen vaak⁷ bepaald zijn door de bijzondere wetgeving.

Welke bestuurshandelingen? – Mijn onderzoek hanteert een ruime invulling van het begrip *bestuurshandeling*. Er werd gekeken naar de toetsingsmogelijkheden van de gewone hoven en rechtbanken op zowel het handelen als het nalaten van de administratie. Dit dekt 1) de individuele administratieve beslissingen (benoemingen, stedenbouwkundige attesten, e.a.), 2) de reglementaire administratieve rechtshandelingen (ministeriële besluiten, e.a.), 3) het omstandig stilzwijgen (*silence circonstancié*) dat wordt gelijkgesteld met een weigeringsbeslissing en 4) het simpelweg handelen of niet handelen buiten de vorm van een geformaliseerde *beslissing* (hierna duid ik de drie eerste categorieën samen aan met de term

¹ Ik verkies in deze bijdrage de termen 'gewone hoven en rechtbanken'. Zij dekken immers ook de strafrechtelijke hoven en rechtbanken, de arbeidsrechtbanken, enz., die strikt genomen niet 'burgerlijk' zijn van aard.

² Terminologie van de vraagstelling en de richtlijnen.

³ Een subjectief contentieux heeft tot doel een geschil te beslechten tussen personen die jegens elkander rechten en of plichten kunnen doen gelden. Voor een beknopt overzicht van de rol van de artikelen 144 en 145 van de Grondwet en het onderscheid tussen het objectief en subjectief recht, zie M. PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Brussel, Larcier, 2017, 89-104.

⁴ M. PÂQUES en L. DONNAY, "Juridiction ordinaire et juridiction administrative en droit belge", *CDPK* 2007, 78.

⁵ Zie hiervoor de bijdrage van dr. P.J. Van de Weyer.

⁶ Een objectief contentieux heeft tot doel de beslissing zelf van de administratie aan te vechten en deze zo mogelijk uit het rechtsverkeer te doen verdwijnen.

⁷ Doch niet altijd. Zie de bijdrage van dr. P.J. Van de Weyer.

bestuursbesluiten en het geheel met de term *bestuurshandelingen*).⁸ Verder zal blijken dat niet elke bestuurshandeling het voorwerp kan uitmaken van dezelfde toetsing door de rechter.

Welke toetsing? – Zoals geformuleerd in de vraagstelling strekt dit onderzoek ertoe de gevallen te bepalen waar de rechter in zijn toezicht op bestuurshandelingen mogelijks *verder* gaat dan een wettigheidscontrole. De vraagstelling spreekt ook van het *verruimen* en *intensiveren* van de toetsing wat kan leiden tot het *beperken* van de *discretionaire marge* van het bestuur.⁹ Zo omschreven vereist deze doelstelling enige terminologische precisering. Hieronder sta ik stil bij een aantal voor het onderzoek belangrijke begrippen.

- **Aard van de toetsing** – Om te weten of de toetsing verder gaat dan een wettigheidscontrole en zich begeeft op het vlak van de opportuniteit, dient verduidelijkt wat een wettigheidscontrole is en wat een opportuniteitscontrole is. In de literatuur en rechtspraak vinden we traditioneel nog een bijkomend onderscheid tussen de toetsing van de externe wettigheid en die van de interne wettigheid.

Traditioneel wordt meegegeven dat toetsen op de externe wettigheid betekent dat de rechter nagaat of een bestuursbesluit¹⁰ voldoet aan eventuele vormvereisten en of het besluit valt onder de bevoegdheid van het besluit nemende bestuur en/of orgaan. Of meer algemeen, de externe wettigheid polst naar de regelmatigheid van de besluitvorming.¹¹ Zo zal de rechter kunnen nagaan bijvoorbeeld, of een administratieve beslissing motieven bevat conform de wet van 29 juli 1991, of de beslissing werd ondertekend, ... De controle op de interne wettigheid van een bestuursbesluit¹² wordt minder gemakkelijk omschreven. De essentie is dat de rechter de inhoud van de handeling nagaat op conformiteit met de wet. Is het besluit zelf in strijd met de wet of niet? De interne wettigheidstoets wordt ook omschreven als een controle op machtsoverschrijding of machtafwending, of nog als een controle op de juiste toepassing van het wettelijk kader zelf alsook diens toepassing op de feiten. Deze bijdrage leent zich niet tot een gedetailleerde opsomming van alle deelaspecten van de toetsing op interne wettigheid, voor zover dat überhaupt mogelijk is. Wel lijkt het noodzakelijk om het intellectueel proces te overlopen dat elke wettigheidscontrole inhoudt, ongeacht of het gaat om een wettigheidscontrole op een besluit van het bestuur of ruimer van een handeling van het bestuur en ongeacht of het gaat om een interne dan wel externe wettigheidscontrole.

Een wettigheidstoets impliceert noodzakelijk dat door de rechter de toetsingsnorm nauwkeurig wordt geïdentificeerd. Aan welke wettelijke norm moet hij toetsen (geschreven, ongeschreven norm, nationale of internationale norm?, ...), wat houdt de norm in (welke juridische begrippen moet hij hierbij hanteren? Hoe wordt de wetgeving ingekleurd en nader bepaald door de rechtspraak? Met welke

⁸ Ik maak in deze bijdrage de keuze van een eigen terminologie in de hoop het begrip tussen Nederland en België en tussen privaatrecht en publiek recht te vergemakkelijken. Verwarring blijft evenwel onvermijdbaar; zo is een *bestuurshandeling* volgens de wet van 29 juli 1991 eerder een akte die ik hier verder zal aanduiden met de term *bestuursbesluit*.

⁹ Terminologie van de vraagstelling en de richtlijnen.

¹⁰ Ik spreek hier bewust van een bestuursbesluit en geen bestuurshandeling. Het louter niet handelen van het bestuur (en dus niet in de hypothese waar het stilzitten kan worden gelijkgesteld met een weigeringsbeslissing) kan niet getoetst worden op de conformiteit met formele vereisten. Wat de bevoegdheidsregels betreft zou juistheid gebieden om te nuanceren en de termen bestuurshandeling te gebruiken. Bevoegdheidsregels gelden immers ook voor niet geformaliseerde handelingen. Het onderscheid tussen interne en externe wettigheid komt evenwel in de doctrine vaak voor bij het objectief contentieux en de toetsingsbevoegdheid overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet, vandaar de keuze om ongenueanceerd het onderscheid hier ook te hernemen.

¹¹ J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid*, Brugge, Die Keure, 2011, 333, nr.350.

¹² Ook hier zou beter worden gesproken over de handeling (zie opmerking 10).

rechtspraak houdt hij rekening? ...). Hiermee bepaalt de rechter het referentiekader dat als volgt kan worden weergegeven:



Ook identificeert de rechter nauwkeurig het handelen van het bestuur zelf (die handeling (H) kan al dan niet vervat zijn in een bestuursbesluit (B)). Wat heeft het bestuur precies beslist? Hoe heeft het bestuur gehandeld of net niet gehandeld? Een bestuursbesluit zal desnoods moeten worden geïnterpreteerd,... Schematisch geven we de bestuurshandeling als volgt weer:

H

De laatste stap van de wettigheidscontrole bestaat er tenslotte is om na te gaan of de handeling past binnen de grenzen van het wettelijk referentiekader. Schematisch kunnen we deze stap als volgt weergeven:

a. Wettig

b. Onwettig



Dit stappenplan geeft aan of een handeling wettig is (a) (de handeling past binnen de grenzen van de wet) of onwettig (b) (de handeling bevindt zich buiten de grenzen van de wet).

Op zich verklaart de logica van de wettigheidstoets niet het risico op inmenging in opportuniteit. Om te weten of er sprake is van een opportuniteitstoets is een bijkomend inzicht nodig. Er moet rekening worden gehouden met de ruimere wettelijke context waarin het bestuur handelt.

Zo zal het handelen van het bestuur soms worden omkaderd door normen die zodanig *richtinggevend*¹³ zijn dat zij aan het bestuur een welbepaalde manier van handelen opleggen eens de voorwaarden vervuld zijn. Mits aan de wettelijke voorwaarden voldaan, is er maar 1 wijze waarop het bestuur in conformiteit met de wet kan handelen.¹⁴ Het normenkader kent aan het bestuur geen beleidsruimte toe. We denken bijvoorbeeld aan de wet van 29 juli 1991¹⁵ die oplegt dat *bestuurshandelingen* (zoals door die wet gedefinieerd) motieven moet bevatten. Deze formele verplichting (er moeten motieven zijn,

¹³ Ik verkies opnieuw een *neutrale* (niet door de doctrine gebruikte) term boven de verschillende alternatieven. De bedoeling is om het begrip tussen België en Nederland te vergemakkelijken, alsook om te vermijden dat te snel zou worden teruggegrepen naar de geïnternaliseerde concepten zoals de 'specifieke rechtsnorm' bij het aansprakelijkheidsrecht, de 'acte clair' in het internationaal en Europees recht, 'gebonden en discretionaire' bevoegdheden in het publiek recht enz. De bedoeling van deze inleidende uiteenzetting is om een breed kader te schetsen van het redeneringspatroon, los van de later besproken toetsingsmechanismen. Ik had ook de term "bepalend" kunnen hanteren.

¹⁴ C. VANHAEGENBORGH, Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof, bedenkingen in Europees perspectief", in COOREMAN, I. (ed.), *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet.*, Brugge, die Keure, 2010, 249, nr. 28.

¹⁵ Art. 2.: "De bestuurshandelingen van de besturen bedoeld in artikel 1 moeten uitdrukkelijk worden gemotiveerd."

ongeacht of deze nu afdoende zijn of niet) is duidelijk richtinggevend. Eens vaststaat dat een akte past onder de definitie van *bestuurshandeling*, kent het bestuur geen ruimte om 'half' wettig te handelen. Ofwel zijn er motieven en handelt het bestuur wettig, ofwel zijn er geen motieven en dan handelt het bestuur onwettig. Hetzelfde geldt voor bevoegdheidsregels bijvoorbeeld. Ofwel is het bestuur overeenkomstig de toewijzingsbepalingen bevoegd, ofwel niet. Deze voorbeelden hebben betrekking op wetgeving die de externe wettigheid van de besluiten betreft. Maar er zijn ook richtinggevende normen die betrekking kunnen hebben op de interne wettigheid van een akte of handeling. Zo is er bijvoorbeeld regelgeving die voorziet in vaste verloningsbedragen in functie van de anciënniteit van een ambtenaar.¹⁶ Met zoveel jaar anciënniteit op de teller moet het bestuur zoveel euro's verloning toekennen. Doet het bestuur dat niet, dan is de beslissing onwettig.

Zoals door verscheidene auteurs reeds opgemerkt, zal het bestuur ondanks die richtinggevende aard van de norm soms beschikken over een zekere **beoordelingsruimte** bij het nagaan van de voorwaarden van de wet. Dit hangt samen met het gebruik van open normen en begrippen¹⁷ zoals 'het belang van het kind', 'hoogdringendheid', 'overmacht', ... Het bestuur is dan in essentie bevoegd "*in deze gevallen de verbinding te maken tussen een ruim omschreven wettelijke norm en het individuele voorliggende geval*".¹⁸ Het bestuur kan binnen deze beoordelingsruimte oordelen maar is wel gehouden tot de juridische inkleuring van dergelijke begrippen, inkleuring die mede voortvloeit uit de rechtspraak. Het bestuur beschikt in die gevallen over beoordelingsruimte, maar niet echt over beleidsruimte. Inderdaad, wanneer aan de voorwaarden is voldaan voor een bepaalde anciënniteit moet het bestuur het vast bedrag toekennen. Het bestuur beschikt niet over een beleidsruimte om meer of minder toe te kennen. Zijn handelen is in dat opzicht gebonden. Er is dus een onderscheid te maken tussen de vrije appreciatie die een bestuur kan maken bij het beoordelen van de feiten en voorwaarden voor de toepassing van wetgeving en beleidsruimte van het bestuur. Wat ik in deze bijdrage bedoel met richtinggevende wetgeving is wetgeving die de beleidsruimte ontnemt doch niet de beoordelingsruimte.¹⁹ Wetgeving die aan het bestuur zelfs geen beoordelingsruimte toekent zal leiden tot een volledig gebonden bevoegdheid van het bestuur (zie infra 2.).

Andere normen zijn minder richtinggevend. Zij kunnen bijvoorbeeld een te behalen resultaat vooropstellen: zoals niet-discrimineren²⁰, of het behartigen van het algemeen belang. Ze geven evenwel niet aan hoe dit moet worden verwezenlijkt. Het bestuur beschikt er naast beoordelingsruimte over een zekere beleidsruimte. Er bestaan immers verschillende manieren om aan beleid te doen zonder te discrimineren of zonder het algemeen belang te schaden. Met andere woorden, er bestaan verschillende manieren om binnen het wettigheidskader te handelen (H₁, H₂, H₃). De keuze voor H₁ in de plaats van H₂ of H₃ is een eigen soevereine keuze in hoofde van het bestuur. De keuze voor H₁ in plaats van H₂

¹⁶ Zie voorbeelden in A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 1068, nr. 1200.

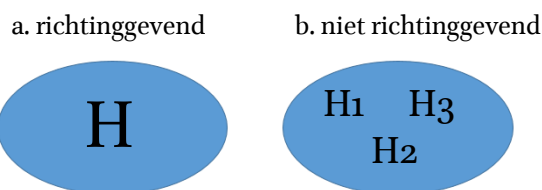
¹⁷ Zie ivm deze evolutie F. OST en M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, Brussel, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 597.

¹⁸ J. PUT, "Discretionaire bevoegdheden in het socialezekerheidsrecht" in D. SIMOENS, D. PIETERS, J. PUT, P. SCHOUKENS en Y. STEVENS (eds.), *Sociale zekerheden in vraagvorm. Liber Amicorum Jef Van Langendonck*, Mortsel, Intersentia, 2005, 343-360, nr. 5.

¹⁹ De vrije beoordelingsruimte van het bestuur blijft, doch onder toezicht van de rechter.

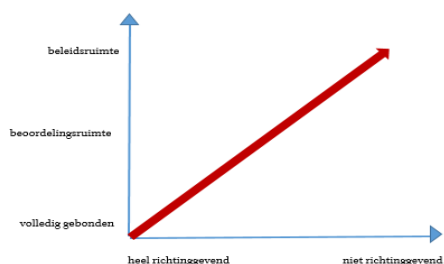
²⁰ Men kan evenwel ook oordelen dat het onbepaald karakter van het verbod op discriminatie eerder voortvloeit uit de mogelijkheid voor het bestuur om de objectieve criteria voor een onderscheiden behandeling van vergelijkbare groepen te bepalen. Dit neemt evenwel niets weg aan het gemaakte argument.

kadert binnen een beleidskeuze en is in hoofde van het bestuur een beoordeling naar opportuniteit. Schematisch kunnen we het verschil als volgt weergeven:



Een controle op die keuze binnen de vrije beleidsruimte kan leiden tot een beoordeling in opportuniteit. Een rechter die louter oordeelt over de gepastheid van de keuze voor H1 in plaats van H2 of H3, oordeelt mogelijks in opportuniteit. Hij zou zijn overtuiging in de plaats kunnen stellen van die van het bestuur.

Volledigheidshalve dient, zoals ook door Put benadrukt, erop gewezen dat de grenzen tussen volledig gebonden bevoegdheden, bevoegdheden met beoordelingsruimte en bevoegdheden met beleidsruimte niet gemakkelijk te trekken vallen. Het onderscheid tussen de categorieën moet eerder worden aanschouwd als een continuüm.²¹ Schematisch valt dit beter met een glijdende schaal weer te geven dan met drie afzonderlijke kolommen:



Het onderscheid tussen een toetsing naar wettigheid en een naar opportuniteit is essentieel wanneer sprake is van controle van de bestuurshandelingen door de gewone hoven en rechtbanken in het subjectief contentieux.²² Er is immers een princiepelijk verbod op toetsing in opportuniteit en dit verbod houdt verband met de machtsverdeling tussen de rechterlijke macht en de uitvoerende macht en het gekend beginsel van scheiding der machten.²³ De rechter van de rechterlijke macht, bewaker van het recht, mag zich in beginsel niet wagen op het terrein van het administratieve optreden.²⁴ Wil dit zeggen dat van zodra het bestuur beschikt over beoordelingsruimte dan wel beleidsruimte de gewone hoven en rechtbanken binnen het subjectief contentieux zich moet onthouden van enige controle? Neen. In geen geval.

²¹ J. PUT, *op.cit.*, 343-360, nr. 5.

²² In het kader van sommige administratieve beroepen is een dergelijke controle wel toegelaten. Ook in bepaalde specifieke bevoegdheden van het objectief contentieux voor de gewone hoven en rechtbanken is een dergelijke controle toegestaan. Hiervoor verwijs ik naar de bijdrage van dr. P.J. Van de Weyer.

²³ Of beter gezegd, de *samenwerking* der machten. O.m. A. ALEN, "De scheiding der machten - Enkele inleidende kanttekeningen" in ALEN, A. en SOTTIAUX, S. (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke standpunten - Deel 2*, Brugge, die Keure, 2010, 3 e.v.; Ph. GERARD, "Politieke theologie en de scheiding der machten, Flandria in het licht van de ideeëngeschiedenis, 101-102, nrs. 39 en 41; J. THEUNIS, "De rechter geklemd tussen het beginsel van scheiding der machten en het vereiste van volle rechtsmacht", in COOREMAN, I. (ed.), *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet.*, Brugge, die Keure, 2010, 156, nr. 2.

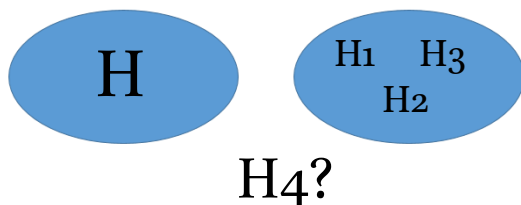
²⁴ Zeer verhelderend betreffende de rol van de rechters; recent F. KUTY, "La contribution des cours et tribunaux à l'élaboration du droit pénal", *RCJB* 2019, 29-97.

Zowel over de beoordelingsbevoegdheid als de beleidsbevoegdheid van het bestuur is een toetsing mogelijk. Het is dus niet omdat er enige ruimte is in hoofde van het bestuur dat elke rechterlijke controle uitgesloten is. De controle door de rechter is er evenwel slechts een van wettigheid (in de brede zin van het woord).²⁵

Er wordt soms gezegd dat de controle op de externe wettigheid geen risico inhoudt op een controle op de opportuniteit. Deze stelling is wellicht terecht. Ze valt wel eerder te verklaren door de vaak (doch niet altijd) richtinggevende aard van de bepalingen die de externe wettigheid aanbelangen, veeleer dan door het onderscheid dat wordt gemaakt ten opzichte van de interne wettigheid. Door die richtinggevende aard is geen ruimte voor beleidsruimte. Er is dan ook geen echt risico op inmenging in die niet aanwezige beleidsruimte. Risico op opportuniteitstoetsing ligt meer voor de hand op het niveau van de interne wettigheidscontrole omdat daar vaker sprake is van normen die niet of minder richtinggevend zijn.

Laten we voor een goed begrip de bovenvermelde schema's hernemen:

- | | |
|-------------------------|-------------------------------|
| a. richtinggevend | b. niet richtinggevend |
| (vb: motiveringsplicht) | (vb: verbod op discriminatie) |
| beoordelingsruimte | beoordelingsruimte |
| geen beleidsruimte | beleidsruimte |



Betreffende de bestuurshandeling H₄, zal de rechter kunnen vaststellen dat het onwettig is (er is bijvoorbeeld een gebrek aan motieven of er is een schending van het verbod op discriminatie). De handeling bevindt zich buiten de grenzen van het wettige. Zo'n toetsing is toegelaten. Een beoordeling louter naar de *voorkeur* voor H₁ boven H₃ zou daarentegen principieel niet toegelaten zijn.

Eens de onwettigheid is vastgesteld, rijst een volgende vraag. Wat kan de rechter doen eens die onwettigheid is vastgesteld? Kan hij de onwettige situatie verhelpen? Moet hij de onwettige handeling negeren? Moet hij de mogelijke schadelijke gevolgen ervan vergoeden? Deze vragen polsen naar de sanctie²⁶ van een onwettigheid. Ik kom daar straks nog nader op terug (zie *infra* 1,2,3). Wel kan reeds worden aangegeven dat ook betreffende de vraag van de *sanctie* de grens van het verbod op inmenging in de opportuniteit geldt. De gewone hoven en rechtbanken mogen ook bij het *sanctioneren* van de onwettigheid de grens van de opportuniteit niet overschrijden.

Tenslotte moeten we waarschuwen voor de theoretische benadering van het verbod op opportuniteitstoetsing. Het is immers denkbaar dat de rechter onder het mom van een

²⁵ Walter Van Gerven duidt dit aan met de term 'rechtmatigheidscontrole' in plaats van 'wetmatigheidscontrole' om te benadrukken dat de toetsing ruimer is dan de enkele wetteksten en de toetsing dus ook gebeurt op de algemene beginselen. W. VAN GERVEN, "Beginselen van behoorlijk handelen", *RW* 1982-83, 966.

²⁶ Opnieuw is de keuze voor deze term bedoeld voor een goed begrip tussen België en Nederland, de term moet ruim worden begrepen, losstaand van de geïnternaliseerde ladingen die het kan krijgen, bijvoorbeeld in het verbintenissenrecht. Ik had ook de term "remedie" kunnen hanteren.

wettigheidcontrole, eigenlijk *de facto* een opportuniteitsbeoordeling uitoefent. Of met andere woorden de wettigheidscontrole instrumentaliseert. In dat geval moeten we niet spreken over een 'geïnstitutionaliseerde' toelating om in opportuniteit te toetsen maar van een soort misbruik of afwenden van de eigen toetsingsbevoegdheid van de rechterlijke macht.

➔ Deze bedenkingen betreffende de grenzen van de wettigheid en de opportuniteit dienen als rode lijn doorheen de verdere bijdrage. Immers, indien de grens van de opportuniteit niet mag en ook nooit wordt overschreden, zal ons besluit luiden dat de gewone hoven en rechtbanken in het subjectief contentieux zich beperken tot een wettigheidstoets. Als de grenzen wel mogen of *de facto* worden overschreden, zal het besluit genuanceerder moeten (zie *infra* 4.).

- **Intensiteit van de toetsing** – Een laatste punt dat op scherp moet worden gesteld, alvorens over te gaan tot de typologie van mogelijke toetsingen, is de vraag naar de intensiteit van de toetsing (zij het bij een wettigheidscontrole, zij het bij een opportuniteitscontrole). Hiermee verwijs ik naar de tot verwarring leidende termen van *volle rechtsmacht*. In mijn onderzoek hanteer ik die term zo weinig mogelijk. Ik verkies wanneer sprake van de bevoegdheid om te toetsen op de wettigheid door de gewone hoven en rechtbanken, de termen volledige rechterlijke controle.²⁷ Bovendien hanteer ik deze enkel om aan te geven dat de rechter zijn controle volledig kan uitoefenen zonder terughoudendheid. Zeer praktisch betekent dit dat de rechter in alle vrijheid de toets kan uitvoeren en de onwettigheid van het bestuurshandelen kan vaststellen, rekening houdende met niet alleen het recht maar ook de feiten. De vraag met welk recht en welke feiten hij precies rekening mag houden hangt af van de type toetsing (zie *infra* 1,2,3).

Tegenover deze invulling van de toetsingsintensiteit worden soms andere concepten afgezet.

- Te denken valt aan de zo gezegde marginale toetsingsbevoegdheid. Ook deze termen kunnen tot verwarring leiden omdat ze, afhankelijk van de context, verschillende ladingen dekken. Zo spreekt men bijvoorbeeld van marginale controle op rechtsmisbruik.²⁸ Hierbij kan de rechter slechts rechtsmisbruik sanctioneren wanneer hij vaststelt dat de grenzen van een redelijke uitoefening van een recht *kennelijk* werden miskend. Eenzelfde gebruik van de termen "terughoudendheid" en "kennelijk", wordt gehanteerd bij de beoordeling bijvoorbeeld van de redelijkheid bij de uitoefening van discretionaire bevoegdheden. De literatuur spreekt ook daar van een terughoudendheid die de rechter aan de dag moet leggen. De termen zijn enigszins bedrieglijk, omdat het de indruk kan wekken dat de rechter minder doortastend zou moeten te werk gaan. Dit is m.i. evenwel niet het geval. Ook hier mag de rechter volledig toetsen aan de wet en de feiten, alleen zal hij de bestaande beleidsruimte of vrijheid in het uitoefenen van een recht of discretionaire bevoegdheid moeten in overweging nemen (meer hierover *infra* 1 en 3).

Ook wordt gesproken van de marginale controlebevoegdheid van het Hof van Cassatie op de wettelijke begrippen. Hierbij is het aan het Hof van Cassatie toegelaten om na te gaan of de rechters ten gronde op basis van de door hen meegegeven motieven wel een bepaalde juridische redenering konden maken zonder een wettelijk begrip te schenden. Zo zal het Hof van Cassatie oordelen of de rechters ten gronde

²⁷ Termen ontleend aan W. VAN GERVEN, op. cit., *RW*1982-83, 968.

²⁸ Voor een overzicht van de theorie van rechtsmisbruik: S. STIJNS en F. AUVRAY, "Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat: critères et sanctions" in DUPONT, M. (ed.), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Larcier, 2016, 269-320.

op basis van de door hen gegeven motieven konden besluiten tot het bestaan van, bijvoorbeeld, een buitencontractuele fout.²⁹ Hier is de controlebevoegdheid van het Hof van Cassatie in rechte, maar niet ten gronde. De cassatierechter kan geen rekening houden met andere feitelijke gegevens dan deze vastgesteld door de feitenrechter in zijn beslissing.³⁰ Op basis van die feiten mag hij vervolgens besluiten tot een schending van het wettelijk begrip indien de gevolgtrekking onmogelijk is.³¹ Anders dan de beroepsrechter die beschikt over de devolutieve werking, kan het Hof van Cassatie zelf de feitelijke gegevens niet opnieuw beoordelen.

- Volledige rechterlijke controle – zoals door mij gebruikt – mag evenmin worden gelijkgesteld met de al dan niet toegekende mogelijkheid tot *hervorming* van de bestuurshandeling. In sommige gevallen zijn de gewone hoven en rechtbanken hiertoe gemachtigd, in het bijzonder als ze oordelen binnen een objectief contentieux. Ik denk aan de beroepen tegen GAS-boetes waar het de rechter is toegelaten de boete te herzien (i.e. zelf het bedrag van de boete te bepalen)³², waardoor zijn rechterlijke beslissing als het ware in de plaats van de eerdere administratieve boete komt. Een dergelijke hervormingsbevoegdheid bestaat m.i. niet in hoofde van de gewone hoven en rechtbanken die in het kader van een subjectief contentieux het bestuurshandelen gaan toetsen. Overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet is de rechter bijvoorbeeld slechts bevoegd om onwettige administratieve akten buiten toepassing te laten, niet om deze te herzien of te vernietigen, of zelf een plaatsvervangende beslissing te nemen. De beslissing van de rechter zal zich dan niet in de plaats stellen van de onwettige handeling. Volle rechtsmacht in de zin van artikel 6 EVRM impliceert overigens niet noodzakelijk hervormingsbevoegdheid.³³
- Tenslotte mag volledige rechterlijke controle zoals in dit onderzoek gebruikt, niet worden verward met de beoordeling *prima facie*³⁴ van de kortgedingrechter. De kortgedingrechter mag immers rekening houden met de feiten van de zaak en de toets volledig doorvoeren, doch doet hij dit op het eerste zicht en ‘voorlopig’³⁵, op basis van de aan hem voorgelegde feiten en in hoogdringendheid. De *prima facie* beoordeling houdt eerder verband met de spoedeisendheid waarbinnen de beoordeling past en met de regels van het gezag van het gewijsde, dan met de intensiteit van de rechterlijke controle.

Naar een typologie – Al deze voorafgaandelijke opmerkingen indachtig leek het mij mogelijk om te komen tot een typologie van de wijzen van toetsing van bestuurshandelingen door de Belgische gewone hoven en rechtbanken binnen het subjectief contentieux. Ik onderscheid drie toetsingsvormen.

²⁹ Inzake de buitencontractuele fout bijvoorbeeld: Cass. 24 mei 2018, C.17.0504.N

³⁰ Zie beknopt C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, Brussel, Larcier, 2011, 91-92, nr. 94.

³¹ C. PARMENTIER, *op.cit.*, 2011, 99 en 104, nrs. 102 en 107, en de daar geciteerde rechtspraak.

³² Zie hierover de bijdrage van dr. P.J. Van de Weyer.

³³ Zie hierover bijvoorbeeld, P. LEMMENS, “Enkele beschouwingen bij de zogenaamde “volle rechtsmacht” van de rechter bij de toetsing van administratieve sancties”, *Liber Amicorum Marc Boes*. Die Keure; Brugge, 2011, 404-405, en de daar gehanteerde voorbeelden van GAS boetes en administratieve boetes wegens inbreuk op de sociale wetgeving (voetnoten 37 en 38), zie ook J. THEUNIS, *op. cit.*, 2010, 225, nr. 66: “Niet de hervormingsbevoegdheid maar de mogelijkheid om alle feiten en alle juridische kwesties te beoordelen maakt immers de essentie uit van het begrip volle rechtsmacht in de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens”.

³⁴ Opnieuw wordt ook daar soms gesproken van *marginale* beoordeling : zie Cass. 3 januari 2008, C.06.0322.N

³⁵ Cass. 24 september 2010 C.08.0429.N (term aldaar gebruikt door het Hof van Cassatie).

- De toetsing aan hiërarchisch hogere normen gesteund op artikel 159 van de Grondwet. Deze controle is beperkt tot de individuele administratieve akten, de reglementaire administratieve akten en de omstandige doch stilzwijgende weigeringsbeslissingen (hierna samen: *bestuursbesluiten*) (zie *infra* 1.).
- Een toetsing wanneer de rechter moet achterhalen of de eisende partij (de bestuurde) zich kan beroepen op een subjectief recht dat hij put uit een gebonden bevoegdheid van de administratie (zie *infra* 2.).
- Een toetsing van bestuurshandelingen via privaatrechtelijke mechanismen zoals de “overheidsaansprakelijkheid”, “rechtsmisbruik”, “burenhinder”, “eenzijdige wilsuiking”, enz. Naar haalbaarheid van dit onderzoek zal de aandacht voornamelijk uitgaan naar de overheidsaansprakelijkheid. (zie *infra* 3.)

Deze typologie heeft geenszins de pretentie exhaustief te zijn. Evenmin is de typologie sluitend. Zo zullen concrete geschillen op verschillende wijzen kunnen worden beslecht. Een vordering tot staking van het onrechtmatig handelen van de administratie kan, afhankelijk van de omstandigheden, ofwel worden benaderd als het rechtstreekse afdwingen van een subjectief recht (type twee) ofwel als een aansprakelijkheidsvordering dat herstel in natura van een fout van de administratie beoogt (type drie).³⁶ Een typologie hanteren heeft evenwel het voordeel de gelijkenissen (het zijn alle drie toetsingen die wettelijk zijn van aard), de verschillen (de wijze waarop de wettigheidstoets concreet wordt doorgevoerd varieert) of de tendensen (al dan geen verhoogd risico op opportuniteitstoetsing) in kaart te brengen (zie *infra* 4.).

Deze methodologische bakens en preciseringen indachtig overloop ik hieronder de drie typologieën. Per typologie geef ik een korte schets van de vooropgestelde toetsingsbevoegdheid van de rechter, zowel op het niveau van de beoordeling van de handeling of het besluit zelf, als op het niveau van de sanctie. De stellingen worden geïllustreerd aan de hand van geselecteerde rechtspraak.³⁷ Dit overzicht zal toelaten om beknopt te antwoorden op de in de vraagstelling voorgelegde richtlijnen (zie *infra* 4.).

1. De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet (een ‘verweer’mechanisme tegen onwettige *bestuursbesluiten*)

Overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet zijn de gewone hoven en rechtbanken bevoegd en zelfs verplicht om *bestuursbesluiten*³⁸ die strijdig zijn met de hiërarchisch hogere rechtsnormen buiten toepassing te laten. Letterlijk klinkt artikel 159 van de Grondwet als volgt: “*De hoven en rechtbanken passen de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe in zoverre zij met de wetten overeenstemmen*”. Hieruit volgt dat de rechter kan overgaan tot een wettigheidscontrole op het besluit zelf (1.1.) en dat de sanctie bestaat uit het buiten toepassing laten van het onwettige besluit (1.2.)

1.1. De toetsingsbevoegdheid van de rechter op de *bestuursbesluiten*


De context waarin een dergelijke controle op de wettigheid kan plaatsvinden is zeer ruim. Niet alleen in een geschil tussen de bestuurde en de overheid (waarbij evenmin van belang is wie de onwettigheid opwerpt, de

³⁶ Vgl. Cass. 24 januari 2014, C.10.0450.F, waar onder meer uitspraak werd gedaan over de vraag of het voorwerp van de vordering strekte tot het voorkomen van schade uit de onrechtmatige aantasting van het aangevoerde subjectieve recht op opvoeding van hun kinderen, dan wel tot het bekomen van een verblijfsrecht.

³⁷ Volledigheid is illusoir en daarom werd voorkeur gegeven aan illustratieve rechtspraak van de periode tussen januari 2000 en augustus 2019.

³⁸ Zie de verantwoording van de woordkeuze *supra* 0.

particulier of de administratie), maar ook tussen de bestuurde en een derde (i.e. niet de geadresseerde van het *besluit*) of zelfs tussen derden aan het besluit. Zoals eerder gezegd is het beroep op artikel 159 van de Grondwet een *accessorium* van een vordering van het subjectief contentieux (bijvoorbeeld in het kader van een aansprakelijkheidsvordering) en laat het de bevoegdheid van de rechtbanken onaangeroerd. De wettigheidscontrole van artikel 159 van de Grondwet heeft betrekking op zowel de interne als de externe wettigheid.³⁹ Aldus kan de eerder uiteengezette redenering worden gehanteerd (zie *supra* o.).

De eerste stap vereist het bepalen van het referentiekader (). Welke normen gelden als referentiekader? Het antwoord op deze vraag is zeer ruim, namelijk de hiërarchisch gelijke en hogere normen.⁴⁰ Dit dekt dus, de wetten, decreten, ordonnanties, maar ook de Grondwet en zelfs de internationale normen met rechtstreekse werking. Over de vereiste van rechtstreekse werking bestaat betwisting naar Belgisch recht. Een zekere stroming, door mij gedeeld, meent dat zou volstaan dat een internationale norm deel uitmaakt van de nationale normenhiërarchie om in het kader van een wettigheidstoets als referentienorm te kunnen dienen.⁴¹ De controle op conformiteit aan de hogere normen, zelfs binnen een subjectief contentieux, blijft immers objectief van aard.⁴² Het Hof van Cassatie blijkt evenwel rechtstreekse werking te vereisen.⁴³ De volgende stappen van de redenering van de rechter impliceren dan vervolgens dat 1) het besluit wordt geïdentificeerd en 2) dat wordt nagegaan of het besluit binnen de grenzen van het aldus bepaald wettig kader past.

Het Hof van Cassatie herinnert eraan dat deze toetsing volledig gebeurt, zonder terughoudendheid: “*Les juridictions contentieuses ont, en vertu de cette disposition, le pouvoir et le devoir de vérifier la légalité interne et externe de tout acte administratif sur lequel est fondée une demande, une défense ou une exception et ce contrôle de légalité n’est pas limité aux irrégularités manifestes dont cet acte pourrait être affecté*”.⁴⁴ Hieruit volgt dat de besluiten van het bestuur worden getoetst met een volledige rechterlijke controle, rekening houdend met het recht en de feiten. Een rechter die enkel bij een *kennelijke onwettigheid* een besluit buiten toepassing laat zal door het Hof van Cassatie worden teruggefloten.⁴⁵ Met welke feiten de rechter hierbij dient rekening te houden lijkt af te hangen van de aard van de wettigheidstoets. Voor de toetsing van de externe wettigheid plaatst de rechter zich op het ogenblik dat het bestuursbesluit werd genomen. Voor de toetsing van de interne wettigheid plaatst de rechter zich op het ogenblik dat hij uitspraak doet.⁴⁶

Een beoordeling in opportuniteit is dan wel weer niet toegelaten. Opnieuw, en dit hoeft niet in details herhaald, zal er slechts een risico op inmenging in de opportuniteit zijn, in die gevallen waar binnen de

³⁹ O.m. Cass. 12 december 2016, S.14.0104.F.

⁴⁰ Meer hierover F.X. BARCENA, in X. *L'article 159 de la Constitution: le contrôle de légalité incident*, Brussel, die Keure, 2010, nr. 31, 131.

⁴¹ Zie uitdrukkelijk in die zin J. THEUNIS, *op.cit.* 2011, 330, nr.347 en de daar vermelde referenties, vgl. F. AUVRAY, “La violation d’un traité est-elle une faute ? – Incidence de l’absence d’effet direct sur la responsabilité extracontractuelle de l’État”, *JT* 2019, nr. 2, 21-28.

⁴² Hierdoor is het niet absoluut nodig dat de particulier een subjectief recht put uit het internationaal verdrag zelf.

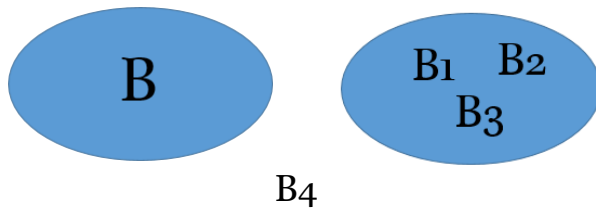
⁴³ Zie Cass. 18 december 2001, P.99.1548.N.; besproken door J. THEUNIS, *op.cit.* 2011, 329-330, nr. 346.

⁴⁴ “*Luidens artikel 159 van de Grondwet passen de hoven en rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe in zoverre ze met de wetten overeenstemmen; de met de eigenlijke rechtspraak belaste rechtscolleges, hebben, krachtens die bepaling, de bevoegdheid en de plicht om de interne en externe wettigheid te onderzoeken van elke bestuurshandeling waarop een aanspraak, een verweer of een exceptie gegrond is, zonder dat die wettigheidstoetsing beperkt blijft tot de eventuele kennelijke onregelmatigheden van die handeling*”: Cass. 4 november 2011, C.09.0130.F, zie ook Cass. 4 december 2006, S.06.0066.F.

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld Cass. 4 november 2011, C.09.0130.F.

⁴⁶ J. THEUNIS, *op.cit.*, 2011, 351-353, nrs. 372-373; zie evenwel F.X. BARCENA *op.cit.* 2010, 134, nr. 37.

grenzen van de geschonden wet verschillende beleidsmogelijkheden bestonden en de rechter zich in die keuze zou mengen (zie *supra* o.).⁴⁷



B, B1, B2, B3 zijn alle vier wettige besluiten. B4 is onwettig. In het kader van de toetsing van artikel 159 van de Grondwet is de rechter slechts bevoegd om betreffende B4 te oordelen dat hij buiten de wettelijke grenzen ligt. Hiertoe is het in beginsel niet nodig voor de rechter om te oordelen over de niet gemaakte keuze voor B2 of B3 bijvoorbeeld. In theorie is er dus geen risico op opportuniteitscontrole.

In de praktijk kan een wettigheidstoets evenwel overkomen als een toets naar opportuniteit. Ten eerste wanneer de wettigheidscontrole wordt uitgeoefend op de beoordelingsruimte van het bestuur. Ik neem als voorbeeld de vaak opgeworpen onwettigheid van een administratief reglementair besluit omwille van het niet consulteren van de Raad van State (afdeling wetgeving). Immers, enkel in geval van hoogdringendheid is een dergelijk voorafgaand advies niet vereist. Er wordt dus van de rechter gevraagd na te gaan of er in een gegeven situatie inderdaad sprake was van hoogdringendheid, zo niet, is de akte waarvoor geen advies werd gevraagd onwettig. Is deze controle op het bestaan van hoogdringendheid een wettigheidscontrole of een opportuniteitscontrole? M.i. is dit duidelijk een wettigheidscontrole, aan de hand van het wettelijk begrip 'hoogdringendheid'. Uiteraard is de administratie diegene die bevoegd is om te oordelen over het bestaan van hoogdringendheid. Doch deze bevoegdheid kent niet aan het bestuur het recht toe om arbitrair te gaan oordelen. De bevoegdheid wordt omkaderd door wat wettelijk (en via de verfijning door middel van rechtspraak)⁴⁸ wordt aanzien als hoogdringend. Of nog anders gezegd, hoewel het aan het bestuur toekomt om de feiten als eerste te beoordelen en de hoogdringendheid in te schatten, beschikt zij daarom nog niet over een bevoegdheid tot willekeur. De rechter van de gewone hoven en rechtbanken is bevoegd om via 159 GW *a posteriori* erop toe te zien dat de grenzen werden gerespecteerd.⁴⁹ Hierbij mag de rechter evenwel enkel rekening houden met de feiten die in het besluit worden meegegeven.⁵⁰

In een arrest van 19 september 2012, (P.12.0394.F) oordeelt het Hof van Cassatie dat het feit dat de termijn voor omzetting van een richtlijn reeds een jaar was verstreken, niet verantwoordt dat geen advies (binnen de drie dagen) van de Raad van State werd gevraagd. Ook is de verantwoording dat de rechtszekerheid een snelle bekendmaking (publicatie) gebiedt van een KB dat nieuwe vergoedingen voorziet bij verbreking van sportcontracten, geen voldoende reden om geen voorafgaand advies te vragen.⁵¹

⁴⁷ Zie ter illustratie het cassatiearrest van 3 juni 2010, C.08.0582.N: "Het algemeen rechtsbeginsel (van scheiding der machten) belet de rechter aldus de opportuniteit van een retributie, verschuldigd krachtens een niet onwettig bevonden retributiereglement, te beoordelen en in te grijpen in de tariefstructuur van dit reglement." Zie ook Cass. 4 december 2006, S.060066.F.

⁴⁸ I. MATHY "Etendue des pouvoirs du juge à l'égard des décisions prises par une autorité administrative en matière de sécurité sociale. Observations sous l'arrêt de la Cour d'arbitrage 2078/2004 du 21 décembre 2004", *JLMB* 2005, nr. 8, 329.

⁴⁹ Zie ook C. VANHAEGHENBORGH, *op.cit.*, 253, nr. 32 en diens verwijzing naar J. PUT.

⁵⁰ Cass. 21 januari 2008, S.07.0025.F.; zie evenwel Cass. 15 februari 2007, C.06.0071.F. waar de indruk kan worden gewekt dat wel rekening mocht worden gehouden met een late publicatie van het KB waarvoor geen advies werd genomen.

⁵¹ Cass. 21 januari 2008, S.07.0025.F, vgl. met Cass. 9 september 2002, S.00.0125.F.

Het gevoel van opportuniteitstoetsing wordt nog groter wanneer de wettigheidscontrole wordt uitgeoefend op de beleidsruimte van het bestuur. Zoals eerder gezegd is het niet omdat er beleidsruimte is dat elke rechterlijke controle uitgesloten is. Die controle blijft er wel een naar wettigheid. Zo ook bijvoorbeeld de toets op “redelijkheid”.⁵² Het redelijkheidsbeginsel is – althans in België – vervat in rechtsnormen, minstens in de beginselen van behoorlijk bestuur. Een controle op die beginselen is een wettigheidstoets, die ook in het kader van artikel 159 van de Grondwet door de rechter van de gewone hoven en rechtbanken mag worden doorgevoerd.⁵³ Toegegeven, in die bijzondere materie wordt de grens met een toetsing in opportuniteit wel bijzonder dun.⁵⁴ Auteurs stellen dan ook vaak dat de controle op redelijkheid een is die dient te gebeuren met gepaste terughoudendheid in hoofde van de rechter. Die terminologie van terughoudendheid vind ik zoals hierboven reeds gezegd, misleidend. Het kan leiden tot de overtuiging dat de rechter deze controle minder verreikend en serieus zou doorvoeren als de andere wettigheidscontroles. Dit is m.i. evenwel niet het geval. De toetsing gebeurt wel volledig. Er wordt rekening gehouden met het recht en de feiten. Hierbij zal de rechter wel respect hebben voor de bestaande en ook door hem erkende beleidsruimte van de overheid. Rekening houden met de beleidsruimte is m.i. en zoals eerder al aangegeven dus niet het gevolg van een verminderde of terughoudende toetsing van de rechter maar inbegrepen in de *in concreto* controle op redelijkheid zelf. Bovendien moet er ook worden gewezen dat deze controlemogelijkheid door de hoven en rechtbanken ook onder toezicht staat van het Hof van Cassatie.

De rechter toetst bijvoorbeeld ook aan het verbod op discriminatie (schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet) door o.m. na te gaan of een verschillende behandeling wordt verantwoord door een objectief en redelijk criterium.⁵⁵ Hij is bevoegd om de proportionaliteit te toetsen. Het Hof van Cassatie zal wel de rechter terugfluiten die op onwettige wijze deze toets doorvoert.

In een arrest van 19 januari 2016 (P.15.1091.N) oordeelt het Hof als volgt: “*Het gelijkheidsbeginsel kan maar zijn miskend indien op basis van de feitelijke concrete gegevens blijkt dat in rechte en in feite gelijke gevallen ongelijk worden behandeld, zonder dat er een objectieve verantwoording bestaat voor deze ongelijke behandeling. Uit de enkele omstandigheid dat twee naast elkaar liggende percelen ingevolge twee verschillende gewestplannen een andere bestemming hebben gekregen, kan het arrest geen miskening van het gelijkheidsbeginsel afleiden. Het arrest dat op die enkele grond beslist tot de onwettigheid van het ene gewestplan in zoverre het betrekking heeft op het perceel van de verweerder en om die reden de herstellvordering als ongegrond afwijst, is niet naar recht verantwoord*”.

Tot slot wens ik een laatste keer te benadrukken dat hoewel de gevolgen van bestuursbesluiten politiek kunnen zijn, een toetsing door de rechter mogelijk is zolang die toetsing een is naar wettigheid. Bovendien is het niet omdat een beoordeling delicaat is dat de rechter zich hiervan noodzakelijk moet onthouden.⁵⁶ Of om het met de termen van prof. Theunis te zeggen: “*Dat de rechter zich niet zelf op het terrein van de opportuniteit mag begeven, betekent dus niet dat hij de overheid niet zou mogen beoordelen wanneer die zich op dat terrein*

⁵² Voorbeeld gehanteerd door C. VANHAEGENBORGH, *op.cit.*, 250, nr. 29 en MAST, A., e.a., *op.cit.*, 2017, 1096, nr. 1217.

⁵³ Cass. 8 april 2003, P.02.1165.N.; zie ook F.X. BARCENA *op.cit.*, 2010, 131, nr. 32.

⁵⁴ Zie bijvoorbeeld, P. POPELIER, “De wankel grens tussen wettigheid en opportuniteit”, noot onder Pol. Gent 14 juni 1999, RW 1999-2000, 827-828: “*Een rechter begrijpt, vanuit zijn functie, enkel een juridisch discours, d.i. een discours dat in juridische termen wordt verwoord. Juridische termen die de grens tussen wettigheids- en opportuniteitsbeoordeling aan het wankelen brengen, zijn in dit geval te vinden in de beginselen van behoorlijk bestuur. Die beginselen begrenzen immers de discretionaire beoordelingsruimte van het bestuur.*”

⁵⁵ Recent, Cass. 12 december 2016, S.14.0104.F.

⁵⁶ Deze ideeën worden gedeeld door prof. P. Nihoul ik verwijs naar zijn mondelinge uiteenzetting op de lancering van de Belgisch-Luxemburgse HUB van het European Law Institute (ELI) op 27 mei 2019 in het St. Anna Kasteel in Brussel.

bevindt. Het bestuur kan immers ook in de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid onwettigheden begaan".⁵⁷ Het risico op toetsing in opportuniteit blijft uiteraard bestaan. Rechter kunnen de wettigheidscontrole instrumentaliseren.

1.2. De bevoegdheid van de rechter bij de sanctie

Wat de sanctie van de onwettigheid betreft, dient gewezen op het feit dat artikel 159 van de Grondwet de rechter wel gebiedt om aan de zijlijn te blijven. Hij beschikt overeenkomstig die bepaling niet over een hervormingsbevoegdheid (de rechter kan geen nieuw wettig besluit nemen in de plaats van het bestuur), evenmin beschikt de rechter over een vernietigingsbevoegdheid (de rechter kan het onwettige besluit niet vernietigen) en tenslotte beschikt de rechter ook niet over een injunctiebevoegdheid (de rechter kan de overheid op grond van artikel 159 van de Grondwet **alleen** ook niet bevelen een wettig besluit te nemen). Hij moet⁵⁸ de onwettige beslissing slechts zonder gevolg laten. Bovendien geldt de sanctie *niet erga omnes*, maar slechts *inter partes* in het kader van het geschil dat voorligt.⁵⁹ Schematisch kunnen we dit als volgt weergeven:



In tegenstelling tot andere rechtsgronden die een wettigheidstoets toelaten (zie *infra* 2,3.) is er hier in theorie en op het vlak van de sanctie geen risico op inmenging in opportuniteitsoverwegingen. Het Hof van Cassatie waakt hierover.

Neem bijvoorbeeld het cassatiearrest van 17 maart 2003 (S.02.0022.N) betreffende de onwettigheid van een Koninklijk Besluit wegens strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel. Er werd vastgesteld dat de werknemers/zeevissers er worden vrijgesteld van bepaalde bijdragen terwijl de vergelijkbare categorie van werknemers/vissorteerders deze vrijstelling niet genieten. Het Hof van Cassatie herinnert eraan dat “*de niet-toepassing van een koninklijk besluit op grond van artikel 159 van de Grondwet slechts meebrengt dat het voor de betrokkenen geen rechten noch verplichtingen oplevert ; Dat wanneer de Koning het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel schendt door vrijstellingen toe te kennen van de verplichting de loonmatigingsbijdrage te betalen, dit niet tot gevolg heeft dat de rechter, bij toepassing van de exceptie van onwettigheid van artikel 159 van de Grondwet, zelf bevoegd wordt het voordeel van de vrijstelling te verlenen aan een categorie van personen aan wie de Koning geen vrijstelling heeft toegekend*”.⁶⁰

Dat het Hof van Cassatie geregeld moet tussenkomen toont aan dat het niet gemakkelijk is om te bepalen hoe concreet met de onwettigheid van een bestuursbesluit moet worden omgegaan. Wat houdt dat precies in ‘het buiten toepassing laten’ van een dergelijk besluit? De rechtspraak zegt dat dit betekent dat het onwettig besluit geen rechten of verplichtingen mag sorteren.⁶¹ Maar hoe verwezenlijkt men dat *in concreto*? Wat wel

⁵⁷ J. THEUNIS, *op. cit.*, 2011, nr. 417.

⁵⁸ Hij is bij vaststelling van strijdigheid met de wet aldus wel echt verplicht om de bepaling buiten toepassing te laten. Zo werd een arrest gecasseerd dat beslist dat een artikel van een KB de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, maar vervolgens oordeelt dat de discriminatie waarop het arrest wijst voortvloeit uit een “extrinsieke leemte” die alleen door de Koning kan worden verholpen en om die reden toch de toepassing van het onwettig artikel van het KB onverlet laat, Cass. 10 oktober 2011, S.10.0112.F.

⁵⁹ C. VAN HAEGHENBORGH, *op.cit.*, 232, nr. 4.; MAST, A., e.a., *op.cit.*, 2017, 1085, nr. 1212

⁶⁰ Vgl. Cass. 15 december 2003, S.03.0065.N

⁶¹ Zie voor deze standaardbewoording bijvoorbeeld: Cass. 27 juni 2016, S.15.0014.N; Cass. 8 juni 2011, P.11.0181.F

zeker is, is dat artikel 159 geen bevoegdheidsovergang kent van het bestuur naar de rechter.⁶² Ook staat vast dat wanneer slechts een deel van het besluit onwettig is, niet het hele besluit terzijde moet worden geschoven maar slechts het onwettig deel. Het Hof van Cassatie onderschrijft de opdeelbaarheid van het besluit. In een arrest van 12 december 2016 (S.14.0104.F) bijvoorbeeld werd het arrest *a quo* niet gecasseerd dat enkel de discriminerende voorwaarde opgenomen in een KB buiten toepassing liet.⁶³

2. De wettigheidstoets bij het identificeren en doen naleven van een subjectief recht ingevolge een volledig gebonden bevoegdheid van het bestuur (een kwestie van rechtsmacht en gegrondheid van de vordering)

Dat de gewone hoven en rechtbanken bevoegd zijn om een subjectief recht te doen vaststellen of te doen naleven is onbetwist. Deze bevoegdheid behoort bovendien in geval van hoogdringendheid toe aan de voorzitter die dan zetelt in kortgeding. Wel nog onderhevig aan heel wat controversie is de inhoud die moet worden gegeven aan de term *subjectief recht*. Wat is een subjectief recht dat aldus voor de hoven en rechtbanken kan worden afgedwongen? We moeten in het privaatrecht vaststellen dat een steeds ruimere invulling van de termen wordt aanvaard (recht op informatie, recht op privacy, recht op schadeloosstelling...).⁶⁴ Of we deze evolutie moeten onderschrijven is een vraag die we in deze bijdrage niet kunnen uitwerken.⁶⁵

En toch is het begrip subjectief recht enigszins van belang voor ons onderzoek. Het belang kadert binnen de geschillen tussen de bestuurde en de administratie waarbij de bestuurde stelt te beschikken over een subjectief recht dat hij put uit een gebonden bevoegdheid van het bestuur.⁶⁶ Ik neem een voorbeeld. Stel dat een bestuurde misnoegd is met de weigering van het bestuur tot het verlenen van een verblijfsvergunning. Wat kan hij ondernemen in ons Belgisch dualistisch systeem? Een beroep bij de Raad voor vreemdelingenbetwistingen en zo nodig een vordering tot cassatie van diens beslissing voor de Raad van State. Met andere woorden de weg van het objectief contentieux. Of, indien hij beweert een subjectief recht te hebben op een verblijf, een vordering voor de gewone hoven en rechtbanken? Met andere woorden de piste van het subjectief contentieux. De dubbele piste leidt mogelijks tot bevoegdheidsconflicten tussen de Raad van state (of een ander rechtscollege voor objectief contentieux) en de gewone hoven en rechtbanken (artikel 144 van de Grondwet). Het is dan ook deels, doch niet uitsluitend⁶⁷, in het kader van de vraag naar de rechtsmacht van de respectievelijke hoven en rechtbanken dat zich voor het Hof van Cassatie (als rechter die

⁶² J. THEUNIS, "De 'exceptie van onwettigheid' (artikel 159 G.W.): meer vragen dan antwoorden?", *RW* 2007-08, 1280, nr. 38. En de verwijzing naar F. JUDO.

⁶³ Zie ook de verwijzingen naar andere cassatierechtspraak in de besluiten van de advocaat-generaal Génicot bij dit arrest; ook over deze problematiek J. THEUNIS, op.cit., *RW* 2007-08, 1278, nr. 34.

⁶⁴ Zie hierover o.m. de geschriften van T. LÉONARD, *Conflicts entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Brussel, Larcier, 2005, 894 p.; F. OST, "Excès de droits, abus de procédures?", *JT* 2000, 3-4.

⁶⁵ De aarzelingen omtrent de ruime of strikte invulling van het begrip zijn m.i. wel een cruciaal knelpunt dat zou moeten worden uitgeklaard om enkele publiekrechtelijke en privaatrechtelijke materies beter op elkaar af te stemmen. Zo denk ik bijvoorbeeld aan de definitie van de buitencontractuele fout van de overheid (1382 BW zie *infra* 3.), maar ook aan de vereiste van schade, het verschil tussen stakingsvorderingen en aansprakelijkheidsvorderingen en de vereiste van al dan niet rechtsreeks werkende internationale bepalingen. Zie *supra* 1 en *infra* 3.

⁶⁶ Het toepassingsgebied is dus veel beperkter dan in type 1.

⁶⁷ Ik ga hier niet in op de vraag van de pertinentie van het onderscheid tussen gebonden en discretionaire bevoegdheid en het al dan niet bestaan van een subjectief recht als bevoegdheidscriterium. Hiervoor verwijs ik naar de reeds vermelde kritische bijdragen van Delange, Mathy en Put en de rechtspraak van het Hof: bijvoorbeeld Cass. 8 maart 2013, C.12.0408.N.

zich over deze bevoegdheidsconflicten moet uitspreken⁶⁸) een rechtspraak heeft ontwikkeld die voor ons van belang is.

In deze context, stelt men klassiek dat indien het handelen van de administratie *volledig gebonden* is (de administratie geniet geen enkele *discretionaire beoordelingsbevoegdheid*⁶⁹ omdat haar handelen volledig wettelijk omkaderd is), de beslissing van de administratie ook louter declaratoir (bevestigende) van aard is. Anders dan bij constitutieve (vestigende) handelingen zal niet de administratieve beslissing zelf het recht doen ontstaan,⁷⁰ het recht was al vooraf bestaand, op basis van het objectief recht. Op zoek naar het bestaan van een subjectief recht, zal de rechter aldus moeten bepalen of het bestuur volledig gebonden was in zijn optreden (2.1), waarna de vraag rijst wat de rechter mag doen als hij vaststelt dat dit subjectief recht is miskend. Dit is de vraag van de *sanctie* (2.2.).

Voor de volledigheid moet ik evenwel meegeven dat volgens vaste cassatierechtspraak intussen geldt dat ook wanneer de bestuurde geniet van een subjectief recht dat **niet** voortvloeit uit een gebonden bevoegdheid maar uit een discretionaire bevoegdheid, de gewone hoven en rechtbanken in het subjectief contentieux bevoegd zijn voor het controleren van de *rechtmatigheid* van de beslissing van de administratie.⁷¹ Deze toetsing is er dan een naar wettigheid in de zin van het eerste type (159 van de Grondwet) of het derde type van mijn typologie (bijvoorbeeld een controle via overheidsaansprakelijkheid of rechtsmisbruik; zie bespreking *infra* 3.).⁷²

Er zijn dus onderscheiden vragen, namelijk, eerst de vraag van de bevoegdheid en vervolgens de vraag van de gegrondheid. Of zoals door Pâques geformuleerd: "*Le juge ordinaire (...) ne peut admettre sa compétence que si la demande porte sur la sanction d'un droit subjectif. C'est une question de recevabilité au sens large. Si la revendication est bien celle d'un droit, le juge pourra examiner le fondement de ce droit et tirera les conséquences. Une fois l'obstacle de la compétence franchi, la nature de la compétence de l'administration, liée ou discrétionnaire conditionne le pouvoir du juge*".⁷³

2.1. De toetsingsbevoegdheid bij het bepalen van een volledig gebonden bevoegdheid

De manier waarop het handelen van het bestuur gaat worden getoetst is dus anders dan bij de wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet. Hier toetst de rechter niet rechtstreeks een beslissing aan 1 of meerdere hiërarchisch hogere rechtsnormen, maar gaat hij de normatieve context van het handelen van het bestuur bepalen. De redenering van de rechter valt best te vergelijken met de stap die moet worden genomen op te achterhalen of er een risico bestaat op inmenging in opportuniteit (zie *supra* 0.). Wat de rechter immers doet is het vaststellen van de wettelijke context waarbinnen het bestuur moet handelen.

⁶⁸ Artikel 158 Grondwet.

⁶⁹ Ik gebruik hier de klassieke termen van de materie. Over de verhouding tussen deze termen en de door mij gehanteerde terminologie; zie *infra* 2.1.

⁷⁰ Verhelderend is o.m. de conclusie van Werquin onder Cass. 20 december 2007, C.06.0574.F; A. MAST, e.a., *op.cit.*, 2017, 1067, nr. 1199.

⁷¹ Zie o.m. Cass. 26 maart 2009, C.07.0583.F; Cass. 3 januari 2008, C.06.0322.N; Cass. 24 november 2006, C.05.0436.N.; Cass. 24 november 2005, C.04.0317.N.

⁷² Zie Cass. 24 november 2005, C.04.0317.N, uit de feiten en procedurevoorgaanden blijkt dat de eisende partij haar subjectief recht putte uit een subjectief recht op niet-discriminatoire behandeling en op herstel van de schade door het foutief optreden van verweerster (1382 BW). (zie tweede onderdeel). Zie ook diezelfde dag, C.05.0436.N.

⁷³ M. PÂQUES, *op. cit.*, 123, nr. 66.

Waarbij hij stelt of er sprake is van gebonden of discretionaire bevoegdheid van het bestuur. Enkel in de eerste hypothese zou het de rechter zijn toegelaten het bestaan van een subjectief recht vast te stellen.

Het hanteren van de traditionele dichotomie tussen gebonden en discretionaire bevoegdheid is moeilijk. Zelfs in de meest recente arresten⁷⁴ hanteert het Hof de termen, gebonden en discretionaire bevoegdheid, waarbij het met de term beoordelingsvrijheid, dan eens wijst naar wat ik hier de beleidsruimte noem, dan weer naar wat ik begrijp onder beoordelingsruimte. Zoals door Put en Mathy reeds benadrukt, is de traditionele dichotomie onvoldoende genuanceerd om de bestaande nuances juist weer te geven. Uit de cassatierechtspraak blijkt in ieder geval dat niet alleen wanneer er beleidsruimte⁷⁵ bestaat, maar ook wanneer er beoordelingsruimte bestaat, geen sprake kan zijn van een vooraf bestaand subjectief recht. Het Hof vereist een volledig gebonden bevoegdheid (zie *supra* o.).

Zo was er volgens het Hof geen sprake van een subjectief recht wanneer de minister bij de beoordeling van een verblijfsrecht beschikt over de mogelijkheid om die te weigeren indien hij oordeelt dat “*die vreemdeling de openbare rust, de openbare orde of de veiligheid van het land kan schaden*”. In dat geval is er geen volledig gebonden bevoegdheid en geniet verweerster dan ook geen enkel subjectief verblijfsrecht.⁷⁶ In een vergelijkbare materie, namelijk een visumrecht om in België te mogen studeren, neemt het Hof van Cassatie de termen “*een ten dele discretionaire*” bevoegdheid in de mond. Hiermee verwijst het Hof naar de bevoegdheid voor het bestuur om te achterhalen of de visumaanvrager “*werkelijk en concreet de bedoeling heeft in België te studeren*” en om de “*openbare orde*” te beoordelen.⁷⁷

De onduidelijkheid in de rechtspraak omtrent de vraag waar de grens tussen gebonden en discretionaire bevoegdheid moet worden getrokken, neemt niet weg dat het vaststellen van het wettelijk kader waarbinnen het bestuur kan of moet handelen, een controle is dat wettelijke is van aard. De gewone hoven en rechtbanken zijn hier voor bevoegd. In theorie ligt het verglijden naar een beoordeling in opportuniteit niet meer voor de hand als bij type 1. Hiermee sluit ik evenwel niet uit dat ook hier – zeker gelet op de sanctie die veel verder reikt dan bij type 1 (zie *infra* 2.2) - de rechter *de facto* de verleiding voelt om tot een gebonden bevoegdheid (en dus het bestaan van een subjectief recht) te willen besluiten. Of omgekeerd, deze net niet te willen erkennen. Het doel zou dan met andere woorden het middel heiligen. Zeker nu niet altijd duidelijk is of een bevoegdheid discretionair dan wel gebonden is.

Een voorbeeld van een dergelijk twijfelgeval kan gevonden worden in de feiten en procedure voorgaanden bij het cassatiearrest van 9 december 2016, C.16.0057.N, waar het hof oordeelde op andersluidende conclusie van het openbaar ministerie. De zaak had betrekking op het verkrijgen van landbouwinvesteringssteun. Volgens de advocaat-generaal bleek uit de opgesomde wetgeving niet dat aan de administratie elke beoordelingsvrijheid was ontnomen. Het Hof van Cassatie, net omgekeerd, oordeelde dat “*uit het geheel van de voormelde wetsbepalingen, de bijlage bij het besluit van de Vlaamse regering (...) en de bijlagen bij het ministerieel besluit (...) blijkt dat aan de administratieve overheid die kennis neemt van een aanvraag tot*

⁷⁴ Hiermee zeg ik niet dat de tripartite opsplitsing van Put en Mathy niet gekend is van het Hof. Zie bijvoorbeeld de uitdrukkelijke verwijzing naar die auteurs in de besluiten van Werquin onder Cass. 20 december 2007, C.06.0574.F (voetnoot 9 in het bijzonder).

⁷⁵ Zo blijkt bijvoorbeeld uit een cassatiearrest van 24 september 2010 (C.08.0429.N) dat “*uit het recht op gelijke behandeling alleen, terwijl geen andere wettelijke bepaling dit oplegt, niet noodzakelijk [kan] worden afgeleid dat de publieke kabelmaatschappijen bij de overdracht van hun activiteiten de plicht hadden de in het verzoekschrift bedoelde marktbevraging te organiseren, en dat door dit niet te doen zij een subjectiefrecht van de eiseres hebben geschonden*”.

⁷⁶ Cass. 16 januari 2006, C.05.0057.F. (Er is geen subjectief recht op een verblijfsrecht, maar dit neemt niet weg dat verder nog een onwettigheid zou kunnen worden aangevoerd (159GW) of een aansprakelijkheidsvordering).

⁷⁷ Cass. 24 januari 2014, C.10.0537.F.

landbouwinvesteringssteun elke beoordelingsvrijheid wordt ontnomen, zodat de bevoegdheid van die overheid volledig gebonden is.”.

Bij de zoektocht naar het bestaan van een subjectief recht, is dat de rechter m.i. niet beperkt is op het vlak van de feitelijke gegevens die hij in overweging mag nemen, nu het bestaan van eens subjectief recht *sensu stricto*, losstaat van een declaratoire beslissing van het bestuur, maar voortvloeit uit het objectief recht.

2.2. De bevoegdheid van de rechter bij de sanctie

Anders dan bij de loutere wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet, gaat het hier om het vaststellen van een subjectief recht in hoofde van de bestuurde. De rechter is dan ook bevoegd om dit recht van de eiser veilig te stellen. Dit kan door een schending van het subjectief recht te voorkomen⁷⁸ of door de schending ervan te doen stoppen.⁷⁹

Omdat het subjectief recht in deze hypothese kadert in een volledig gebonden bevoegdheid van het bestuur is er in theorie geen risico op inmenging op het vlak van de opportuniteit. Er is een subjectief recht dat op basis van het objectief recht vooraf bestaat.⁸⁰ De beslissing van het bestuur is of zou slechts declaratoir zijn. De rechter doet dan ook niets anders dan vaststellen wat het bestuur ook diende vast te stellen. De rechter blijft in theorie buiten de beleidsruimte van het bestuur nu die beleidsruimte niet in hoofde van het bestuur bestond. In de literatuur leest men dat de rechter zich desnoods aan de administratie substitueert.⁸¹ Opnieuw vind ik de terminologie enigszins verwarrend. Er is immers geen sprake van een echte bevoegdheidsovergang. Wat de rechter doet is louter het objectief recht (waaruit een subjectief recht wordt afgeleid) afdwingen.

3. Een toetsing van bestuurshandelingen via privaatrechtelijke mechanismen

Anders dan in de eerste 2 types van de typologie, gaat het hier noch om een toetsing van een besluit op potentieel alle hiërarchisch hogere normen die toepassing vinden op de gegeven bestuurshandelingen, noch om een toetsing van het normenkader waarbinnen het bestuur handelde. De controle op het bestuur gebeurt hier via privaatrechtelijke begrippen en mechanismen, die hoewel oorspronkelijk tot stand gekomen met het oog op een harmonieuze samenleving tussen particulieren, nu ook toepassing vinden⁸² op de overheid. Het toetsingskader is niet meer algemeen de conformiteit met *dé rechtsnormen* maar wel de appreciatie van een overeenstemming een privaatrechtelijk begrip zoals ‘fout’, of ‘rechtsmisbruik’ of ‘eenzijdige wilsuiking’⁸³,...

⁷⁸ Vaak in het kader van een vordering in kort geding.

⁷⁹ Vaak in het kader van stakingsvorderingen.

⁸⁰ M DELANGE, op.cit., *JTT* 1998, 179 nr. 2.

⁸¹ Zie M. DELANGE, op. cit., *JTT* 1998, 179, nr. 2 en de daar opgenomen referenties.

⁸² De toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregime van artikel 1382 van het burgerlijk Wetboek is inmiddels een feit. Deze bijdrage laat onverlet de vraag of het toepasselijk verklaren van deze of andere privaatrechtelijke mechanismen juridisch correct of wenselijk is.

⁸³ In een arrest van 22 februari 2018 boog het Brusselse hof van beroep zich over de aanpak door de Belgische staat van de Softenoncrisis. De aansprakelijkheidsvordering werd bij gebrek aan een oorzakelijk verband tussen de weerhouden fout en de schade verworpen. Wel veroordeelde het Hof de staat tot het indienen van een voorontwerp van wet tot oprichting van een slachtofferfonds, als nakoming van zijn verbintenis uit eenzijdige wilsuiking. Zie hierover, C. BORUCKI, F. AUVRAY, P. GILLAERTS, I. SAMOY, “Softenon: (eenzijdige) regeringsbelofte maakt schuld”. *De Juristenkrant*, 2018, (366), 1-2.

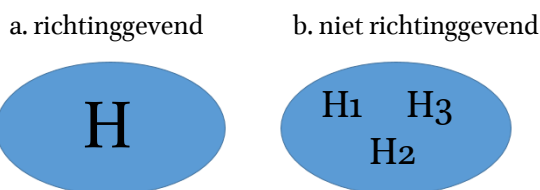
In zekere zin volgt de rechter wel eenzelfde stappenplan als wat hierboven uiteengezet (zie *supra* o.). De toetsing is ook wettelijk van aard. Alleen gebeurt het vanuit een preciezere “hoek”. Laten we de stappen opnieuw overlopen. De rechter zal noodzakelijk moeten begrijpen en vaststellen wat het wettelijk begrip (dat als toetssteen wordt gehanteerd) inhoudt: wat is een buitencontractuele fout? Wat is rechtsmisbruik? Wat is een eenzijdige wilsuïting?

Vervolgens apprecieert de rechter de bestuurshandeling (H) (die kan bestaan uit een bestuursbesluit zoals door ons omschreven, doch niet noodzakelijk) en gaat het na of die past binnen het wettelijk begrip. Schematisch is de weergave gelijkaardig:



Ook het schema toont aan dat de toetsing nog steeds neerkomt op een wettigheidscontrole, doch met een andere insteek, een ander oogmerk.

Vervolgens rijst de vraag of ook hier dan een risico bestaat voor de rechter om zich in de opportuniteit te mengen? Is het, met andere woorden denkbaar dat bij de toetsing van het handelen van het bestuur aan het vooropgesteld wettelijk begrip de rechter zich zelf zou uitspreken over keuzes die behoren tot de vrije beleidsruimte van het bestuur?⁸⁴ Om dit te kunnen achterhalen, zal de rechter in de marge van de toetsing van het vooropgestelde begrip, ook de voorafgaande oefening van het bepalen van het normenkader moeten doorvoeren (zoals bij de eerste twee types).



Antwoorden op de vraag of er bij deze controle op een wettelijk begrip risico bestaat op toetsing in opportuniteit, dient genuanceerd en per wettelijk begrip als toetssteen te worden onderzocht. In dit onderzoek neem ik overheidsaansprakelijkheid als test-case, aangezien dit het best ingeburgerde privaatrechtelijk mechanisme is.

3.1. De toetsingsbevoegdheid op de bestuurshandeling bij buitencontractuele fout (artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek)

Laten we eerst starten met de tweeledige definitie van de buitencontractuele fout naar Belgisch recht: “Als fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek wordt aangemerkt elke schending van een wettelijke

⁸⁴ Ter illustratie kan ik het arrest van 4 maart 2004, C.03.0346.N, C.03.0488.N vermelden waar het Hof van Cassatie betreffende de problematiek van de nachtvluchten oordeelde wat volgt: “de kortgeding rechter bij de voorlopige beoordeling van de rechtmatigheid van het overheidsoptreden een criterium dat aan die overheidsbeslissing ten grondslag ligt, niet mag uitsluiten zonder te beslissen dat, prima facie, dit criterium niet rechtmatig is aangewend; dat hij evenmin naar eigen opvatting, andere criteria in de plaats mag stellen die tot een andere beslissing leiden”. In voorkomend geval was dit wel gebeurd. De kortgedingrechter, zonder te oordelen dat het criterium van concentratiegraad onrechtmatig was, had het afgewezen en in de plaats het criterium van maximale spreiding vooropgesteld. Dit was inderdaad geen wettigheidstoetsing op rechtmatigheid maar een beoordeling in opportuniteit.

norm waarin een welbepaalde gedraging geboden of verboden wordt. Daarnaast maakt ook elke inbreuk op de zorgvuldigheidsnorm een fout uit. De zorgvuldigheidsnorm wordt geschonden wanneer men zich anders gedraagt dan een normaal en zorgvuldig persoon die in dezelfde omstandigheden verkeert”.⁸⁵ Eenzelfde foutbegrip wordt toegepast op de aansprakelijkheid van de overheid.⁸⁶ Aan dit referentiekader zal de rechter de bestuurshandeling mogen toetsen. Dit doet hij ten volle, zonder terughoudendheid.

De eerste manier om een fout te bewijzen is door te tonen dat de overheid een wettelijke norm heeft geschonden die haar een specifiek gebod of verbod oplegde.⁸⁷ De precieze invulling die aan deze omschrijving moet worden gegeven is niet volledig helder. Vaak wordt vergeleken met het onderscheid dat in de contractuele aansprakelijkheid wordt gemaakt tussen de middelen- en resultaatsverbintenissen.⁸⁸ Enkel de schending van een rechtsnorm die een resultaatsverbintenis formuleert zou mits er geen rechtvaardigingsgrond⁸⁹ is, *ipso facto* leiden tot een buitencontractuele fout.⁹⁰ Een dergelijke vergelijking met de contractuele aansprakelijkheid is maar toegelaten als we ook rekening houden met de daar bestaande nuances. Zo kan men niet concluderen tot een resultaatsverbintenis van zodra een te bereiken resultaat in de norm wordt vooropgesteld zonder dat ook duidelijk wordt meegegeven hoe dat resultaat moet worden bereikt. Neem bijvoorbeeld artikel 135, § 2, alinéa 2, 1^o, van de wet van 24 juni 1988: “*De gemeenten hebben ook tot taak het voorzien, ten behoeve van de inwoners, in een goede politie, met name over de zindelijkheid, de gezondheid, de veiligheid en de rust op openbare wegen en plaatsen en in openbare gebouwen.*” Hoewel het artikel voorziet in een zeker te bereiken resultaat, is de rechtspraak erover uit dat dit slechts een vertaling is van de zorgvuldigheidsplicht.⁹¹

Het Hof van Cassatie lijkt overigens ook aan te geven dat rekening moet worden gehouden met de inherente onzekerheid (in het Frans beter verwoord met ‘*aléa*’) in het behalen van het resultaat.⁹² Hoe groter die onzekerheid, hoe minder gemakkelijk sprake kan zijn van een resultaatsverbintenis. Sommige auteurs maken tenslotte de vergelijking met de appreciatiemarge die een norm toekent aan de bestemming ervan.⁹³ Een norm die een te grote appreciatiebevoegdheid toekent zal onvoldoende specifiek zijn om bij schending ervan ook meteen te kunnen spreken van een buitencontractuele fout.⁹⁴ In het bijzonder bij de aansprakelijkheid

⁸⁵ Cass. 24 mei 2018, C.17.0504.N

⁸⁶ O.m. Cass. 10 april 2014, C.11.0796.N; Cass. 25 maart 2010, C.09.0403.N; Cass. 19 maart 2010, C.05.0197.F.

⁸⁷ O.m. Cass. 16 mei 2011, C.10.0664.N.

⁸⁸ Zie Cass., 13 mei 1982, *Pas.*, 1982, I, 1077, nr. 19; De doctrine onderschrijft deze opdeling, doch met de nodige kritiek. Zie bijvoorbeeld T. MOONEN, « Aansprakelijkheid van de staat voor ongrondwettige wetgeving. Vanzelfsprekend, of niet bepaald ? », *C.D.P.K.*, 2017, 663 e.v, nr. 20 e.s.; D. MOUGENOT, « La responsabilité extracontractuelle de l'état du fait des juges, vue de l'intérieur », *La responsabilité des pouvoirs publics. XXIIes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Brussel, Bruylant, 2016, 3312 - 313, nr. 3; S. SOMERS, *Aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten. Kruisbestuiving in een meergelaagde rechtsorde.*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 298 - 301, nrs. 383 - 386; T. LÉONARD., « Faute extra-contractuelle et juridictions commerciales: principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute », *R.D.C.*, 2013, vol. 2013, 961 - 962.

⁸⁹ De meest voorkomende rechtvaardigingsgrond inzake bestuursaansprakelijkheid is de onoverkomelijke rechtsdwaling. Voor een voorbeeld, Cass. 8 februari 2008, C.07.0131.F.

⁹⁰ Het kan verhelderend zijn op te merken dat het naleven van het recht op zich geen resultaatsverbintenis is. Aangezien niet elke schending van de wet een fout uitmaakt. Relevant is of een gegeven wet een gedraging oplegt dat voldoende specifiek is.

⁹¹ Cass., 28 januari 2005, C.02.0272.N, Cass., 3 februari 2005, C.03.0574.F.

⁹² Vgl. Cass., 14 november 2012, P.11.1611.F en B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est par raison », *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, S. Stijns en P. Wéry (éd.), Brugge, Die Keure 2010, 1 - 52, nr. 15.

⁹³ Zie. o.m., L. CORNELIS, *op.cit.*, 1989, 61.

⁹⁴ Zie op dit punt de uiteenzetting in de bijdrage. I. SAMOY et F. AUVRAY, *Uitgedaagd door de meergelaagdheid van het recht ... Het Hof van Cassatie, het Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof over het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht. Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*; Liber amicorum Van Oevelen, Intersentia, 2017, 497 - 513 en de daar

van het bestuur lijkt deze laatste vergelijking aantrekkelijk, men voelt er enige verwantschap met de door mij reeds gebruikte termen 'richtinggevende norm'. Wanneer een beleidsruimte wordt toegelaten door de norm zou men dan niet kunnen volstaan met het bewijs van een onwettigheid en zou een controle op de zorgvuldigheid zich opdringen. Zoals in de eerste twee toetsingsmogelijkheden bestaat bij de schending van een richtinggevende norm (hier dus de 'specifieke gedragsnorm') dan ook maar een zeer beperkt risico op inmenging in opportuniteit.

Wat moet worden benadrukt is dus dat, anders dan bij de wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet, niet elke onwettigheid automatisch gesanctioneerd wordt. Waar in het kader van de toets op grond van artikel 159 van de Grondwet een schending van het discriminatieverbod zal leiden tot het buiten toepassing laten van een bestuursbesluit, zal de schending van dit verbod niet automatisch een fout opleveren. Slechts indien het bestuur hierbij de algemene zorgvuldigheidsnorm zou schenden zal de rechter besluiten tot een buitencontractuele fout.

Uitweiding betreffende de vereiste van rechtstreekse werking: in Recentere cassatierechtspraak stelt het Hof van Cassatie dat enkel de schending van een internationale norm met rechtstreekse werking⁹⁵ een fout kan opleveren in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek. De reden voor deze inperking werden door mij kritisch besproken in een eerder artikel. Ik verwijs graag naar de bijdrage van de JT 2019.⁹⁶ In essentie meen ik dat de vereiste van rechtstreekse werking te verantwoorden is wanneer de particulier een schending van een internationaal verdrag zou worden verweten. Immers, een verdrag zonder die werking kan ondenkbaar aan een particulier verplichtingen opleggen. Daarentegen valt moeilijker te begrijpen waarom een Overheid (Staat) die zich internationaal heeft verbonden, door middel van een verdrag dat bekrachtigd werd door de bevoegde nationale parlementen en aldus deel uitmaakt van de Belgische rechtsorde, niet gehouden zou zijn tot de verbintenissen die ze daar trof. Hiermee zeg ik niet dat de schending van elke verdragsrechtelijke norm dat deel uitmaakt van de Belgische normenstelsel tot een buitencontractuele fout zal leiden. Slechts, overeenkomstig de vaste cassatierechtspraak inzake buitencontractuele aansprakelijkheid, wanneer in deze internationale norm een welbepaalde gedraging of verbod in hoofde van de Staat werd opgelegd. Bovendien mogen we niet vergeten dat ook aan de andere voorwaarden van de buitencontractuele aansprakelijkheid moet worden voldaan: zijnde een vastgesteld oorzakelijk verband en een bewezen schade. Ook binnen deze voorwaarden bestaan de nodige filters om een toevloed van overheidsaansprakelijkheid in te dijken.

De beoordeling van de zorgvuldigheidsnorm - als tweede mogelijkheid om een fout aan te tonen - doen de rechters van de gewone hoven en rechtbanken eveneens ten volle, zonder terughoudendheid. Om te kunnen besluiten tot de schending van deze zorgvuldigheidsnorm zal de rechter de gedraging van het bestuur (dat kan bestaan uit een besluit doch niet noodzakelijk) toetsen aan het referentiekader van het normaal zorgvuldig bestuur dat in dezelfde omstandigheden wordt geplaatst.

geciteerde rechtspraak. In dat artikel onderlijnen wij het samenvallen van het praktisch resultaat van een geconcretiseerde toets van de zorgvuldigheid wanneer de overheid (in dat geval de rechter) beschikt over een brede beoordelingsbevoegdheid, enerzijds, en de toetsing naar een *kennelijke* fout, anderzijds.

⁹⁵ Cass. 9 februari 2017, C.13.0528F; noot F. AUVRAY, op.cit., JT, 2019. Zie voor een discussie betreffende de verdragsbepalingen van het EVRM, S. Somers, 298 e.v., nrs. 383 e.v.

⁹⁶ F. AUVRAY, op.cit., JT, 2019.

→ Het is bij deze toetsingsmogelijkheid dat vaker de kritiek van een “*règlement des juges*” wordt gehoord.⁹⁷ Dit valt wellicht te verklaren door de vaststelling dat aan de rechter de macht wordt gegeven om in zekere zin de beleidsruimte van het bestuur te beoordelen. Het gevoel heerst dan dat de rechter een vrijgeleide krijgt om zich te wagen aan een toetsing in opportuniteit. Maar is deze vrees altijd terecht? Ik meen van niet. Mijn antwoord vereist evenwel wat bijkomende nuance.

Ten eerste moeten we twee hypothesen onderscheiden. Zo zal de rechter moeten teruggrijpen naar de beoordeling van de zorgvuldigheidsnorm 1) wanneer er een rechtsnorm is geschonden, maar deze norm onvoldoende *specifiek* is, in de zin dat zij geen duidelijke gedraging of verbod oplegt of 2) wanneer er geen wet werd geschonden. Er wordt immers algemeen aanvaard dat wettig handelen nog niet garandeert dat ook rechtmatig werd gehandeld.⁹⁸

- In de eerste hypothese moet men dus vaststellen dat de schending van een (vage) rechtsnorm onvoldoende is om tot een fout te concluderen. Dit zal enkel zo zijn als wordt bewezen dat een normaal zorgvuldig bestuur niet zo zou hebben gehandeld.⁹⁹ Laten we de hypothese concreter maken aan de hand van een voorbeeld. Eerder werd al gezegd dat de plicht veiligheid te waarborgen op de openbare weg niet voldoende specifiek is (zie *supra* 3.). Een bestuur dat de veiligheid niet garandeert zal dus slechts aansprakelijk zijn wanneer wordt bewezen dat een normaal zorgvuldig bestuur dat wel zou hebben gedaan in dezelfde omstandigheden.

Een voorbeeld van deze redenering is te vinden in het cassatiearrest van 6 november 2009 (C.08.0537.F).¹⁰⁰ Het Hof herhaalt er dat artikel 135 van de Gemeentewet geen resultaatsverbintenis inhoudt en bevestigt dat het arrest *a quo* mocht besluiten dat de gemeente niet tekortkwam aan haar onderhoudsplicht nu het materieel onmogelijk was om alle hinderlijke bomen te snoeien en niet van buitenaf kon worden vastgesteld in welke staat van ontbinding de bomen zich bevonden.

Doch de beoordeling gebeurt binnen de controle op het begrip *fout* en is dus niet volledig willekeurig. Het gevaar voor de rechter om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van dat van het bestuur is niet volledig weg te denken, zoals deze ook bestaat bij een controle op het redelijkheidsbeginsel bijvoorbeeld (zie *supra* 1.). Hierin kunnen we dan ook een aanmoediging zien om bij het inkleuren van de referentiestandaard van de zorgvuldige overheid maximaal rekening te houden met het wettelijk kader.¹⁰¹ De rechters zijn, zoals we zagen in het eerste type, immers bevoegd om het handelen van het bestuur, dat de vorm aannam van een *bestuursbesluit*, te toetsen op wettigheid (ondanks de vaagheid van de toetsingsnorm, zoals de redelijkheid bijvoorbeeld). Het vaststellen van, bijvoorbeeld, een discriminatie binnen een aansprakelijkheidsclaim zou niet noodzakelijk meer kwaad bloed moeten opzetten als bij een toetsing van artikel 159 van de Grondwet. Met deze (niet onbelangrijke) nuance evenwel dat de toetsing via artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek ruimer is, nu de fout kan bestaan uit het handelen maar ook het niet handelen van de overheid.

⁹⁷ Deze kritiek werd vaak in de media gehoord omtrent de klimaatzaken, bijvoorbeeld.

⁹⁸ Zie voor een voorbeeld inzake overheidsaansprakelijkheid: Cass. 1 juni 2012, F.11.0082.F.

⁹⁹ Voor de sanctie van schadevergoeding (conform 1382 BW) is men dus strenger dan voor de sanctie van het buiten toepassing laten van artikel 159 van de Grondwet.

¹⁰⁰ Vgl. Cass. 17 april 2008, C.06.0575.N.

¹⁰¹ Ook de hervormers van het Belgisch buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht lijken die weg in te slaan. Zo werd als gezichtspunt voor het inkleuren van de zorgvuldigheidsplicht (letterlijk de beginselen van behoorlijk bestuur opgenomen in artikel 5.148, §2 van het voorontwerp van wet houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het Burgerlijk Wetboek; recent gepubliceerd door die Keure, 2019.

Uitweiding betreffende de reflexwerking van niet rechtsreeks werkende internationale normen:

Een vraagstuk die hierbij aanleunt is de vraag of bij het bepalen van de algemene zorgvuldigheidsplicht de rechter rekening kan houden met niet rechtstreeks werkende internationale normen. Het Hof van Cassatie heeft zich naar mijn weten nog niet ingelaten over deze vraag. In het kader van het arrest dat de vereiste van rechtstreekse werking duidelijk stelde¹⁰², werd de vraag met zoveel woorden voorgelegd in het tweede middel, doch om cassatie-technische redenen moest het Hof de vraag niet beantwoorden. In theorie meen ik dat de mogelijkheid tot reflexwerking niet ondenkbaar is voor zover de norm wel reeds deel uitmaakt van de Belgische rechtsorde (zie opmerkingen *supra* 1 en 3.).

- Anders is het evenwel wanneer de rechter teruggrijpt naar de zorgvuldigheidsnorm wanneer aan het bestuur geen onwettigheid kan worden verweten. Het bestuur handelt dan, in beginsel, binnen de grenzen van de wet, en toch kan de rechter oordelen dat zijn gedraging niet strookt met de gedraging van een normaal zorgvuldig bestuur in dezelfde omstandigheden. In deze hypothese is de kritiek van een inmenging in de beleidsruimte van het bestuur zeker niet zomaar weg te wuiven.

Laten we teruggaan naar het verbod op discriminatie. Stel dat een bestuur binnen de grenzen van het verbod op discriminatie vrij verschillende beslissingen kan nemen. De overheid kan zo bijvoorbeeld dit of andere voordelen toekennen aan vrouwen en niet aan mannen zolang er een objectief criterium is voor een dergelijk onderscheid. De buitengrens is het verbod op discriminatie. De verschillende beslissingen binnen die grens kunnen bijvoorbeeld de vorm aannemen van maatregelen in het voordeel van vrouwen (en niet van mannen) naar aanleiding van een zwangerschap (B1: extra uitkering, B2: bijkomende verlofdagen, B3: recht op flexibele uren,...). Het zou kunnen dat de rechter, hoewel het vaststelt dat B1 (evenmin als B2 en B3) niet discriminerend is gelet op het objectief criterium dat een onderscheid tussen vrouwen en mannen die een kind krijgen verantwoordt, toch zou oordelen dat een normaal zorgvuldig bestuur niet voor B1 zou hebben gekozen (de extra uitkering). In dat geval zal hij kunnen besluiten tot een fout, die mits in oorzakelijk verband met de geleden schade zou kunnen leiden tot schadevergoeding voor een per hypothese gelaedeerde man.

B1 is onrechtmatig want een normaal zorgvuldige overheid zou niet zo hebben gehandeld. De grens met een toetsing in opportuniteit is hier flinterdun. Is er echter sprake van een schending van de beginselen van scheiding der machten? Niet noodzakelijk. Ja, de rechter van de aansprakelijkheid waagt zich in het veld van de in principe vrije beleidsruimte van het bestuur. Doch, zijn toetsing is de conformiteit met een wettig begrip, *in casu* dat van de fout, dat bovendien onder de controlebevoegdheid van het Hof van Cassatie staat. Delicater zal het alleszins zijn indien de rechter, om te concluderen tot een fout ook zelf zou oordelen welke andere hypothese een normaal zorgvuldige overheid wel zou hebben genomen. Met andere woorden, indien de rechter zou zeggen, B1 (een extra uitkering) is foutief want een normaal zorgvuldig bestuur zou B2 (flexibele werkuren) verkiezen. Deze nuancering toont aan hoe delicaat het evenwicht is tussen wettigheid en opportuniteit.

Volledigheidshalve wijs ik erop dat bij de beoordeling van de fout de rechter deze apprecieert op het ogenblik van de als fout bestempelde handeling (bijvoorbeeld, doch niet uitsluitend, het nemen van een besluit). Dit bepaalt de feitelijke context die de rechter mag hanteren in zijn beoordeling van de fout.

¹⁰² Cass. 9 februari 2017, C.13.0528F.

Aansluitend op de vraag van de fout van de overheid is ook er die van de beoordeling van het oorzakelijk verband. Naar Belgisch recht geldt de equivalentietheorie met als enige causaal selectiemiddel de *conditio sine qua non* test. De fout staat in oorzakelijk verband met de schade als en slechts als de schade zich zonder de fout niet zou hebben voorgedaan zoals die zich *in concreto* voordeed. Dit moet achterhaald worden volgens een stappenplan: eerst moet de verweten fout worden bepaald, vervolgens moet de rechter de specifieke fout wegdenken of vervangen door het niet-foutieve alternatief, of met de termen van het Hof: “*De rechter moet aldus bepalen wat de verweerder [in casu het bestuur], had moeten doen om rechtmatig te handelen. Hij moet abstractie maken van het foutieve element in de historiek van het schadegeval, zonder de andere omstandigheden ervan te wijzigen, en nagaan of de schade zich ook in dat geval zou hebben voorgedaan*”.¹⁰³ Hij tracht dan m.a.w. te achterhalen hoe de gebeurtenissen zich zouden hebben voorgedaan in deze niet-foutieve hypothese.¹⁰⁴ De rechtsleer verwijst naar die toets als de toets van het “rechtmatig alternatief”.¹⁰⁵ Voor de meerderheid van de auteurs maakt de toets van het rechtmatig alternatief inherent deel uit van de *conditio sine qua non*-test.¹⁰⁶

Kan deze test zomaar worden toegepast op de bestuursaansprakelijkheid? Of schuilt er een gevaar op schending van het beginsel van de scheiding der machten? Laten we ter illustratie twee cassatiearresten bespreken betreffende een fout van het bestuur bestaande uit het niet naleven van zijn motiverings- en hoorplicht.

De feiten die aan het arrest van 12 juni 2017 (C.16.0428.N) voorafgaan zijn de volgende: Een militair op buitenlandse missie wordt bij ordemaatregel voortijdig terug naar België gestuurd. De militair stelt een aansprakelijkheidsvordering in gesteund op een onregelmatigheid wegens gebrek aan motieven en miskennis van zijn hoorrecht. Het arrest *a quo* weerhoudt deze fout en bij het beoordelen van het causaal verband besluit dat bij ontstentenis van de onregelmatige beslissing de militair niet kon worden teruggestuurd en in Kosovo zou zijn gebleven tot het einde van zijn opdracht. Het Hof van Cassatie fluit de rechter *a quo* terug omdat tot een oorzakelijk verband werd geconcludeerd zonder het juiste rechtmatige alternatief te hanteren, zijnde “*zonder na te gaan of de verweerder teruggezonden zou zijn uit Kosovo indien hij werd gehoord en de beslissing was gemotiveerd zoals voorgeschreven*”. Het Hof wijst dus op het juiste rechtmatige alternatief.¹⁰⁷

In het arrest van 9 november 2012 (C.11.0563.N) beslist het Hof: “*De appelrechters oordelen dat, na onderzoek van alle aangebrachte gegevens in het kader van het overheidsaansprakelijkheidsgeskil, de eiseres niet aantoonde dat indien was geoordeeld en gemotiveerd zoals het hoorde bij het onderzoek van haar vergunningsaanvragen, zij een gunstige beslissing zou hebben verkregen voor de beide vergunningen, zodat niet is aangetoond dat de niet-verwezenlijking van de door de eiseres geplande uitbreiding te wijten is aan de fout van de vergunningverlenende overheid*” ... “*Aldus oordelen de appelrechters, zonder daarbij aan het bestuur zijn beleidsvrijheid te ontnemen, dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen de fout van de verweerder en de door eiseres aangevoerde schade*”. Ook

¹⁰³ Cass. 12 juni 2017, C.16.0428.N.; zie ook Cass. 14 november 2012, P.11.1611.F; Cass. 23 april 2009, C.07.0568.F.

¹⁰⁴ Cass. 14 november 2012, P.11.1611.F; Cass. 23 april 2009, C.07.0568.F.

¹⁰⁵ H. BOCKEN, “De *conditio sine qua non* en het rechtmatig alternatief” in R. BOYDENS en R. DE BAERDEMAEKER (eds.), *Justitie: vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Brugge, die Keure, 2013, (109) 115-116, nr. 8.

¹⁰⁶ Zo o.m. naast H. BOCKEN ook P.A. FORIERS, “Aspects du dommage et du lien de causalité (parcours dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation)” in J.F. ROMAIN (ed.), *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2014, (7) 14-15, nr. 10. Andere auteurs twijfelen aan de vereenzelviging van de theorie van het rechtmatig alternatief en de *conditio sine qua non*: B. DUBUISSON, “Jurisprudence récente de la Cour de cassation sur la relation causale”, *JT* 2010, 748, nr. 9; ook R. JAFFERALI nuanceert deze stelling in een recent artikel (“L’alternative légitime dans l’appréciation du lien causal, corps étranger en droit belge de la responsabilité?” in F. GLANSBORFF (ed.), *Droit de la responsabilité, Questions choisies*, Brussel, Larcier, 2015, (97) 162).

¹⁰⁷ Vgl. met Cass. 31 mei 2013, C.12.0399.N.

hier heeft het Hof van Cassatie geen bezwaar voor het hanteren van dezelfde rechtmatige alternatief: wat indien de beslissing juist was gemotiveerd?

Wat evenwel niet wordt beantwoord door deze arresten is of de rechter deze toets van het rechtmatig alternatief ook volledig maar doorvoeren, of dat hij omwille van het bestaan van beoordelings- dan wel beleidsruimte in hoofde van het bestuur moet besluiten tot causale onzekerheid. M.a.w. mag de rechter bij het construeren van de hypothese zich effectief in de plaats stellen van het bestuur, ook wanneer die beschikt over beoordelings- of beleidsruimte? Is er geen risico op inmenging? In de besluiten die het arrest van 2012 voorafgaan identificeerde advocaat generaal Dubrulle reeds het probleem: *“Het derde onderdeel voert een miskennis aan van het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten, doordat het arrest, bij het beoordelen van het oorzakelijk verband, beslist dat eiseres geen vergunningen zou hebben bekomen indien de overheid haar beslissing wettig had gemotiveerd, nadat de appelrechters zichzelf de discretionaire bevoegdheid van de vergunningverlenende overheid hadden toegeëigend”* ... *“Het [middel] voert in essentie aan dat wanneer het bestuur over een discretionaire bevoegdheid beschikt, de rechter niet met zekerheid kan beslissen waaruit het “rechtmatig alternatief” zou bestaan”*. Dubrulle verdedigt de stelling dat bij appreciatieruimte¹⁰⁸ van het bestuur, de rechter niet automatisch mag besluiten dat het achterhalen van het causaal verband onmogelijk is. Indien, op grond van concrete omstandigheden, duidelijk blijkt dat de overheid bij wettig handelen op een bepaalde manier zou hebben gehandeld, mag hij alsnog het rechtmatig alternatief vaststellen en besluiten tot het al dan niet bewezen zijn van het oorzakelijk verband.

De visie van de advocaat-generaal valt niet zomaar toe te schrijven aan het Hof. Maar de vraagstelling is zeer interessant. Opnieuw meen ik dat het antwoord zal afhangen van de grootte van beoordelingsruimte of echte beleidsruimte waarover het bestuur beschikt. Hoe minder richtinggevend de wettelijke context waarbinnen het bestuur handelt, hoe sneller de rechter zal moeten vaststellen dat hij het causaal verband niet met zekerheid kan achterhalen zonder zich te begeven op de soevereine bevoegdheid van het bestuur. Het is een ding van de werkelijke uitoefening van een beoordelings- of beleidsruimte te controleren, iets anders is het om een hypothetisch handelen van het bestuur *met zekerheid* te gaan reconstrueren. Heil kan, zoals ook Dubrulle het aangaf, worden gevonden in een zuivere toepassing van de theorie van het verlies van een kans¹⁰⁹, zeker nu recente cassatierechtspraak aanvaardt dat de rechter deze ambtshalve mag (en soms moet) opwerpen zonder risico op miskennis van het voorwerp van de vordering.¹¹⁰ Volledigheidshalve wijs ik erop dat de bovenstaande invulling van het rechtmatige alternatief ook reeds kritisch werd besproken door Jafferli.¹¹¹ Zijn kritiek steunde evenwel eerder op de vermeende schending van het normdoel.

3.2 De bevoegdheid van de rechter bij de sanctie

De *sanctie* bij vaststelling van fout, schade en oorzakelijk verband, is schadevergoeding. Een pecuniaire schadevergoeding houdt in beginsel geen risico in op opportunitetsinmenging. De vraag rijst wel bij een vordering tot herstel *in natura* van de schade. De figuur van herstel *in natura* zelf is zeer betwist. De vraag

¹⁰⁸ Onduidelijk is of dit zowel de beoordelingsruimte als de beleidsruimte dekt.

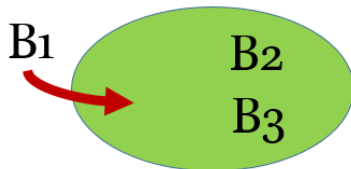
¹⁰⁹ Zie de te verschijnen bijdrage ERPL 2020/1 van TH. NUNINGA, D. VERHEIJ, C. KAHN, F. AUVRAY, C. BORUCKI, “Chances as legally protected assets”.; ook voor een recent overzicht: S. GOLDMAN en R. JAFFERALI, “La perte d’une chance à la croisée des chemins – Évolutions et applications jurisprudentielles”, *TBBR* 2019, 191 e.v.

¹¹⁰ Cass. 14 december 2017, C.16.0296.N, F. AUVRAY en K. RONSIJN, “Het verlies van een kans en het beschikkingsbeginsel”, *RW*; 2018; 587 - 591

¹¹¹ R. JAFFERALI op.cit., 2015, 162.

rijst of niet beter wordt gesproken van het staken van het (nog steeds) schadelijk feit (*cessation de l'illicite*).¹¹² Ongeacht deze discussie stelt het Hof van Cassatie vast dat herstel *in natura* bij overheidsaansprakelijkheid geen schending mag inhouden van de beginselen van scheiding der machten.

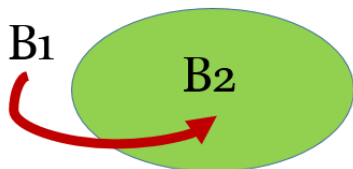
Een veroordeling tot het stoppen van het schade-verwekkend feit komt erop neer het onrechtmatig gedrag terug te brengen binnen de grenzen van het rechtmatige. Een injunctie hiertoe is denkbaar, zolang het opnieuw niet neerkomt op een inmenging binnen de vrije keuze van het bestuur. Schematisch zal in deze hypothese de rechter kunnen stellen dat de onrechtmatige handeling moet stoppen, zonder dat verder mag worden gezegd dat het bestuur moet handelen als B₃ of B₂:



Deze beschouwingen zijn zeer theoretisch.

Een praktisch voorbeeld vinden we in een cassatiearrest van 4 september 2014 (C.12.0535.F). Het betrof een aansprakelijkheidsvordering tegen de stad Luik. Buren van een perceel dat eigendom is van de stad leden waterschade omwille van het feit dat het ingesloten perceel werd verbouwd. Als *herstel in natura* van de schade veroordeelde het arrest *a quo* de stad om de bestemming van het perceel te veranderen van 'groenteteelt-moestuinen-tuinbouw' naar 'weide, maaiweide, braakland of groengebied'. Hierbij ging het arrest te ver volgens het Hof: "Hoewel de hoven en rechtbanken zich niet mengen in de uitoefening van de machten die de wet voor een administratieve overheid voorbehoudt wanneer ze, om de benadeelde partij volledig in haar rechten te herstellen, het herstel *in natura* van de schade bevelen en aan de overheid maatregelen opleggen om een einde te maken aan de schadelijke onwettigheid, verbiedt het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten hen, buiten dat geval, handelingen van openbaar bestuur te stellen en handelingen van de administratieve overheden te wijzigen of te vernietigen". Het arrest *a quo* miskende volgens het Hof het beginsel van de scheiding der machten door - na erop te hebben gewezen dat de enige manier waarop in de toekomst nieuwe schade kan worden voorkomen erin bestaat het litigieuze perceel aan de teelt te onttrekken – de rechters de veroordeling hiertoe niet beperkten maar eveneens aan de stad bevalen aan dat perceel "de bestemming van weide, maaiweide, braakland of groengebied te geven".

Wanneer de rechter evenwel zou vaststellen dat de beleidsruimte van het bestuur oorspronkelijk slechts bestond uit twee opties en één van beide als onrechtmatig wordt verklaard, zou hij misschien, zonder inmenging in de opportuniteit, wel kunnen zeggen dat herstel *in natura* zal gebeuren door het nemen van B₂.¹¹³ De beleidsruimte werd door de vaststelling van de onrechtmatigheid immers ontnomen.



¹¹² O.m. recent S. DE REY, *Herstel in natura in het contractenrecht: rechtsvergelijkende studie met buitencontractuele invalshoek*, Proefschrift verdedigd op 6 december 2019; C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, 2008.

¹¹³ Zie het voorbeeld gegeven door M. Delange, op.cit. *JTT*, nr. 8 en voetnoot 104 inzake het toekennen van onrechtmatig geweigerde uitkeringen; met C. VANHAEGHENBORGH op.cit., 302, nr. 98; zie ook J. THEUNIS, op.cit., 2011, 404-405, nr. 475.

4. Besluitend: antwoorden op de 6 richtlijnen

- 1) Aan welke beginselen toetst de bestuursrechter onderscheidenlijk de burgerlijke rechter het bestuurshandelen (naast wet en regelgeving)? Gaat het daarbij alleen om het verbod van een kennelijk onredelijke belangenafweging of tevens om andere geschreven en / of ongeschreven rechtsbeginselen? In welke mate is de rechter bij zijn toetsing in beginsel nog terughoudend?

Voor de hoven en rechtbanken oordelend over een subjectief geschil zal de controle op het bestuurshandelen zich in beginsel beperken tot een wettigheidscontrole. Ofwel via de wettigheidstoetsing van artikel 159 van de Grondwet (conformiteit aan de hiërarchisch hogere rechtsnormen) ofwel via andere wettelijke begrippen zoals de buitencontractuele fout, de algemene zorgvuldigheid, de redelijkheid, het bepalen van een subjectief recht. In beginsel is er geen nood aan terughoudendheid van de rechter bij een wettigheidstoetsing. Zeker niet op het niveau van de controle op de beoordelingsruimte van het bestuur. Wanneer de wettelijke toetsing evenwel betrekking kan hebben op de beleidsruimte van het bestuur, zoals bij beoordeling van de redelijkheid of van de rechtmatigheid van het bestuursoptreden is de oefening delicaat. M.i. is evenwel ook dan geen nood aan een terughoudende beoordeling door de rechter, maar kan hij wel degelijk volledig toetsen aan het recht en de feiten van de zaak. Het rekening houden met de bestaande beleidsruimte gebeurt dan via de *in concreto* beoordeling van de feiten aan de hand van de vaak open normen waaraan de rechter volledig toetst. Hierbij is de vraag welke feiten de rechter dan in overweging mag nemen cruciaal. Deze vraag hangt samen met de vraag op welk ogenblik hij zich moet plaatsen om de wettigheid te controleren.

Met bovenstaande stelling sluit ik geenszins uit dat een wettigheidstoetsing kan worden misbruikt door de rechter om activistisch en in echte opportunistiek een politiek agenda door te drukken. Evenwel lijkt mij dat in een democratie een minimum aan vertrouwen moet heersen van het bestuur in de rechterlijke instellingen en omgekeerd. Ook mag niet worden vergeten dat de beslissingen van de gewone hoven en rechtbanken onder toezicht staan van het Hof van Cassatie, enerzijds, en dat tenslotte de overheidsaansprakelijkheid ook werd erkend in hoofde van de Staat voor het onrechtmatig handelen van haar magistraten, anderzijds. Een vrijgeleide voor willekeur is er dus niet.

- 2) In welke gevallen laat de bestuursrechter onderscheidenlijk de burgerlijke rechter zijn terughoudendheid varen? Gaat het daarbij (alleen) om gevallen van toepasselijkheid van algemene rechtsbeginselen / normen die in rechtstreeks werkende supranationale bepalingen zijn opgenomen, en zo ja, welke? In welke gevallen hebben supranationale bepalingen rechtstreekse werking?

Zoals aangegeven zie ik geen nood voor terughoudendheid in de toetsing van de gewone hoven en rechtbanken op het bestuurshandelen naar aanleiding van een subjectieve contentieux. Opnieuw dient wel benadrukt dat de toetsing op de handelingen van het bestuur, anders dan bij het objectief contentieux, kadert in de beslechting van een subjectief geschil. De tegenstelbaarheid van een onwettigheid zal dus niet gelden *erga omnes*. Overigens zagen we dat ook op het niveau van de sanctie die moet worden gekoppeld aan de vastgestelde onwettigheid, strikt wordt nagekeken op het respect van de beginselen van scheiding der machten.

Zowel voor een wettigheidstoetsing via 159 van de Grondwet als voor het vaststellen van een fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek vereist het Hof van Cassatie dat het internationaal verdrag of de

internationale norm rechtstreekse werking heeft in de Belgische rechtsorde. Deze stellingen blijven vandaag niet onbesproken.

3) Zijn er voor de rechter rechtens ook mogelijkheden voor reflexwerking van niet rechtsreeks werkende supranationale bepalingen?

Het lijkt niet onmogelijk om ook in België enige reflexwerking toe te kennen aan niet rechtstreeks werkende internationale normen. Ik denk in het bijzonder aan het gebruik van dergelijke normen om invulling te geven aan de algemeen zorgvuldigheidsplicht van een bestuur of overheid. Naar mijn weten werd deze reflexwerking nog niet onderschreven door het Hof van Cassatie.

4) Welke invloed heeft de aanwezigheid van grondrechten / fundamentele rechten in voorkomend geval op de omvang, de intensiteit en het resultaat van de toetsing?

--

5) Hoever reikt de toetsing in onder 2) en 4) bedoelde gevallen zowel wat betreft de omvang als de intensiteit ervan? Om welke bestuursbeslissingen gaat het daarbij? Indien bedoelde bepalingen voorzien in een 'margin of appreciation' voor het bestuur, wat betekent dat dan voor de toetsingsruimte van de rechter?

Nu de hoven en rechtbanken oordelend over een subjectief recht zich in beginsel houden tot wettigheidstoezicht is er zoals gezegd, m.i. geen nood aan terughoudendheid. De rechter toetst volledig aan het recht en de feiten van de zaak. De invalshoek van de wettigheidscontrole kan verschillen, in het kader van de toets via 159 van de Grondwet heeft het betrekking tot de conformiteit met mogelijks 'alle' hiërarchisch hogere normen. Bij de toetsing van de onrechtmatigheid op grond van 1382 van het BW heeft het een ander doel, niet noodzakelijk de legaliteit nagaan maar eerder nagaan of sprake kan zijn van een fout dat kan leiden tot schadevergoeding. De toets van 159 van de Grondwet heeft enkel betrekking op bestuursbesluiten, de toets op rechtmatigheid heeft een bredere toepassing, nl. op alle bestuurshandelingen, of het nu een bestuursbesluit, dan wel een onthouding is van het bestuur. Uiteraard zal het risico op toetsing in opportuniteit toenemen naar mate de te beoordelen handeling van het bestuur een uiting is van beleidsruimte en naar mate de wet waaraan getoetst wordt open is van aard. De moeilijkheidsgraad van het evenwicht tussen toetsing naar wettigheid en toetsing naar opportuniteit mag evenwel niet leiden tot onthouding van enige toetsing door de rechter.

6) In welke gevallen ziet de rechter reden zaken 'zelf af te doen' (de bestuursrechter) / de overheid verplichtingen op te leggen die haar beleids- en beoordelingsvrijheid beperken (de burgerlijke rechter)?

Dit stelt de vraag van de sanctie van een vastgestelde onwettigheid. Ook daar geldt het principiële verbod voor de rechter van de gewone hoven en rechtbanken op inmenging in opportuniteit. De rechter mag niet op de stoel van het bestuur gaan zitten. De grenzen van dit theoretisch verbod vallen in de praktijk moeilijk te trekken en de nodige nuance is vereist. Zeker bij herstel van de schade naar aanleiding van een onrechtmatigheid van de overheid is de oefening delicaat. Het Hof van Cassatie kijkt evenwel toe op het respect van de scheiding der machten.