

België - Toetsing van het bestuurshandelen in het publiekrecht

Pieter-Jan Van de Weyer

Inleiding	64
Vraag 1 – Beginselen van behoorlijk bestuur in de toetsing van bestuurshandelen	65
Vraag 2 – Triggers voor een meer intensieve rechterlijke toetsing	70
Vraag 3 – Reflexwerking en vrijwillige adoptie	82
Vraag 4 – Grondrechten en de invloed op de rechterlijke toetsing	84
Vraag 5 – Omvang van de rechterlijke toetsing	89
Vraag 6 – Resultaat van de rechterlijke toetsing	91
Besluit	95

Inleiding

1. De bestuursrechtspraak in België wordt gekenmerkt door een zogenaamd jurisdictioneel pluralisme. Dit impliceert dat rechtsbescherming tegen bestuursoptreden zowel door de gewone (burgerlijke) rechtscolleges, als door bestuurlijke rechtscolleges wordt verleend. Bepalend is het voorwerp van de procedure. Conform art. 144 Gw. behoren geschillen over burgerlijke rechten uitsluitend tot de bevoegdheid van de burgerlijke rechtscolleges. Geschillen over politieke rechten worden volgens art. 145 Gw. eveneens afgedaan door de burgerlijke rechter, behoudens evenwel de door de wetgever bepaalde uitzonderingen.

2. Naast het zogenaamde subjectief contentieux onderscheiden we een objectief contentieux waarin geen uitspraak wordt gedaan over subjectieve rechten, maar enkel over de wettigheid van bestuurshandelingen. Dit objectief contentieux situeert zich in beginsel bij bestuursrechters. We doelen dan in de eerste plaats op de rechtspraak van het hoogste bestuurlijke rechtscollege: de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. De laatste decennia werden echter verschillende bevoegdheden van de Raad van State afgesplitst en ondergebracht bij afzonderlijke administratieve rechtscolleges. Deze rechtscolleges werden zowel opgericht op federaal niveau (bijv. Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, Kamer van Eerste Aanleg en Kamer van Beroep bij de DGEC enz.) als op deelstatelijk (Vlaams) niveau (bijv. Raad voor Vergunningsbetwistingen, Handhavingscollege).

Tegelijkertijd kan de wetgever ervoor opteren om geschillen die tot het objectief contentieux behoren aan gewone rechters toe te wijzen. Dit is bijvoorbeeld gebeurd voor (sommige) beslissingen van economische regulatoren, die enkel kunnen worden aangevochten bij de gespecialiseerde sectie Marktenhof van het Hof van Beroep te Brussel (voorheen de 18de kamer van het Hof van Beroep te Brussel).¹ GAS-boetes kunnen dan weer enkel worden aangevochten bij de politierechtbank of jeugdrechtbank.²

3. Hoewel de focus in dit rapport op de rechtspraak van bestuursrechters ligt, wordt waar relevant ook rekening gehouden met de toetsing van bestuurshandelen door gewone rechters.

¹ Het Marktenhof is zo doorheen de jaren een belangrijke actor geworden in het economisch bestuursrecht. In verschillende regelgevingen werden contentieux aan de Raad van State onttrokken en aan het Marktenhof toebedeeld. Zie hierover P.-J. VAN DE WEYER, "De rechtspraak van het Marktenhof in het licht van het recht op een effectieve rechtsbescherming", *TRNI* 2018, afl. 3, 155.

² Artikel 31 Gas-wet.

Vraag 1- Beginselen van behoorlijk bestuur in de toetsing van bestuurs-handelen

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?

4. Geïnspireerd door ontwikkelingen in het Nederlandse recht introduceerde L.P. Suetens in de jaren '70 het concept van de beginselen van behoorlijk bestuur in de Belgische rechtsorde.³ Deze evolutie werd voorafgegaan door een toename in bevoegdheden van de administratie bij de uitbouw van een volwaardige sociale verzorgingsstaat na de Tweede Wereldoorlog. De beginselen van behoorlijk bestuur moeten zo een behoorlijke bestuurlijke besluitvorming waarborgen en bijdragen aan de rechtsbescherming van burgers.⁴

5. Reeds voor de introductie van het concept konden in de rechtspraak toepassingen van de beginselen van behoorlijk bestuur worden gevonden. In de twee decennia na zijn oprichting introduceerde de Raad van State zo het redelijkheidsbeginsel in zijn toetsing van bestuursbeslissingen.⁵ Hoewel bestuursrechters steeds een voortrekkersrol hebben gespeeld, worden de beginselen van behoorlijk bestuur inmiddels ook ondubbelzinnig door de gewone rechters onderschreven en toegepast.⁶

6. Door de jaren heen is het scala aan beginselen waarmee een bestuurlijke overheid rekening dient te houden verder uitgebreid. Vaak wordt de opdeling gemaakt tussen procedurele beginselen van behoorlijk bestuur (zorgvuldigheidsbeginsel, hoorrecht, formele motiveringsplicht, onpartijdigheidsbeginsel, fair play-beginsel) en inhoudelijke beginselen van behoorlijk bestuur (gelijkheidsbeginsel, materiële motiveringsplicht, redelijkheidsbeginsel, rechtszekerheidsbeginsel). Het spreekt voor zich dat deze indeling niet zuiver is: procedure maakt inhoud.

³ W. VAN GERVEN, W. en S. LIERMAN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Algemeen deel. Veertig jaar later*, Mechelen, Kluwer, 2010, 485.

⁴ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Maklu, 2017, 46 e.v.

⁵ Voor de eerste maal gebruikt in het arrest Holemans (RvS 8 juni 1966, nr. 11865, Holemans.). Zie voor een bespreking van deze evolutie: D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1986, 55.

⁶ I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 346.

7. De lijst met beginselen is alleszins geen onveranderlijk gegeven. Zo bestaat er onduidelijkheid over de waarde van het transparantiebeginsel. Het transparantiebeginsel als norm voor bestuurlijk optreden wordt in het Unierecht al langer gehanteerd in de context van overheidsopdrachten, concessies en vergunningverlening. De Raad van State lijkt uit te gaan van een ruimer toepassingsbereik, maar ontkent tegelijkertijd het bestaan van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.⁷ Het is bijgevolg twijfelachtig of er sprake is van een zelfstandige norm.⁸

8. Traditioneel werd er in (Belgische) rechtspraak en rechtsleer vanuit gegaan dat beginselen van behoorlijk bestuur in de hiërarchie der normen boven reglementaire besluiten stonden, maar steeds ondergeschikt waren aan formele wetgeving. Aan beginselen van behoorlijk bestuur kwam met andere woorden geen *contra legem*-werking toe.⁹

Algemene rechtsbeginselen worden doorgaans ingedeeld in beginselen van wettelijke waarde en beginselen van grondwettelijke waarde. Beginselen van wettelijke waarde staan hiërarchisch boven de uitvoeringsbesluiten van bestuurlijke overheden. Zij kunnen echter niet worden toegepast wanneer zij onverenigbaar zijn met de vaste wil van de wetgever. Beginselen van grondwettelijke waarde vullen, aldus Bossuyt, “de Grondwet aan, zijn onderliggend aan de Grondwet of zijn in de Grondwet vermeld en staan hiërarchisch boven de wet”.¹⁰ Beginselen van behoorlijk bestuur worden in deze tweedeling vervolgens onder de eerste categorie gerekend.

9. Het onderscheid tussen beginselen van wettelijke waarde en grondwettelijke waarde werd reeds door verschillende auteurs op de korrel genomen.¹¹ Ook aan beginselen van behoorlijk bestuur kan immers een *contra legem*-werking toekomen. Meestal wordt deze werking dan enkel toegeschreven aan de zogenaamde inhoudelijke beginselen van behoorlijk bestuur. In dit verband

⁷ RvS 3 februari 2015, nr. 230.082, Vindevogel, §33; RvS 18 september 2014, nr. 228.402, Lecluyse, §15.1.

⁸ I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 358 e.v.

⁹ Zie bijv. Arbitragehof 29 januari 1987, nr. 32, §B.c.3; Cass. 13 september 1989, AR 7724, *Arr.Cass.* 1989-90, nr. 32; RvS 28 november 2008, nr. 188.373, bvba Vuylsteke Tournai; RvS 24 september 2009, nr. 196.322, Pattyn.

¹⁰ A. BOSSUYT, “Algemene rechtsbeginselen in de rechtspraak van het Hof van Cassatie”, *TPR* 2004, (1589) 1644.

¹¹ P. POPELIJER, “Hoofdstuk 1. Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen” in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (3) 27 e.v.; S. LIERMAN en S. SOTTIAUX, *Publiekrecht. Deel I*, Leuven, Acco, 2016, 286 e.v.

vloeide er reeds heel wat inkt over de verhouding tussen het legaliteitsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.¹² Nochtans moet, o.m. onder invloed van art. 6 EVRM en art. 47 EU-Handvest, ook de wettelijke waarde van procedurele beginselen worden genuanceerd.

10. Zo verbindt het Belgische Grondwettelijk Hof de formele motiveringsplicht met het recht op een eerlijke rechtsbedeling, zoals gewaarborgd in art. 6 EVRM. Sommige rechtsleer meent dat het Hof reeds hintte op de constitutionele waarde van deze verplichting in de “bestuurlijke lus-arresten”.¹³ Initieel liet de bestuurlijke lus – zowel op federaal als op Vlaams niveau – het toe dat een bestuurlijke overheid pas overging tot het motiveren van een beslissing in de context van een rechterlijke procedure. Dergelijk vormgebrek kon – zo was de redenering – nog perfect worden rechtgetrokken.

Het Grondwettelijk Hof bepaalde dat hiermee op discriminatoire wijze afbreuk werd gedaan aan het bij de wet van 29 juli 1991 gewaarborgde recht om onmiddellijk kennis te nemen van de motieven die de beslissing verantwoorden door de vermelding ervan in de handeling zelf. Voor de Vlaamse bestuurlijke lus speelde hierbij voornamelijk het argument van de bevoegdheidsverdelende regels, nu de Vlaamse decreetgever overging tot het verminderen van de in een federale wet voorziene rechtsbescherming.¹⁴ Hetzelfde argument kan niet opgaan voor de federale bestuurlijke lus. Het Grondwettelijk Hof maakt hier echter de koppeling tussen de uitdrukkelijke motiveringsplicht en het recht op toegang tot de rechter. Deze verplichting, die de bestuurde in staat moet stellen te beoordelen of er aanleiding bestaat de rechtsmiddelen aan te wenden waarover hij beschikt, zou haar doel voorbijschieten indien die bestuurde de motieven die de beslissing verantwoorden pas te weten kan komen nadat hij beroep heeft ingesteld.

¹² Zie bijv. P. POPELIER, “Het vertrouwensbeginsel versus het legaliteitsbeginsel. Het kalf is verdronken, maar wanneer dempt men de put?”, *TFR* 2013, 50; W. VANDENBRUWAENE, “Beginselen van behoorlijk bestuur: eindelijk grondwettelijke waarde”, *RW* 2010-11, 1093.

¹³ GwH 8 mei 2014, nr. 74/2014; GwH 16 juli 2015, 103/2015; GwH 29 oktober 2015, nr. 152/2015.

¹⁴ GwH 8 mei 2014, nr. 74/2014, §B.9.4.: “Een gemeenschaps- of gewestwetgever zou, zonder de federale bevoegdheid ter zake te schenden, niet vermogen de bescherming die door de federale wetgeving aan de bestuurden wordt geboden te verminderen door de overheden die optreden in de aangelegenheden waarvoor hij bevoegd is, vrij te stellen van de toepassing van de voormelde wet of door die overheden toe te staan daarvan af te wijken (zie o.a. het arrest nr. 91/2013 van 13 juni 2013)”.

Ofschoon er beroep werd gedaan op de art. 10-11 Gw. – en een specifieke wet sowieso nooit afbreuk mag doen aan het gelijkheidsbeginsel bij het afwijken van een algemene wet of een algemeen beginsel, ongeacht het rechtskarakter van deze wet of dit beginsel – valt er, gelet op het algemene karakter van de bestuurlijke lus en de door het Hof gebruikte bewoordingen, inderdaad iets voor te zeggen dat het Hof in deze arresten de formele motiveringsplicht opwaardert.¹⁵

11. Sommige rechters gaan nog verder en leiden de beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks af uit art. 6 EVRM. Een interessant voorbeeld biedt het Marktenhof. In een arrest van 13 december 2011 oordeelde dit rechtscollege ten aanzien van een administratieve sanctieprocedure nog dat er enkel rekening diende te worden gehouden met de (internrechtelijke) beginselen van behoorlijk bestuur. Enkele jaren later, echter, oordeelde het Marktenhof dat een administratieve sanctieprocedure wel degelijk onderworpen was aan de waarborgen van art. 6 EVRM: “*La Cour vérifiera donc si, comme l’allèguent les requérants, les garanties du procès équitable prévues par l’article 6 de la CEDH ont été méconnues par la FSMA et dans l’affirmative, si cette méconnaissance atteint leur droit au procès équitable de façon irrémédiable, nonobstant leur recours de pleine juridiction*”. Schending van deze waarborgen resulteerde in de nietigheid van de aangenomen beslissing.¹⁶ Het Marktenhof maakte o.m. toepassing van het principe van de wapengelijkheid, een principe dat geen deel uitmaakt van de beginselen van behoorlijk bestuur (§206 e.v.).

In dezelfde lijn ligt een arrest van 18 december 2012 waarin het Marktenhof tot een schending van de onpartijdigheidseis besliste, hoewel het bestuursorgaan zich aan de wettelijke procedure had gehouden.¹⁷ Meer bepaald was er sprake

¹⁵ De afwijking van de formele motiveringsplicht had hier immers geen betrekking op specifieke groepen of personen. Bovendien maakte het Grondwettelijk Hof geen gebruik van de traditionele criteria van de discriminatietoets. Zie S. DE SOMER, “Heeft de formele motiveringsplicht, zoals gewaarborgd door de Wet Motivering Bestuurshandelingen, grondwettelijke waarde?”, *CDPK* 2016, (59) 66. Sowieso moet ook rekening worden gehouden met art. 6, lid 9 van het Verdrag van Aarhus dat bepaalt dat een overheidsbesluit toegankelijk dient te worden gemaakt voor het publiek, tezamen met de redenen en overwegingen waarop het besluit is gebaseerd.

¹⁶ Brussel 24 september 2015, nr. 2013/SF/3,5 en 6, *DAOR* 2015, afl. 4, 48, §119. Hoewel de FSMA aanvoerde enkel aan de beginselen van behoorlijk bestuur onderworpen te zijn, had het in het gewraakte besluit zelf reeds aangegeven dat het zich gehouden achtte om “*par effet de ricochet*” de fundamentele aspecten van het recht op een eerlijk proces te eerbiedigen (§113).

¹⁷ Brussel 18 december 2012, nr. 2011/AR/976. Zie hierover ook E. SLAUTSKY, “Sanctions administratives et principe d’impartialité: vers une séparation des fonctions de

van een door de Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas (CREG) aan de NV Electrabel opgelegde bestuurlijke geldboete wegens het niet overmaken van informatie. Deze informatie was opgevraagd in het kader van de berekening door de CREG van de nucleaire rente.¹⁸ Een eerdere gepubliceerde studie van de CREG naar de exploitatiekosten van nucleaire installaties en de monopoliewinsten in dit verband was sterk bekritiseerd door Electrabel. De opgevraagde informatie moesten de resultaten van de studie bevestigen. Voor het Marktenhof beriep Electrabel zich o.m. op een schending van de objectieve onpartijdigheid omdat, enerzijds, de CREG in de kwestie van de nucleaire rente tegelijkertijd rechter en partij was en, anderzijds, de CREG bij het opleggen van een bestuurlijke geldboete de functies van vervolging, onderzoek en sanctionering combineerde.

Wat het eerste punt betreft stelde het Marktenhof vast dat de informatie door de CREG pas opgevraagd werd nadat de eerste studie publiek was gemaakt en er zich reeds een publieke discussie tussen de CREG en Electrabel had ontplooid. Hierdoor kreeg de CREG een eigen belang in de zaak. Volgens het Marktenhof verzette de vereiste van objectieve onpartijdigheid er zich dan ook tegen dat de CREG nog een bestuurlijke geldboete zou opleggen. Het argument van de continuïteit van de openbare dienst kon in deze niet worden ingeroepen.

12. De Raad van State, daarentegen, aanvaardt de grondwettelijke waarde van de procedurele beginselen van behoorlijk bestuur niet. Zo betreft het vaste rechtspraak dat de toepassing van het onpartijdigheidsbeginsel niet tot gevolg mag hebben dat het nemen van een regelmatige beslissing wordt verhinderd, met name doordat dit beginsel het optreden van het beslissend orgaan van actief bestuur onmogelijk zou maken. De beginselen van behoorlijk bestuur kunnen aldus geen afbreuk doen aan het continuïteitsbeginsel.¹⁹ Eenzelfde geluid horen we bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen.²⁰ In de Engelse rechtslite-

poursuite, d'instruction et de sanction au sein des régulateurs fédéraux des industries de réseau?", *TRNI* 2018, afl. 1, 2.

¹⁸ Dit betreft een belasting die door elektriciteitsproducenten wordt bepaald in ruil voor het langer openhouden van de kerncentrales te Doel en Tihange.

¹⁹ RvS 7 februari 2019, nr. 243.638, Roosebrouck. Zie ook I. OPDEBEEK, "Het onpartijdigheidsbeginsel in het omgevingsrecht. Over Gecoro's, Uplace, 't Fornuis, de "paaitaks" en andere dozen van Pandora" in I. OPDEBEEK, S. RUTTEN, E. VAN ZIMMEREN en D. VERMEIR (eds.), *Voor recht, rechtvaardigheid en Camus. Liber amicorum Bernard Hubeau*, Brugge, Die Keure, 2018, (341) 346-347.

²⁰ RvVb 15 januari 2019, nr. RvVb-A-1819-0488, Creve.

ratuur wordt evenwel betwijfeld of zulke “*doctrine of necessity*” nog wel verenigbaar is met art. 6 EVRM.²¹

Vraag 2 - Triggers voor een meer intensieve rechterlijke toetsing

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?

13. Het kader dat de rechterlijke toetsing van bestuurshandelen bepaalt, is dat van de scheiding der machten. Een rechter dient het bestuur dus te controleren, maar kan nooit op diens stoel gaan zitten. Wat de interpretatie van de wet of de vaststelling van de feiten betreft, kan een rechter in principe overgaan tot een volle toetsing.²² Wat betreft de toepassing van de wet op de feiten en de controle van de proportionaliteit van een beslissing voorziet de traditionele zienswijze dat gebonden bevoegdheden vol en discretionaire bevoegdheden marginaal worden getoetst (kennelijke onredelijkheidstoets).²³ Of er sprake is van een gebonden of discretionaire bevoegdheid is dan afhankelijk van de vraag of een bestuur in een bepaalde casus een appreciatiemarge bezit. In sommige gevallen gaat een rechter die zich moet uitspreken over discretionaire bestuursbeslissingen evenwel verder dan een kennelijke onredelijkheidstoets en maakt het gebruik van een volle redelijkheidstoets.

14. Een kennelijke onredelijkheidstest mag niet aanzien worden als een toefgift die bestuurlijke overheden zou toelaten om “een beetje” onrechtmatig te handelen.²⁴ In recentere rechtspraak wijzen bepaalde kamers van de Raad van

²¹ Op grond van deze doctrine kan het onpartijdigheidsbeginsel niet worden ingeroepen tegen een bepaald persoon wanneer volgens de wetgeving niemand anders bevoegd is om op te treden. In het andere geval zou het bestuursapparaat immers kunnen worden lamgelegd. Zie H.W.R. WADE en C.F. FORSYTH, *Administrative law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 395.

²² In sommige arresten maakt de Raad van State gewag van een marginale toetsing t.a.v. de feiten: “dat de Raad van State op het vlak van het bewijs van de feiten slechts over een marginale toetsingsbevoegdheid beschikt, in die zin dat hij niet in de plaats van het bestuur kan beslissen of de feitelijke gegevens waarop het bestuur zich baseert afdoende bewezen zijn, maar dat hij enkel moet nagaan of het bestuur, met de gegevens die hem voorlagen, in redelijkheid de feiten voor bewezen kon houden” (RvS 14 september 2004, nr. 134.858, Vervaet, §2.5.2.2. Zie ook RvS 19 september 2005, nr. nr. 149.026, Roos, §5.3.2.1.). Vermoedelijk gaat het hier om een ongelukkige formulering waarbij de fase van feitenvaststelling en de fase van feitenkwalificatie door elkaar worden gehaald.

²³ R. TIJS, *Algemeen bestuursrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 266.

²⁴ RvS 10 juli 2012, nr. 220.242-3, Universiteit Gent, §7.1.; Zie tevens RvS 28 oktober

State de noties “marginale toetsing of “kennelijke onredelijkheid” om deze reden van de hand.²⁵ Het onderscheid tussen een volle redelijkheidstest en een kennelijke onredelijkheidstest is m.i. echter niet zonder waarde. Het verschil is er echter niet zozeer een van gradatie, als wel van evidentie.

Onder kennelijke onredelijkheidstoets verstaan wij een toetsing die wordt gekenmerkt door een extern referentiekader. Het afwegingskader van het bestuur wordt hierbij als het ware overgenomen als eigen toetsingskader. De onredelijkheid vloeit voort uit hetzij een inconsistentie tussen de feiten en de bestuursbeslissing, hetzij een inconsistentie tussen een eerder door de overheid gestelde gedraging en de uiteindelijke bestuursbeslissing.²⁶ Bij een volle redelijkheidstest wordt aanvaard dat een rechter zijn persoonlijk oordeel over wat redelijk is in de plaats kan stellen van het bestuursorgaan.²⁷

15. Ook wanneer een kennelijke onredelijkheidstest, en dus een extern beoordelingskader, wordt gehanteerd, hoeft een rechter zich echter niet noodzakelijk al te terughoudend op te stellen. Integendeel, door de bestuursbeslissing te confronteren met de eigen beslissingspraktijk van het betrokken bestuur en met de beslissingspraktijk van andere besturen kan een rechter zich laten gelden, echter zonder dat er sprake is van een schending van de scheiding der machten. Illustratief hierbij is de Tetra Laval-rechtspraak van het Hof van Justitie. Dat een rechter de beoordelingsmarge van het bestuur diende te respecteren, betekende, aldus het Hof van Justitie, niet dat hij zich kon beperken tot het controleren van de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen en de betrouwbaarheid en samenhang ervan. De rechter moest ook nagaan of die elementen het relevante feitenkader vormden voor de beoordeling van een complexe toestand en de daaruit getrokken conclusies konden schragen.²⁸

16. De rechtspraak van het Marktenhof, bijvoorbeeld, toont dat de hier uitgevoerde toetsing over het algemeen inderdaad niet vrijblijvend is. In enkele gevallen wordt overigens – zij het impliciet – naar de Tetra Laval-rechtspraak van het EU Hof van Justitie verwezen. Wanneer de regulator over een discretionaire beslissingsbevoegdheid beschikt, zal hij zijn beslissing dus steeds omstandig

2013, nr. 225.271, Dewil, §10; RvS 5 juli 2007, nr. 173.232, Dendooven.

²⁵ I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 389. Het gaat o.m. om de negende en twaalfde kamer: RvS 23 augustus 2016, nr. 235.630, Durgun, §18-21; RvS 29 juli 2014, nr. 228.130, bvba HS-Trading.

²⁶ Zie bijv. Marktenhof 27 juni 2018, nr. 2018/MR/1, § 36 e.v. Zie ook D. LAGASSE, *L’erreur manifeste d’appréciation en droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1986, 374.

²⁷ Zie ook J. RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, TPR 1977, 208.

²⁸ HvJ 15 februari 2005, nr. C-12/03 P, ECLI:EU:C:2005:87, Commissie/Tetra Laval, §39.

dienen te motiveren, waarbij aangegeven wordt welke feiten en belangen werden meegewogen, welke waarde hier aan werd toebedeeld en hoe deze feiten en belangen de uiteindelijke beslissing kunnen schragen.²⁹

Illustratief is de vergelijking van de rechtspraak van het Marktenhof ten aanzien van beslissingen van de CREG met de vroegere rechtspraak van de Raad van State ter zake. Beide rechtscolleges refereren aan een kennelijke onredelijkheidstoets. Niettemin blijkt uit een onderzoek van het Rekenhof dat het Marktenhof zich strenger opstelt. Op het ogenblik van de overheveling van de bevoegdheid in 2005 had de Raad van State slechts één beroep ingewilligd en 31 beroepen verworpen of onontvankelijk verklaard. In 273 zaken deed de tegenpartij afstand van het geding. Op het moment van het onderzoek van het Rekenhof had het Marktenhof 76 beroepen ingewilligd, 13 verworpen en was in 196 zaken afstand van geding gedaan.³⁰

17. Een ander voorbeeld vinden we in het annulatiecontentieux van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen wanneer het zich uitspreekt over de impact van een bestuursbeslissing op fundamentele rechten en vrijheden (zie *infra*).

18. Vaak is het tevergeefs zoeken naar een verantwoording waarom een rechter naar een meer of minder terughoudende toetsing neigt. Zo is het vaste rechtspraak van de Raad voor Vergunningsbetwistingen dat een bestuurlijke overheid over een zekere appreciatiebevoegdheid beschikt bij de beoordeling van het bestaan van een (weerlegbaar) vermoeden van vergunning van constructies, opgericht tussen de inwerkingtreding van de Stedenbouwwet (dd. 22 april 1962) en de vaststelling van de gewestelijke bestemmingsplannen.³¹ Bij de aanvraag van een stedenbouwkundige vergunning in deze periode was enige afweging aan de hand van de bestemming onmogelijk, nu niemand wist in welke zone zou worden gebouwd. Onregelmatigheden waren niet zelden het gevolg van het ondoorzichtig juridisch imbroglio. Om eigenaars van constructies opgericht in deze periode rechtszekerheid te bieden, introduceerde de decreetgever een weerlegbaar vermoeden van vergunning. Het vergund karakter kan enkel worden tegengesproken middels een proces-verbaal of een niet-anoniem bezwaarschrift, telkens opgesteld binnen een termijn van vijf jaar na het op-

²⁹ L. DE DEYNE, *Markttoezicht in de energiesector: over onafhankelijkheid en verantwoordingsplicht van energieregulators*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 693.

³⁰ REKENHOF, "Verslag van het Rekenhof aan de Kamer van Volksvertegenwoordigers: Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 47.

³¹ RvVb 29 januari 2019, nr. RvVb-A-1819-0550, Hermans; RvVb 21 november 2017, nr. RvVb/A/1718/0265, Partner nv.

trekken of plaatsen van de constructie.

Het is onduidelijk waarin deze appreciatiebevoegdheid zou schuilen. In tegenstelling tot een vergunningsaanvraag vindt er in dit kader immers geen toetsing plaats aan de goede ruimtelijke ordening.³² De overheid dient enkel over te gaan tot een waardering van het aanwezige bewijsmateriaal m.b.t. de oprichting van een constructie of het al dan niet bestaan van een PV of niet-anoniem bezwaarschrift. Deze waardering kan perfect ook door een rechter gebeuren.

19. Dit gebrek aan transparantie en de afwezigheid van theorievorming komt ook de consistentie in de rechtspraak niet ten goede. Rechtspraakonderzoek van het Marktenhof in bestuurlijke sanctieprocedures wijst uit dat soms gebruik wordt gemaakt van een kennelijke onredelijkheidstest, dan weer van een volle redelijkheidstoets, en dit in schijnbaar gelijkaardige zaken.³³

20. In wat volgt proberen we niettemin enkele factoren die kunnen nopen tot een meer intensieve, al dan niet volle, toetsing te identificeren. Het gaat dan meer bepaald om een recalcitrante overheid, de aanwezigheid van fundamentele rechten en vrijheden en de invloed van supranationale normen.

21. RECALCITRANTE OVERHEID. In een opeenvolging van schorsings- of vernietigingsarresten is een bestuursrechter soms geneigd om een initieel ruime appreciatiemarge van de overheid danig in te perken. Doorheen de (opeenvolging van) rechterlijke beslissing(en) worden de grenzen van een discretionaire bevoegdheid zo steeds scherper gesteld. Illustratief is een reeks arresten van de Raad van State waarbij tot vijfmaal werd overgegaan tot de schorsing van een C-attest op grond van een onvoldoende motivering. In zijn laatste arrest van 13 november 2012 verplichtte de Raad van State de school tot toekenning van een A-attest, op straffe van een dwangsom. Daarop kende de klassenraad de betrokken leerlinge finaal een A-attest toe. Zoals Vandaele terecht aangeeft kan het herhaaldelijke falen om een beslissing afdoende te motiveren een onredelijkheid manifesteren.³⁴

Opmerkelijk is dat het Hof van Beroep te Antwerpen enkele jaren later de fout van de klassenraad bij de toekenning van het C-attest afwees. Op zich is het niet abnormaal dat een rechter die ten gronde uitspraak doet, afwijkt van een prima facie-beoordeling die gemaakt werd in het kader van een schorsingsprocedure.

³² Lobelle heeft het terecht over een gebonden bestuursbevoegdheid. Zie F. LOBELLE, "Het vermoeden van vergunning, slechts één te bewandelen pad?", *TOO* 2018, (341) 343.

³³ P.-J. VAN DE WEYER, "De rechtspraak van het Marktenhof in het licht van het recht op een effectieve rechtsbescherming", *TRNI* 2018, afl. 3, 155.

³⁴ A.-S. VANDAELE, "De aanhouder wint? Een A-attest onder dwang(som)", *CDPK* 2013, (275) 282.

Zoals het Hof van Beroep zelf aangeeft is een schorsingsbeslissing niet bindend en kan dit enkel gelden als een feitelijk vermoeden van een fout. Echter ook los van het andere type van procedure was er sprake van een verschillende waardering van de voorliggende casus. Het Hof beperkte zich immers niet tot het louter afhouden van de burgerrechtelijke schadeclaim, maar deelt ook nog een sneer uit: “dat het niet de taak is van de Raad van State om zijn eigen opvattingen over het al dan niet slagen van een leerling te substitueren aan die van de op dat vlak autonome [klassenraad]”. Het Hof van Beroep lijkt met andere woorden aan te geven dat de Raad van State te ver ging in zijn toetsing.

De verschillende waardering valt echter tot op zeker hoogte te begrijpen, nu de omstandigheden waarin deze rechtscolleges uitspraak deden sterk verschilden. In het kader van de kort geding-procedure bij de Raad van State was er sprake van tijdsdruk: na wat gerust een proceduremarathon genoemd kan worden – het ging reeds om de vijfde schorsingsprocedure (vier eerdere C-attesten werden geschorst en door de klassenraad ingetrokken) – riskeerde de student een studiejaar te verliezen.³⁵

22. Een vergelijkbare casus vinden we in het asiel- en migratierecht waar de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (RvV) in het najaar van 2016 de Belgische overheid in het kader van een schorsingsprocedure verplichtte om de verzoeker een humanitair visum kort verblijf af te geven. Deze uitspraak veroorzaakte heel wat beroering. Uit politieke hoek kwam het verwijt van een ‘*gouvernement des juges*’³⁶. Het klopt dat de overheid bij het toekennen van een visum geacht wordt te beschikken over een ruime beoordelings- en beleidsvrijheid. In principe kan een rechter zich dan ook niet in de plaats stellen van de Belgische overheid.³⁷

De omstandigheden in dit arrest waren evenwel specifiek. Het humanitair visum was aangevraagd door een gezin uit Aleppo op grond van art. 25 Visumcode. Zij wezen hierbij op de levensbedreigende situatie in Aleppo en het reële risico op een schending van art. 3 EVRM. De RvV had in dezelfde zaak reeds tweemaal tot de schorsing bij UDN besloten wegens schending van de formele motiveringsplicht en tweemaal werd door de overheid eenzelfde beslissing genomen. De RvV was van oordeel dat de overheid onvoldoende rekening hield

³⁵ Zie hierover ook P. GILLAERTS, J. LIEVENS en P.-J. VAN DE WEYER, “Verschillende beoordelings(g)raden: hoe een C-attest toch een A-attest wordt zonder schadevergoeding”, *TJK* 2018, 328.

³⁶ D. BAUWENS, “De Wever: ‘Als een rechter wetten wil maken, moet hij op een lijst gaan staan’”, *De Morgen* 9 december 2016.

³⁷ A. DECLERCQ, “Het humanitair visum: balanceren tussen soevereine migratiecontrole en respect voor mensenrechten”, *T.Vreemd.* 2017, afl. 2, (118) 120.

met de door de verzoekers aangebrachte elementen. Gelet op het imminente gevaar waarin de verzoekers zich bevonden, het feit dat de overheid reeds tweemaal het gezag van gewijsde van de arresten van de RvV had miskend en het belang van het waarborgen van een effectief rechtsmiddel, achtte de RvV het verantwoord om de overheid te verplichten binnen de 48 uur een visum voor drie maanden af te geven.³⁸

23. FUNDAMENTELE RECHTEN EN VRIJHEDEN. Ook de aanwezigheid van fundamentele rechten en vrijheden kan een verdergaande toetsing verantwoorden (zie hierna vraag 4).

24. SUPRANATIONALE REGELGEVING. Tot slot moet rekening worden gehouden met de invloed van supranationale regelgeving, in het bijzonder het recht op een eerlijk proces zoals beschermd in art. 6 EVRM en art. 47 EU-Handvest.³⁹ Reeds in 1975 bepaalde het EHRM dat de toegang tot een rechter geen *voorwaarde voor*, maar een *gevolg van* de toepassing van art. 6 EVRM was.⁴⁰ Niet elke rechterlijke toetsing zal echter noodzakelijkerwijze voldoen aan de vereisten van art. 6 EVRM. Het EHRM leidt uit deze bepaling immers af dat de rechterlijke toetsing van bestuurshandelen een toezicht met volle rechtsmacht (“*pleine juridiction*”, “*full jurisdiction*”) moet zijn. Hieronder verstaat het Hof: “[L]e pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l’organe inférieur”.⁴¹

25. In praktijk bestaat er enige onduidelijkheid omtrent de concrete invloed van deze supranationale normen op het traditionele toetsingskader. Sommige rechtsleer gaat zo ver om te argumenteren dat een rechter in beginsel gehouden is tot een opportuniteitstoets.⁴² De rechtspraak stelt zich over het algemeen beuidend terughoudender op en houdt vast aan het klassieke binaire schema. Volgens het Grondwettelijk Hof vereist noch art. 6 EVRM, noch art. 144 Gw., dat de opportuniteit van een bestuurshandeling aan de controle van de rechter kan worden onderworpen.⁴³

³⁸ RvV 20 oktober 2016, nr. 176.577. Zie ook RvV 15 maart 2016, nr. 164.152.

³⁹ Artikel 6 EVRM is van toepassing op geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen en strafvervolgingen. Art. 47 EU-Handvest vindt toepassing in geschillen over door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden

⁴⁰ EHRM 21 februari 1975, nr. 4451/70, Golder/Verenigd Koninkrijk, §28 e.v.

⁴¹ EHRM 23 oktober 1995, nr. 15523/89, Schmautzer/Oostenrijk, §36. Het betreft inmiddels vaste rechtspraak.

⁴² A.-S. VANDAELE, *De volle rechtsmacht bij de beoordeling van bestuurshandelingen. De rechtsmacht van de Raad van State in het annulatiecontentieux*, Brugge, die Keure, 2014, 46 e.v.

⁴³ Arbitragehof 28 maart 2002, nr. 57/2002, §B.12.2.

26. Het Hof van Cassatie oordeelt op zijn beurt consequent dat art. 6 EVRM niet vereist dat in het kader van een discretionaire bevoegdheid een volledige rechterlijke toetsing wordt gehanteerd.⁴⁴ In het Jaarverslag van het Hof van Cassatie van 2004 wordt hierbij goedkeurend verwezen naar een arrest van de Raad van State van 1 december 1987 m.b.t. een tuchtprocedure waarin de rechtsgeldigheid van een marginale toetsing expliciet wordt bevestigd.

27. En ook de Raad van State acht een kennelijke onredelijkheidstoets in het kader van discretionaire bevoegdheden perfect verzoenbaar met art. 6 EVRM. In een arrest van 1 december 1987 sprak de Raad van State zich uit over de in-trekking van enkele vervoersvergunningen: “dat het beroep bij de Raad van State voldoet aan die definitie, aangezien de Raad van State, hoewel hij als rechter in laatste instantie van de handelingen van de administratieve overheden niet vermag zijn beslissing in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid, toch bij de uitoefening van zijn controle kan nagaan, zoals vereist door de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens [...] of de rechtens vereiste feitelijke grondslag van de aan zijn toezicht voorgelegde overheidsbeslissingen aanwezig is en of de bestuurlijke sanctie evenredig is met de vastgestelde feiten; dat, ook al houdt zulks ten aanzien van de discretionaire bevoegdheid van de bestuursoverheid slechts een marginale en niet een volledige rechterlijke toetsing in, de rechtsbescherming welke de Raad van State verleent, beantwoordt aan de vereisten van artikel 6, lid 1, aangezien het Europees Hof aanneemt dat, waar de overheid over een ruime beoordelingsmacht beschikt, een volledige rechterlijke toetsing uiteraard niet goed denkbaar is”.⁴⁵

28. Uit recentere rechtspraak blijkt dat sommige kamers van de Raad van State opteren voor een wijziging van terminologie en niet langer spreken over een marginale toetsing of een *kennelijke* onredelijkheid. Bestuursbeslissingen zijn dan redelijk of onredelijk. Hiermee wil het vermijden de indruk te wekken dat bestuurlijk optreden wel “een beetje” onredelijk mag zijn. Dit wil echter niet zeggen dat de aard van de rechterlijke toetsing is veranderd. Zo bevestigt de Raad van State dat bij aanwezigheid van een beoordelingsruimte “de rechter niet de plaats inneemt van de overheid die hij controleert; dat hij zich niet een eigen oordeel mag vormen over wat volgens zijn inschatting de ‘meest’ of ‘gepast’ redelijke beslissing is in een gegeven geval en waarna hij het bestuur tot de

⁴⁴ I. VEROUGSTRAETE, J.-F. LECLERCQ, P. LECROART en S. LIERMAN (eds.), *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België 2004*, 209.

⁴⁵ RvS 1 december 1987, nr. 28.938, pvba Lambregts Transportbedrijf, RW 1987-88, 880. Zie tevens RvS 29 juni 2006, nr. 160.761, Vos, §4.2.

orde zou roepen indien het niet exact diezelfde redelijkheid heeft ingezien en toegepast”.⁴⁶

29. Waar de volle rechtsmacht-eis uit art. 6 EVRM wel een invloed heeft gehad op de intensiteit van de rechterlijke toetsing is in administratieve sanctieprocedures. Het betreft inmiddels vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof dat niets van wat onder de beoordeling van de administratie valt aan de controle van de rechter mag ontsnappen.⁴⁷ In een arrest van 18 februari 2016 verduidelijkte het Grondwettelijk Hof dat het toezicht van de Raad van State op geldboetes van het Brusselse Milieucollege beantwoordde aan het criterium van volle rechtsmacht nu het zich niet beperkte tot een kennelijke onredelijkheidstoets: “Dienaangaande kan hij rekening houden met eventuele verzachtende omstandigheden om te oordelen dat de beslissing niet correct gemotiveerd is. Evenzo gaat hij na of de beslissing op relevante bewijselementen berust. Indien hij van mening is dat de uitgesproken administratieve sanctie nietig dient te worden verklaard, verwijst hij de zaak naar het Milieucollege, dat gebonden is door de motivering van het vernietigingsarrest. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de Raad van State bij de uitoefening van zijn wettigheidstoezicht *niet enkel onderzoekt of er sprake is van kennelijke beoordelingsfouten*. Hij dient daarentegen daadwerkelijk een grondig toezicht te verrichten, in rechte en in feite, van de bestreden beslissing en van de evenredigheid ervan” (eigen cursivering).⁴⁸

30. Ook het Hof van Cassatie gaat uit van een volle redelijkheidstoets. In een arrest van 4 maart 2004 werd België nog door het EHRM veroordeeld omdat het Hof van Cassatie de evenredigheidstoets t.a.v. bestuurlijke boetes te beperkt zou hebben geïnterpreteerd.⁴⁹ Inmiddels is het duidelijk dat het Hof uitgaat van een volle redelijkheidstoets. In het reeds vermelde Jaarverslag van het Hof van Cassatie van 2004 werd zo verduidelijkt dat de bedoelde toetsing “meer verregaand [is] dan een marginale toetsing, waarbij de rechter alleen kennelijk onevenredige sancties buiten toepassing laat”.⁵⁰

Tegelijkertijd bracht het Hof van Cassatie een belangrijke beperking aan op de rechterlijke redelijkheidstoets. Een rechter kan, aldus het Hof, niet “op grond

⁴⁶ RvS 10 juli 2012, nr. 220.242-3, Universiteit Gent, §7.1.; Zie tevens RvS 28 oktober 2013, nr. 225.271, Dewil, §10; RvS 5 juli 2007, nr. 173.232, Dendooven.

⁴⁷ GwH 15 mei 2008, nr. 79/2008; Arbitragehof 7 december 1999, nr. 128/99, §B.15; Arbitragehof 24 februari 1999, nr. 22/99, §B.13.

⁴⁸ GwH 18 februari 2016, nr. 25/2016.

⁴⁹ EHRM 4 maart 2004, nr. 47650/99, Silvester’s Horeca Service/België.

⁵⁰ I. VEROUGSTRAETE, J.-F. LECLERCQ, P. LECROART en S. LIERMAN (ed.), *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België 2004*, 230, nr. 61. Zie ook concl. Adv.-gen. D. Thijs bij Cass. 16 februari 2007, AR F.05.0015.N.

van een subjectieve appreciatie van wat hij redelijk acht, om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in, een boete [...] kwijtschelden of verminderen”.⁵¹ Hiermee lijkt het Hof in de eerste plaats te willen bedoelen dat een rechter de bestuursbeslissing zorgvuldig dient te onderzoeken, de motieven voor een bepaalde beslissing dient mee te geven en de criteria die hij hierbij heeft aangewend dient te ontsluiten.⁵²

Het Hof van Cassatie geeft zelf de elementen aan die vorm geven aan de motiveeringsverplichting van de rechter: de zwaarte van de inbreuk, de hoogte van reeds opgelegde sancties, de wijze waarop in gelijkaardige gevallen werd geoordeeld en de mate waarin het bestuur zelf gebonden was.⁵³ Verzachtende omstandigheden eigen aan de persoon van de verdachte werden hierbij uitgesloten.⁵⁴ Bepaalde lagere rechtspraak bevestigde deze zienswijze⁵⁵, andere ging hier tegen in.⁵⁶ In een arrest van 21 september 2018 bepaalt het Hof van Cassatie echter voor de eerste maal dat een rechter naast de reeds vernoemde objectieve factoren ook rekening mag houden met de weerslag van de sanctie voor de betrokkene.⁵⁷

⁵¹ Cass. 12 december 2014, AR.F.13.0133.N.

⁵² Zie ook B. COOPMAN, “Rechterlijke toetsing van fiscale boetes: cassatie teruggefloten door Straatsburg” (noot onder EHRM 4 maart 2004), TFR 2004, (641) 643.

⁵³ Cass. 24 januari 2002, AR.C.00.0234.N; Cass. 21 januari 2005, AR.C.02.0572.N

⁵⁴ Cass. 21 januari 2005, AR.C.02.0572.N. Het is niet volstrekt helder wat onder omstandigheden eigen aan de persoon diende te worden begrepen. Volgens het Hof van Cassatie kon een rechter alleszins geen rekening houden met het feit dat een vennootschap de fiscale fraude niet mee had bedacht (Cass. 21 januari 2005, AR.C.02.0572.N.). In een arrest van 8 april 2011 kon een rechter een geldboete niet verminderen omdat het de eerste overtreding was van de betrokkene, de schade voor het publieke belang beperkt was en de betrokkene niet gehandeld had met het oog op het behalen van een persoonlijk voordeel (Cass. 8 april 2011, AR.F.10.0033.N.). Ankaert en Put vragen zich terecht af of het zonder meer duidelijk is dat deze elementen eigen aan de persoon zijn en geen verband houden met de ernst van de inbreuk (E. ANKAERT en J. PUT, “Bestuurlijke punitieve sancties in België in het licht van Europeesrechtelijke vereisten” in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT VAN BELGIË EN NEDERLAND (ed.), *Preadvieszen. Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2006, (53) 88.).

⁵⁵ Gent 14 januari 2014, LRB 2014, 85; Gent 8 januari 2013, nr. 2011-AR-2996; Gent 29 mei 2009, nr. 2006/AR/2128; Arbh. Antwerpen 15 april 1996, nr. 95369.

⁵⁶ De rechtbank van Namen betwijfelt openlijk of de zienswijze van het Hof van Cassatie verenigbaar is met art. 6 EVRM. Zie Rb. Namen 16 maart 2005, FJF 2005, 279. Zie ook Antwerpen 27 oktober 2015, *Fiscoloog* 25 november 2015, 12; Rb. Luik, 31 januari 2012, FJF 2012, afl. 5, nr. 124

⁵⁷ Cass. 21 september 2018, F.17.0141.N, concl. Adc.-gen. J. VAN DER FRAENEN.

31. De Raad van State sluit zich wat de omschrijving van zijn toetsingsbevoegdheid in administratieve sanctieprocedures betreft aan bij de definitie die het Grondwettelijk Hof hanteert voor de notie volle rechtsmacht: “Het recht op een rechterlijke toetsing met volle rechtsmacht houdt in dat deze rechterlijke instantie kan nagaan of de beslissing van de VRM in rechte en in feite verantwoord is en of de wettelijke bepalingen en algemene beginselen die hij in acht moet nemen, waaronder het evenredigheidsbeginsel, zijn geëerbiedigd. *Dat recht houdt minstens in dat hetgeen tot de beoordelingsbevoegdheid van het bestuur behoort, ook onder de controle van de rechter valt.* Bij zijn controle mag de rechter zich evenwel niet begeven op het terrein van de opportuniteit, vermits dat onverenigbaar zou zijn met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen het bestuur en de rechtscolleges” (eigen cursivering).⁵⁸

32. Wanneer we de rechtspraak van het hoogste Belgische administratief rechtscollege tegen het licht houden, merken we echter nog vaak het gebruik van het traditionele toetsingskader. Op een discretionaire bevoegdheid kan dan, ook wanneer deze kadert in een bestuurlijke sanctieprocedure, slechts een kenmerkende onredelijkheidstoets worden uitgeoefend. Enkel wat betreft de vraag of er sprake is van een inbreuk op een strafomschrijving laat de Raad van State geen marge aan het bestuur. Het betreft hier immers een kwestie van wetsinterpretatie waarbij het zich in de plaats van de bestuurlijke overheid kan stellen.⁵⁹ Anders is het dus voor de beslissing om al dan niet een sanctie op te leggen en de hoegrootheid van deze sanctie te bepalen. Volgens de Raad van State komt het zich binnen het raam van zijn wettigheidstoezicht, niet toe om zelf een beoordeling te maken van de strafwaardigheid en de strafmaat. Het is enkel bevoegd om desgevraagd na te gaan of de bestuurlijke overheid bij de uitoefening van zijn sanctionerende bevoegdheid al dan niet het evenredigheidsbeginsel schendt.⁶⁰

Een arrest van 24 november 2014 is in dit verband zeer instructief: “De Raad van State herinnert er in dat verband aan geen beroepsinstantie te zijn die, opnieuw oordelend in de plaats van het bestuur, de naar zijn oordeel meest passende sanctie oplegt. *Als wettigheidsrechter mag de Raad van State zelfs niet de door het bestuur opgelegde sanctie toetsen aan zijn eigen opvattingen ter zake.* Dat zou de

⁵⁸ RvS 27 juni 2017, nr. 238.642, NV Medialaan, §9.

⁵⁹ Zie bijv. RvS 15 december 2016, nr. 236.781, bvba Marc Robben Architectenbureau, §11 (waarin de Raad van State oordeelt dat wanneer een EPB-aangifte berust op een duidelijke materiële fout de feitelijke grondslag voor het opleggen van een administratieve geldboete ontbreekt); RvS 23 februari 2016, nr. 233.886, nv Tui Airlines, §48 e.v. (over wat te verstaan onder geluidshinder).

⁶⁰ RvS 8 mei 2014, nr. 227.331, BVBA Wedwinkel, §13.

Raad doen als hij de opgelegde sanctie zou afmeten aan wat hij zelf als de ene meest evenredige straf beschouwt en ze zou vernietigen indien ze daarvan afwijkt. Enkel mag de Raad van State in het kader van zijn wettigheidscontrole nagaan of het oordeel van de verwerende partij binnen de grenzen is gebleven van wat nog als redelijk kan worden aangezien. Er kan dan slechts sprake zijn van schending van het evenredigheidsbeginsel, *wanneer de beslissing, waarvan vastgesteld wordt dat ze op deugdelijke grondslagen berust, inhoudelijk dermate van het normale beslissingspatroon afwijkt dat het ondenkbaar is dat enig ander naar kennis en kunde redelijk bekwaam en naar feitelijk optreden redelijk handelend bestuur in dezelfde omstandigheden die beslissing zou nemen.*

Een eigen beoordeling van de verzoekende partij over de gepaste strafmaat toont nog niet de onwettigheid van de bestreden beslissing aan. Het standpunt van de verzoekende partij dat de verwerende partij onvoldoende rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat het om de eerste inbreuk zou gaan en er geen sprake is van verzwarende omstandigheden toont niet de onwettigheid aan van de bestreden beslissing. Zelfs niet, nu het gegeven dat het om een eerste inbreuk zou gaan als voorbeeld van verzachtende omstandigheden wordt aangezien in het niet-bindend informatiedocument en onder verzwarende omstandigheden onder meer grove onachtzaamheid, duidelijk opzet en het ernstig hinderen van een medespeler in het betrokken veld worden vermeld. Uit artikel 228 van het mediadecreet volgt dat de verwerende partij de mogelijkheid heeft om een administratieve geldboete tot 125.000 euro op te leggen. Door een boete op te leggen van 25.000 euro heeft de verwerende partij dan ook allesbehalve de zwaarst mogelijke geldboete opgelegd, maar slechts een gedeelte van wat wettelijk is toegestaan. De verwerende partij heeft hierbij, zoals gezien, rekening gehouden met het tijdstip van de uitzending en de ernst van de inbreuk. De feiten stellende tegenover de sanctie, toont de verzoekende partij niet aan dat de verwerende partij op die manier haar beoordelingsvrijheid te buiten is gegaan” (eigen cursivering).⁶¹

De Raad van State gaat dus niet na of de sanctie gepast is, wel of deze onwettig is. Bovendien wordt in de eerste plaats gekeken naar het feit dat de bestuurlijke overheid met alle relevante elementen heeft rekening gehouden. De Raad van State schrijft zich dus in het beoordelingskader van het bestuur in, eerder dan van een eigen beoordelingskader te vertrekken.⁶²

⁶¹ RvS 24 november 2014, nr. 229.281, NV SBS Belgium, §26. Zie tevens RvS 7 augustus 2017, nr. 238.936, Hadad, §21 e.v.

⁶² De Raad van State zelf, hierin gevolgd door het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie, gaat er echter wel vanuit dat zijn toetsing beantwoordt aan art. 6 EVRM. Zie RvS 28 februari 2017, nr. 237.514, Verbeke, §12.; RvS 8 maart 2016, nr. 234.060, nv Thomas

33. Andere bestuurlijke rechtscolleges gaan vaak verder. We verwijzen hier bijvoorbeeld naar de rechtspraak van de Kamer van eerste aanleg en de Kamer van beroep, administratieve rechtscolleges binnen de Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle (DGEC).⁶³ Deze rechtscolleges spreken zich o.m. uit over administratieve geldboetes die worden opgelegd door de Leidend ambtenaar in geval van onregelmatigheden bij de verstrekkingen die door zorgverleners aan de GVV-verzekering worden aangerekend. De Kamer van eerste aanleg beoordeelt niet of een administratieve geldboete al dan niet kennelijk onredelijk is, wel of deze correct, oordeelkundig of passend werd begroot.⁶⁴ Ook het Marktenhof hanteert ten aanzien van sanctiebeslissingen van regulatoren in de regel een volle redelijkheidstoets.⁶⁵

34. Ofschoon dus sommige factoren nopen tot een intensievere toetsing of zelfs een volle redelijkheidstoets, is het duidelijk dat een werkelijk opportunitestoezicht is uitgesloten. Een rechter kan enkel vaststellen dat een bestuurlijke overheid in de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid een fout of machtsoverschrijding heeft begaan, zonder zijn beoordeling van de opportuniteit in de plaats te stellen.⁶⁶

35. Naar aanleiding van de omzetting van de richtlijnen 2009/72/EG (betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit) en 2009/73/EG (betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas) in de Belgische rechtsorde was er eerst nog sprake van een be-

Cook Airlines, §32 e.v.; GwH 18 februari 2016, nr. 25/2016, §B.42; GwH 30 maart 2011, nr. 44/2011; Cass. 16 oktober 2009, AR C.09.0019.N.

⁶³ De Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle (DGEC) heeft, als een van de zes diensten van het RIZIV, de opdracht om de wettigheid na te gaan van de aangerekende geneeskundige verstrekkingen en de toekenning van de uitkeringen aan de verzekerden. In geval van inbreuken op de overtredingen op de socialezekerheidswetgeving beschikt de DGEC over de bevoegdheid onterecht uitgekeerde bedragen terug te vorderen en administratieve sancties op te leggen.

⁶⁴ Zie hierover P.-J. VAN DE WEYER en S. LIERMAN, “Rechten van verdediging in een administratieve sanctieprocedure bij de Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle”, *T.Gez.* 2017, afl. 4, (236) 246 e.v.

⁶⁵ Brussel 24 september 2015 (20^e kamer), nr. 2013/SF/3, 5 en 6, *DAOR* 2015, afl. 4, 48, §253; Brussel 29 november 2011, nr. 2010/SF/2, §25. 23. In sommige gevallen wordt evenwel een onderscheid gemaakt tussen de beslissing m.b.t. het al dan niet bestaan van de inbreuk – overheid heeft een appreciatiemarge (zie bijv. Marktenhof 28 juni 2017, nr. 2016/MR/2, §24) – en de beslissing om al dan niet een (bepaalde) sanctie op te leggen – overheid heeft geen appreciatiemarge (zie bijv. Brussel 2 februari 2009, nr. 2005/MR/3, §45).

⁶⁶ GwH 8 mei 2014, nr. 74/2014, §B.7.3.; Cass. 12 december 2003, AR C.00.0578.F; Cass. 10 juni 1996, AR S.95.0114.F.

voegdheidsuitbreiding van het Marktenhof naar een toezicht op de opportuniteit van de beslissingen van de CREG. Dit vormde een compensatie voor het feit dat de CREG niet langer onderworpen kan worden aan een bestuurlijk toezicht. De Afdeling wetgeving van de Raad van State was echter bijzonder kritisch en beoordeelde zulke bevoegdheidsuitbreiding zowel onverenigbaar met het grondwettelijke principe van de scheiding der machten als met het Europese recht: “Het opdragen aan een rechtscollege van de toetsing van beslissingen aan ‘het algemeen belang’, aan ‘richtsnoeren’ en aan ‘doelstellingen van de regering’ is bezwaarlijk in overeenstemming te brengen met het beginsel dat rechtscolleges zich niet uitspreken over de opportuniteit van een bepaalde overheidsbeslissing en dat zij die beslissing enkel toetsen op haar verenigbaarheid met rechtsregels en algemene rechtsbeginselen. De voormelde toetsingsgronden zijn dan wel gebruikelijk binnen het kader van een administratief beroep tegen de betrokken beslissing bij een bepaald overheidsorgaan, dat op grond van andere beleidsinzichten een nieuwe beslissing kan nemen, maar zij zijn niet op hun plaats binnen een juridictioneel beroep bij een rechtscollege zoals het hof van beroep”.⁶⁷ De wetgever zag hier uiteindelijk van af.

Vraag 3 – Reflexwerking en vrijwillige adoptie

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

36. *Supra* bespraken we reeds het belang in het bestuursrecht van de beginselen van behoorlijk bestuur. Verschillende van deze beginselen zijn open normen. Hierbij kan o.m. gedacht worden aan het zorgvuldigheidsbeginsel, het fair play-beginsel en het voorzorgsbeginsel. In theorie kunnen deze beginselen gebruikt worden als hefboom om niet-direct werkende supranationale normen of *soft law* toch mee te nemen in de rechterlijke beoordeling. Tot op heden lijken bestuursrechtters evenwel principieel gekant tegen deze reflexwerking. Zo oordeelde de Raad van State reeds ten aanzien van een aangevoerde schending van het voorzorgsbeginsel op grond van het verdrag van Helsinki en de verklaring van Rio dat “verzoeker niet aan[toont] dat het voormelde beginsel een directe werking heeft in de Belgische rechtsorde. In zoverre verwezen wordt naar de resolutie inzake het voorzorgsbeginsel, houdt dit beginsel geen afdwingbare regelen in, doch enkel een algemeen principe dat nader moet worden uitgewerkt in direct afdwingbare normen”.⁶⁸

⁶⁷ Adv.RvS bij het Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 1725/1, 319-320.

⁶⁸ RvS 12 maart 2015, nr. 230.485, Petit.

Nochtans werd door diezelfde Raad van State in een schorsingsarrest van 6 maart 2000 ten aanzien van een vergunning voor de plaatsing van een GSM-mast het bestaan van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel mede gebaseerd op (niet-bindende) onderzoeken van de Wereldgezondheidsorganisatie. Uit deze onderzoeken bleek, aldus de Raad van State, dat de elektromagnetische straling voor mobiele telefonie schadelijk kon zijn voor de menselijke gezondheid.⁶⁹

37. In de context van de kennelijke onredelijkheidstest kunnen niet-direct werkende supranationale normen, *soft law* e.d.m. worden meegewogen bij het objectiveren van de redelijkheidsnorm. Het Marktenhof steunde bij de invulling van het redelijkheidsbeginsel ten aanzien van beslissingen van de Belgische Mededingingsautoriteit zo op de beslissingspraktijk van buitenlandse mededingingsautoriteiten.⁷⁰

38. Tot slot kan, los van het bestaan van een eventuele reflexwerking, niet voorbij worden gegaan aan de interactie tussen de verschillende niveaus van de meergelaagde rechtsorde. Zo zien we dat art. 6 EVRM op het nationale niveau ook buiten het strikte toepassingsgebied van procedures over burgerlijke rechten en verplichtingen of strafvervolgingen toepassing kan vinden. In de rechtsleer wordt in dit geval ook wel gesproken van vrijwillige adoptie.⁷¹ Het betreft vaste rechtspraak van het EHRM dat het asiel- en migratiecontentieux niet onder art. 6 EVRM ressorteert.⁷² Niettemin hield het Hof van Cassatie wel degelijk rekening met deze bepaling in een procedure waarin een vreemdeling schending opwierp van zijn rechten van verdediging bij een beslissing tot vrijheidsberoving in het kader van een uitwijzingsbevel.⁷³

Vraag 4 – Grondrechten en de invloed op de rechterlijke toetsing

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

39. Zoals aangehaald moet een rechter zich volgens het traditionele toetsingskader bij discretionaire bevoegdheden beperken tot een kennelijke onredelijkheidstest. De uitoefening van een discretionaire bevoegdheid kan evenwel een invloed hebben op de subjectieve rechten van personen. Subjectieve rechten corresponderen met (honderd ten honderd) gebonden bevoegdheden van de overheid. Gebonden en discretionaire bevoegdheden kunnen zo door elkaar lopen. Met betrekking tot de bevoegdheden van de CREG bepaalde de wetge-

⁶⁹ RvS 6 maart 2000, nr. 85.836, Baeten.

⁷⁰ Marktenhof 7 september 2016, nrs. 2015/MR/2 en 2016/MR/1, §65.

⁷¹ Zie bijv. de paper van Tom Barkhuysen, Roel Becker en Michiel van Emmerik in dit boek.

⁷² EHRM 5 oktober 2000, nr. 39652/98, Maaouia/Frankrijk, §36-37.

⁷³ Cass. 16 maart 2016, AR P.16.0281.F.

ver dat het niet gemakkelijk is om “de scheidingslijn te bepalen tussen de kwesties die afhankelijk zijn van de discretionaire maar gegronde uitoefening door de CREG van haar prerogatieven en (discretionaire) bevoegdheden en de kwesties over de schending van de subjectieve rechten van de personen die onderhevig zijn aan de controle van de CREG”.⁷⁴

40. Hierbij rijst de vraag naar de invloed op de rechterlijke toetsing. In de rechtsleer wordt geargumenteed dat de intensiteit van de toetsing zal verscherpen wanneer de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid fundamentele rechten en vrijheden raakt.⁷⁵ De vraag is of er volgens deze logica nog zoveel gevallen bestaan waarin wel degelijk een marginale controle moet worden aangehouden. Een objectief bestuursgeschil kan immers heel vaak geherformuleerd worden als een geschil dat handelt over, minstens een impact heeft op, een grondrecht: “*Or, le développement de cette logique des droits fondamentaux est tel qu’un nombre croissant de questions juridiques, jadis perçues comme tout à fait hétérogènes, peuvent désormais s’inscrire dans le schème commun d’une atteinte à ces droits*”.⁷⁶ De aanwezigheid van een subjectief (grond)recht lijkt dan ook op zich onvoldoende om een volle redelijkheidstoets te kunnen verantwoorden.

41. Bij de beoordeling van een herstelmaatregel in de context van stedenbouwkundige overtredingen beperken rechters zich tot een kennelijke onredelijkheidstoets. Het feit dat bij een herstel in de oorspronkelijke toestand er sprake is van een beperking van het eigendomsrecht, zoals beschermd in art. 1 EP, verandert hier niets aan.⁷⁷

42. In het asiel- en migratiecontentieux heeft een bestuursbeslissing vaak een weerslag op fundamentele rechten en vrijheden, in het bijzonder art. 2 EVRM (recht op leven), 3 EVRM (verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling) en/of 8 EVRM (recht op privé- en familielevens). In België werd het asiel- en migratiecontentieux toebedeeld aan een gespecialiseerd administratief rechtscollege: de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (RvV).

⁷⁴ Wetsontwerp tot “organisatie” van de mogelijkheden tot beroep tegen de beslissingen genomen door de Commissie voor de regulering van de Elektriciteit en het Gas, *Parl.St.* Kamer 2004-05, 8.

⁷⁵ D. LAGASSE, *L’erreur manifeste d’appréciation en droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1986, 169 e.v.; G. VAN HAEGENBORGH, “Hoofdstuk 7. De politionele bevoegdheden van de gemeenteraad, in *Recht in de gemeente, Gemeenteraad, Bevoegdheden*” in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeenteraad. Bevoegdheden*, Brugge, Die Keure, 2011, (395) 396.

⁷⁶ D. DÉOM, “Le pouvoir discrétionnaire: vieillard chancelant ou force vive du droit administratif” in X. (eds.), *Liber amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, (199) 205.

⁷⁷ Gent nr. 2017/NT/139, 6 oktober 2017.

Dit bestuurlijk rechtscollege beschikt in sommige gevallen over een substitutiebevoegdheid (beslissingen van de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen inzake het toekennen van asiel of subsidiaire bescherming), in andere gevallen enkel over een annulatiebevoegdheid (o.m. beslissingen inzake de toekenning van een visum lang of kort verblijf en verwijderings- of terugdrijvingsmaatregelen).⁷⁸

43. Wanneer de RvV zich in de plaats stelt van de bestuurlijke overheid is er logischerwijze sprake van een volle toetsing. Dit is anders in het annulatie-contentieux. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (RvV) vereist hier van de bestuurlijke overheid een volledig en rigoureuus onderzoek van het betrokken dossier: *“il revient à l'autorité administrative de se livrer, avant de prendre sa décision, à un examen aussi rigoureux que possible de la cause, en fonction des circonstances dont elle a ou devrait avoir connaissance”*.⁷⁹ Dit betekent echter niet noodzakelijk dat de RvV vervolgens overgaat tot een volle redelijkheidstoets.

44. Nu art. 8 EVRM zelf in de mogelijkheid voorziet dat het recht op een familieleven wordt beperkt, aanvaardt de Raad hier een zekere appreciatiemarge voor de overheid: “De Raad oefent slechts een wettigheidscontrole uit op de bestreden beslissing. Bijgevolg gaat hij na of verweerder alle relevante feiten en omstandigheden in zijn belangenafweging heeft betrokken en, indien dit het geval is, of verweerder zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat die afweging heeft geresulteerd in een ‘*fair balance*’ tussen enerzijds het belang van een vreemdeling bij de uitoefening van het familie- en gezins- dan wel privéleven hier te lande en anderzijds het algemeen belang van de Belgische samenleving bij het voeren van een migratiebeleid en het handhaven van de openbare orde. Deze maatstaf impliceert dat de Raad niet de bevoegdheid bezit om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. Bijgevolg kan de Raad niet zelf de belangenafweging doorvoeren”.⁸⁰

De RvV acht zich zo bevoegd om een beslissing te schorsen of te vernietigen wanneer de overheid bepaalde relevante elementen niet in overweging nam. In een arrest van 15 april 2016 sprak de RvV zich uit over de weigering van een visum in de zin van art. 10 Vw. aan een Iraakse vrouw en haar vier minderjarige kinderen wiens echtgenoot in België een subsidiair beschermingsstatuut had verworven. Volgens de verzoekster ging deze weigering in tegen haar recht op een familieleven zoals beschermd door art. 8 EVRM. De overheid had geoordeeld dat er al zes jaar geen sprake meer was van een familieleven. Volgens de

⁷⁸ Zie art. 39/2, §1 Vreemdelingenwet.

⁷⁹ RvV 15 april 2016, nr. 165.958, §2.3.2.

⁸⁰ RvV 27 februari 2018, nr. 200.413, §2.3.2. Zie ook RvS 26 juni 2014, nr. 227.900.

Raad werd hiermee geen rekening gehouden met enkele specifieke essentiële elementen uit het dossier o.m. het feit dat de echtgenoot gevlucht was uit zijn land van herkomst en bescherming had gekregen in België.⁸¹

45. Ook wat betreft de vraag of er sprake is van een risico op een schending van art. 3 EVRM – en hoewel het hier gaat om een absoluut recht – hanteert de RvV een kennelijke onredelijkheidstoets: *“s’agissant de la violation alléguée de l’article 3 de la CEDH, le Conseil rappelle au préalable que dans le cadre de son contrôle de légalité, il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle de la partie défenderesse mais uniquement de vérifier si celle-ci n’a pas tenu pour établis des faits qui ne ressortent pas du dossier administratif et si elle a donné desdits faits, dans la motivation tant matérielle que formelle de sa décision, une interprétation qui ne procède pas d’une erreur manifeste d’appréciation”*.⁸²

Zo wordt in eerste instantie rekening gehouden met procedurele elementen zoals de zorgvuldigheid van het gevoerde onderzoek. In een arrest van 27 februari 2018 oordeelde de RvV dat de verzoeker geen concrete, op zijn persoonlijke situatie betrokken feiten had aangebracht die een begin van bewijs zouden vormen dat zij bij terugkeer slachtoffer zou worden van een in art. 3 EVRM bedoelde handeling. De RvV nam hierbij in overweging “dat een mogelijke schending van artikel 3 EVRM reeds door de commissaris-generaal voor de vluchtelingen en staatlozen en de Raad werd onderzocht en werd vastgesteld dat er bij terugkeer naar het land van herkomst geen schending van artikel 3 EVRM aannemelijk werd gemaakt”.⁸³

Niettegenstaande de referentie naar een kennelijke onredelijkheidstest is er in de regel sprake van een doorgedreven rechterlijke controle. In lijn met de rechtspraak van het EHRM ziet de RvV strikt toe op de onderzoeksplicht van de overheid. Wanneer er sprake is van een reëel risico op een schending van art. 3 EVRM is de overheid verplicht om iedere twijfel weg te nemen omtrent een mogelijke blootstelling aan een door art. 3 EVRM verboden behandeling ten gevolge van de thans opgelegde vertrekverplichting.⁸⁴

De Raad zal een bestuursbeslissing vernietigen wanneer de bestuurlijke overheid geen rekening hield met bepaalde relevante elementen. In een arrest van 19 mei 2007 sprak de RvV zich uit over de weigering door de Staatssecretaris voor asiel en migratie van een machtiging tot verblijf in de zin van art. 9ter Vw. De

⁸¹ RvV 15 april 2016, nr. 165.958.

⁸² RvV 16 december 2016, nr. 179.627, §3.3.

⁸³ RvV 27 februari 2018, nr. 200.413, §2.2.2. Zie ook RvV 4 maart 2016, nr. 163.510, 10/19.

⁸⁴ RvV 27 februari 2017, nr. 183.022.

verzoekster was een hiv-patiënte en had in het land van herkomst – Kenia – geen familie om op terug te vallen. De staatssecretaris had zich gebaseerd op een medisch advies, uitgebracht door een ambtenaar-geneesheer. Hierin werd geconcludeerd dat de verzoekster de benodigde medische zorgen kon krijgen in de hoofdstad, Nairobi. Daarbij werd ervan uitgegaan dat de betrokkene zelf zou kunnen instaan voor de kosten die gepaard gaan met de noodzakelijke hulp, nu er geen bewijs van (algemene) arbeidsongeschiktheid voorlag. Volgens de RvV bleek echter niet dat bij het beoordelen van de beschikbaarheid en de (financiële) toegankelijkheid van de benodigde medische zorgen, *in casu* de toegang tot de arbeidsmarkt, rekening werd gehouden met het profiel van verzoekster als alleenstaande HIV-besmette vrouw en het risico op stigmatisering, hoewel de overheid kennis had van deze elementen, zoals bleek uit het administratief dossier. De bestreden beslissing werd dan ook vernietigd.⁸⁵

46. We kijken tot slot ook naar de rechtspraak van de Raad van State in de context van door de gemeentelijke overheid opgelegde politie maatregelen. De rechtsleer maakt hier traditioneel gewag van een intensere rechterlijke controle.⁸⁶ Deze politie maatregelen zullen in de regel ingrijpen op een bepaalde vrijheid (vrijheid van vereniging, vrijheid van meningsuiting, vrijheid van handel, enz.). In zijn proefschrift meende Lagasse reeds uit een arrest van de Raad van State van 3 januari 1968 te kunnen afleiden dat hier verder wordt gegaan dan een kennelijke onredelijkheidstoets.⁸⁷ In recente rechtspraak blijft de Raad van

⁸⁵ RvV 19 mei 2017, nr. 187.083.

⁸⁶ Zie bijv. G. VAN HAEGENBORGH, “Hoofdstuk 7. De politie bevoegdheden van de gemeenteraad, in *Recht in de gemeente, Gemeenteraad, Bevoegdheden*” in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *Gemeenteraad. Bevoegdheden*, Brugge, Die Keure, 2011, 395-96, nr. 533. Van Haegenborgh gaat niet zover om te zeggen dat er sprake is van een volle redelijkheidstoets. Hij maakt gewag van een uitgediepte objectieve redelijkheidstoets: “De toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel blijft inderdaad niet beperkt tot een marginale controle, maar krijgt een meer indringend karakter van zodra de betwiste maatregel een inbreuk maakt op de fundamentele rechten en vrijheden. Men zou kunnen stellen dat de zeer afstandelijke toetsing op kennelijke onevenredigheid meer en meer plaatsmaakt voor de minder afstandelijke toetsing op evenredigheid”.

⁸⁷ D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1986, 158. Er moet nochtans voor worden gewaakt om uit bepaalde formuleringen te snel conclusies te trekken. Het arrest had betrekking op een bij politie maatregel uitgesproken onbewoonbaarverklaring. Het klopt dat in de Franstalige versie van het arrest werd afgeweken van vroegere bewoordingen en niet werd gesproken over *kennelijke onredelijkheid*. In de Nederlandstalige versie wordt echter wel aangesloten bij de klassieke formulering: “[D]at de gegevens [...] niet hebben doen blijken dat de behoorlijk vastgestelde feitelijke situatie van zodanige aard is dat het in redelijkheid niet denkbaar voorkomt dat een met normale zorgvuldigheid te werk gaande overheid er zou kunnen toe komen om de bestreden maatregel als de bij de situatie passende en als de onvermijdbare last voor de

State echter vasthouden aan de ruime appreciatiebevoegdheid voor de overheid en de daarmee gepaard gaande kennelijke onredelijkheidstoets.⁸⁸

47. Niettemin vinden we ook verschillende voorbeelden terug waarin de Raad van State gebruik maakt van een eigen beoordelingskader en hierbij duidelijke richtlijnen uitvaardigt. In een arrest van 24 mei 2011 neemt het zo in overweging dat een algemeen sluitingsuur “de enige bij de situatie passende maatregel” betrof.⁸⁹ Het betreft vaste rechtspraak dat een blijvende, niet in tijd beperkte inperking van een individuele vrijheid enkel zal kunnen worden verantwoord door voldoende concrete gegevens die aantonen dat hetzelfde resultaat niet kan worden bereikt met een minder ernstige maatregel. In een arrest van 24 maart 2017 wordt geoordeeld: “*que de telles restrictions à la liberté du commerce et de l’industrie doivent demeurer dans les limites d’une juste proportionnalité au regard des désordres qu’il est nécessaire de prévenir; que les troubles constatés en l’espèce à l’occasion de l’activité nocturne des débits de boissons dans le quartier considéré n’en sont pas des conséquences intrinsèques ou inévitables, qui pourraient justifier des mesures de police de nature permanente; que, dès lors, en adoptant une disposition réglementaire destinée à demeurer applicable aussi longtemps que le conseil communal n’en décide pas autrement, la partie adverse a excédé ses pouvoirs*”.⁹⁰

48. Het is interessant dat het Hof van Cassatie, daarin gevolgd door de lagere rechters, aan lokale besturen een ruimere appreciatiemarge laat ten aanzien van politiemaatregelen. In tegenstelling tot de Raad van State verzet het Hof van Cassatie zich niet noodzakelijk tegen algemene sluitingsmaatregelen: “dat de bepalingen waarvan de schending wordt aangevoerd aan de gemeentebesturen het recht geven om ter verwezenlijking van de in die artikelen aangegeven doelstellingen de politiemaatregelen te nemen die zij daartoe het meest geschikt achten en met name, zoals ten deze, de maatregelen te nemen ten einde elke

particulier te beschouwen” (eigen cursivering) (RvS 3 januari 1968, nr. 12.745, *Arr.Cass.* 1968, 8).

⁸⁸ Zie bijv. RvS 13 oktober 2016, nr. 236.109, sprl Karnak, 9/13: “*que la requérante n’établit pas qu’en adoptant une mesure de fermeture partielle et temporaire, le bourgmestre aurait commis une erreur manifeste d’appréciation*”; RvS 15 mei 2014, nr. 227.421, BVBA Buka 2000, §16; RvS 17 september 2013, nr. 224.690, Galler; RvS 23 september 2010, nr. 207.515, Maertens, §21; RvS 16 september 1999, nr. 82.276, §3.3.2.; RvS 8 oktober 1997, nr. 68.735, VZW Ligue des droits de l’Homme.

⁸⁹ RvS 24 mei 2011, nr. 213.449, BVBA Solanis. Zie in dezelfde zin RvS 24 februari 1995, nr. 51.769, Hygo-Care. Zie ook S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER, J. GEENS, L. STORMS, K. GASTMANS en K. KEMPE, “Enkele recente ontwikkelingen in de rechtspraak en de regelgeving over algemene en bijzondere bestuurlijke politie” in S. LIERMAN (ed.), *Themis volume 84: Actualia gemeenterecht*, Brugge, die Keure, 2013, (69) 81.

⁹⁰ RvS 24 maart 2017, nr. 237.779, Amilcar. Zie ook RvS 25 mei 2000, nr. 87600, NV De Brug, 11/20.

verstoring van de openbare rust te voorkomen”.⁹¹

Vraag 5 – Omvang van de rechterlijke toetsing

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?

49. Hiervoor spraken we reeds over de intensiteit van toetsing die door de Belgische (bestuurs)rechters wordt gehanteerd (hoe?). Een andere vraag betreft de omvang van de rechterlijke toetsing (wat?). In principe kan de Belgische rechter zich over alle bestuursbeslissingen uitspreken, zowel in feite als in rechte.

50. Het is echter niet volledig duidelijk of de Belgische rechtspraak de theorie van de regeringsdaden (“*actes de gouvernement*”) onderschrijft. Dit uit Frankrijk stemmende leerstuk behelst dat sommige besluiten en handelingen omwille van hun beleidsmatig en politiek karakter niet onderworpen kunnen worden aan rechterlijk toezicht, noch bij de bestuursrechter, noch bij de gewone rechter.⁹² Hoewel deze rechtsfiguur in de rechtsleer sterk betwist is⁹³, lijkt de Raad van State in sommige arresten het bestaan ervan toch te erkennen.⁹⁴

51. De mogelijkheid van een rechter om zich uit te spreken over een bestuurshandeling kan wel beperkt worden door handelingen in de bestuurlijke procedure. Interessant is de trechterwerking die uitgaat van een bestuurlijke be-

⁹¹ Cass. 18 mei 1988, *Arr.Cass.* 1988, nr. 579. In dezelfde zin Cass. 4 maart 1998, *Arr.Cass.* 1998, nr. 117; Cass. 4 juni 1996, *Arr.Cass.* 1996, nr. 207. Zie ook S. PERIN, “Les interdictions générales et permanentes prévues par les règlements communaux de police au regard de la jurisprudence des juridictions judiciaires et du Conseil d’Etat”, *APT* 2018, afl. 3, 340; C. ROMBOUX, “Fermeture d’établissement” in X. (ed.), *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, 2013, F33/2, 3.

⁹² W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen deel, Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 409; S. EVERAERT, “Regeringsdaden naar Frans en Belgisch recht”, *TBP* 2002, 618; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Maklu, 2012, 1088-1089; J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid*, Brugge, die Keure, 2011, 298-299.

⁹³ Zo wordt o.m. gewezen op de spanning met het rechtsstaat-principe en art. 6 EVRM. Zie bijv. D. SPIELMANN, “Acte de gouvernement et droits fondamentaux” in X. (ed.), *Liber amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, 751.

⁹⁴ Zie bijv. RvS 11 mei 2015, nr. 231.185, Stassen (beslissing om gouverneur met pensioengerechtigde leeftijd in functie te houden); RvS 9 april 1998, nr. 73.027 (beslissing waarbij diplomaat persona non grata werd verklaard); RvS 4 november 1985, nr. 25.797 (afkondiging van een decreet). Zie nochtans RvS 10 juni 2002, nr. 107.561, Vandendorren: “dat het sterk politiek geladen karakter van Zijn beslissing geen reden is om te stellen dat ze buiten het toetsingsbereik van de Raad van State valt”.

roepsprocedure. In het kader van een georganiseerd bestuurlijke beroep is de wijze waarop verweer wordt gevoerd in de bestuurlijke fase potentieel bepalend voor het verdere verloop van de rechterlijke procedure. Hoewel de Raad van State in een arrest van 13 oktober 2003 aangaf dat er geen rechtsregel kan worden ontwaard die een persoon er van zou weerhouden middelen aan te voeren die hij niet heeft laten gelden in het kader van een georganiseerd administratief beroep⁹⁵, lijkt het inmiddels vaste rechtspraak dat een grief die kon worden voorgelegd aan de bestuurlijke beroepsinstantie niet voor het eerst voor de Raad van State kan worden aangevoerd, behoudens indien de grief de openbare orde raakt.⁹⁶

52. De Vlaamse decreetgever ging nog een stap verder. Met het decreet houdende wijziging van diverse bepalingen inzake ruimtelijke ordening, milieu en omgeving van 8 december 2017 (de zogenaamde ‘Codextrein’) werd in het Omgevingsvergunningsdecreet een voorwaarde toegevoegd voor een ontvankelijk bestuurlijk (art. 53, lid 2) of rechterlijk beroep (art. 105, §2, lid 3) tegen een beslissing over een omgevingsvergunning. Een bestuurlijk beroep en rechterlijk beroep was behoudens uitzondering enkel mogelijk voor diegenen die tijdens het openbaar onderzoek een gemotiveerd standpunt, opmerking of bezwaar hadden ingediend. De Vlaamse decreetgever wilde hiermee in de eerste plaats tot een doelmatigere besluitvorming en meer rechtszekerheid komen, waarbij het van belang was dat gegevens, argumenten en bewijsstukken in een zo vroeg mogelijk stadium van de procedure naar voren worden gebracht. Daarnaast moest deze procedurele trechter de burger responsabiliseren (beginselen van behoorlijk burgerschap).⁹⁷ In zijn arrest van 14 maart 2019 was het Grondwettelijk Hof evenwel van oordeel dat de Vlaamse trechter afbreuk deed aan de essentie van het recht op toegang tot de rechter en het proportionaliteitsbeginsel schond.⁹⁸

⁹⁵ RvS 13 oktober 2003, nr. 124.148, Mortier, §2.2.2.

⁹⁶ RvS 19 januari 2009, nrs. 189.536 en 189.537, Weyn; RvS 9 november 2011, nr. 216.204, de Neubourg; RvS 31 maart 2016, nr. 234.295, De Munck, §8: “dat de inhoud van het – noodzakelijk – gemotiveerde bezwaar bij de beroepscommissie in hoge mate bepalend is voor de grenzen van een eventuele latere vordering bij de Raad van State”. Zie ook J. GORIS, *Georganiseerde bestuurlijke beroepen. Naar een algemene theorievorming*, Brugge, die Keure, 2012, 507 e.v.

⁹⁷ Memorie van Toelichting bij het Ontwerp van decreet houdende wijziging van diverse bepalingen inzake ruimtelijke ordening, milieu en omgeving, *Parl.St.* VI.Parl. 2016-2017, nr. 1149/1, 147 e.v.

⁹⁸ GwH 14 maart 2019, nr. 46/2019.

Vraag 6 – Resultaat van de rechterlijke toetsing

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)?

53. Het scala aan mogelijkheden van een Belgische (bestuurs)rechter om te remediëren aan een vastgestelde onwettigheid is traditioneel eerder klein. Meestal zal een (bestuurs)rechter zich moeten beperken tot het annuleren of buiten toepassing laten van de onwettige bestuurshandeling. Op grond van art. 14, §1 RvS-wet dient de Raad van State onwettige akten en reglementen te vernietigen. Op grond van art. 159 Gw. moeten onwettige besluiten en verordeningen buiten toepassing worden gelaten. Enkel wanneer er sprake is van een gebonden bevoegdheid, wordt aanvaard dat een rechter zich in de plaats kan stellen.⁹⁹ In bepaalde gevallen kunnen rechters echter meer. We maken hier een onderscheid tussen een hervormingsbevoegdheid (“*pouvoir de réformation*”) en een substitutiebevoegdheid (“*pouvoir de substitution*”).¹⁰⁰

54. In geval van een hervormingsbevoegdheid is er geen sprake van een devolutive werking, maar van een “redenering in twee tijden”. In een eerste stap wordt de bestreden beslissing onderworpen aan een wettigheidscontrole. Pas wanneer er sprake is van een onwettigheid en de bestuursbeslissing dient te worden vernietigd, kan de rechter zich in de plaats stellen.¹⁰¹ Op basis van de wet op de gemeentelijke administratieve sancties (hierna: GAS-wet) bezitten de politierechtbank en de jeugdrechtbank de bevoegdheid om, na een tegensprekelijk en openbaar debat, de beslissing van de sanctionerend ambtenaar, waarbij een administratieve geldboete werd opgelegd, te bevestigen of te herzien (art. 31, §1, lid 4 GAS-wet). Eenzelfde redenering in twee tijden wordt gehanteerd door het Marktenhof.¹⁰²

⁹⁹ Cass. 26 juni 2015, D.13.0025.N; Cass. 10 juni 2013, AR S.12.0148.F. Zie ook Arbh. Antwerpen 23 april 2009, *Soc.Kron.* 2010, afl. 8, 436; Arbrb. Brussel 3 november 2011, *JLMB* 2012, afl. 31, 1497.

¹⁰⁰ Put maakt een onderscheid tussen een volledige substitutie en een moduleringsbevoegdheid. Zie J. PUT, “Administratieve boeten, verzachtende omstandigheden en volle rechtsmacht: contradicties in de rechtspraak van het Arbitragehof?”, *TBP* 2002, (675) 681, vn. 34.

¹⁰¹ C. SCHURMANS en X. TATON, “Questions actuelles de procédure en droit de la concurrence. A la recherche d'un système cohérent entre l'autorité de concurrence et l'ordre judiciaire”, in A. PUTTEMANS (ed.), *Actualité du droit de la concurrence*, Brussel, Bruylant, 2007, (19) 65-66, nr. 50.

¹⁰² P.-J. VAN DE WEYER, “De rechtspraak van het Marktenhof in het licht van het recht op een effectieve rechtsbescherming”, *TRNI* 2018, afl. 3, (155) 172.

55. Wanneer er in het kader van een substitutiebevoegdheid sprake is van een devolutieve werking kent de wetgever een rechter de bevoegdheid toe om het geschil in zijn geheel aan een nieuw onderzoek te onderwerpen, analoog aan de werking van een hoger beroep in het civiel procesrecht. Een rechter spreekt zich hierbij niet uit over een bestuursbeslissing, maar rechtstreeks over het onderliggende geschil.¹⁰³ Ongeacht of het beroep wordt ingewilligd dan wel verworpen, komt de eigen beslissing in de plaats van die van het bestuur.¹⁰⁴ We vinden zulke devolutieve werking terug bij Raad voor Vreemdelingenbetwistingen wanneer het zich uitspreekt over beslissingen van de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen inzake het toekennen van asiel of subsidiaire bescherming.¹⁰⁵

In de Belgische rechtscontext wordt de substitutiebevoegdheid van de rechter aangeduid als een bevoegdheid in volle rechtsmacht.¹⁰⁶ Dit mag niet worden verward met het begrip volle rechtsmacht (*full jurisdiction*) in de zin van art. 6 EVRM.

Kenmerkend aan de devolutieve werking is het feit dat middelen die betrekking hebben op procedurele onregelmatigheden (bijv. motiveringsplicht) in principe niet zullen worden aanvaard. Een rechter met substitutiebevoegdheid kan immers een geheel nieuwe beslissing nemen. Procedurele onregelmatigheden worden zo, voorzover zij geen schaduw werpen op de rechterlijke procedure, automatisch geneutraliseerd.¹⁰⁷

56. In het merendeel van de gevallen zal de (bestuurs)rechter zich echter moeten beperken tot het vernietigen of buiten toepassing laten van de bestreden beslissing. Niettemin heeft de tendens van finale geschillenbeslechting het laatste decennium ook in de bestuursrechtspraak zijn opgang gemaakt. Voorlo-

¹⁰³ RvS 28 november 2008, nr. 188.309, OCMW Bierbeek, §4.

¹⁰⁴ Zie bijv. de rechtspraak van de Raad van State m.b.t. de bevoegdheid van de Kamer van Eerste Aanleg en de Kamer van Beroep (d.i. een rechterlijke instantie) van de DGEC ten aanzien van beslissingen van de Leidend ambtenaar en het Comité: RvS 14 februari 2013, nr. 222.509, Verbeke, §15; RvS 29 oktober 2007, nr. 176.303, Van Deun, §3.3.4.1. Zie ook P.-J. VAN DE WEYER en S. LIERMAN, “Rechten van verdediging in een administratieve sanctieprocedure bij de Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle”, *T.Gez.* 2017, afl. 4, 236.

¹⁰⁵ RvV 10 november 2016, nr. 177.384, §2.2.

¹⁰⁶ Zie ook art. 16, lid 2 RvS-wet waarin met de wetswijziging van 20 januari 2014 een definitie werd ingevoegd voor de internrechtelijke notie volle rechtsmacht.

¹⁰⁷ Zie bijv. RvS 2 maart 2001, nr. 93.713, 6/15; RvS 16 februari 2001, nr. 93.325, 14/21; RvS 19 mei 1995, nr. 53.397, Stevens, §6.3.1.

per was hier de Vlaamse Raad voor Vergunningsbetwistingen.¹⁰⁸ Met de wet van 20 januari 2014 kreeg echter ook de Raad van State verschillende nieuwe bevoegdheden, naast de traditionele annulatiebevoegdheid. Hoewel in de parlementaire overwegingen niet naar art. 6 EVRM of art. 13 EVRM wordt verwezen¹⁰⁹, wordt in de rechtsleer dit verband wel gelegd.¹¹⁰ Ook de Raad van State verwees reeds naar de link tussen de efficiëntie van de procedure en een daadwerkelijke rechtsbescherming.¹¹¹

57. Sinds de wetwijziging kan de Raad van State de rechtsgevolgen van een vernietigd (individueel) besluit in stand laten (art. 14^{ter} RvS-wet).¹¹² Daarnaast kan hij voortaan op grond van art. 35/1 RvS-wet op verzoek van één van de partijen in de motieven van het vernietigingsarrest de maatregelen verduidelijken die genomen moeten worden om de onwettigheid die geleid heeft tot de nietigverklaring te verhelpen.¹¹³ De Raad van State kan evenwel nog een stap verder gaan en in het dispositief de bestuurlijke overheid verplichten om bepaalde handelingen te stellen (positieve injunctie) of bepaalde handelingen niet te stellen (negatieve injunctie) (art. 36 RvS-wet). De injunctie moet wel steeds uit het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest voortvloeien.¹¹⁴ Om de naleving van een injunctie af te dwingen, kan de Raad van State een dwangsom opleggen.¹¹⁵ Een notoir voorbeeld vinden we in het reeds aangehaalde arrest van 13

¹⁰⁸ Zie het Decr.VI. Parl. 6 juli 2012 houdende wijziging van diverse bepalingen van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening, wat de Raad voor Vergunningsbetwistingen betreft, *BS* 24 augustus 2012, 50.702.

¹⁰⁹ In de Memorie van toelichting wordt enkel gesproken over het verbeteren van de procedure bij de Raad van State. Zie Wetsontwerp houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 2277/1, 2-3.

¹¹⁰ J. GOOSSENS, “De opmars van finale geschillenbeslechting in rechtsvergelijkend perspectief” in X. (eds.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Kluwer, 2016, (417) 420; G. DEBERSAQUES en S. VERBEYST, “De omrekening van de Europeesrechtelijke ‘daadwerkelijke rechtsbescherming’ in het Belgisch vreemdelingenrecht”, *T.Vreemd.* 2014, (202) 209.

¹¹¹ RvS 30 juni 2016, nr. 235.295, VZW Milieufrent Omer Wattez, §11.

¹¹² Hiervoor was hetzelfde reeds mogelijk voor reglementaire rechtshandelingen.

¹¹³ Deze vingerwijzigingen maken geen deel uit van het dispositief. Ook voor de aanname van deze expliciete bevoegdheid gaf de Raad van State soms reeds aanwijzingen. Zie S. LUST, *Integraal rechtsherstel door administratieve rechtscolleges*, Brugge, die Keure, 2016, 35.

¹¹⁴ Bijkomende herstelmaatregelen zijn niet mogelijk wanneer de vernietiging van de bestreden bestuurshandeling reeds een integraal rechtsherstel meebrengt. Zie S. LUST, *Integraal rechtsherstel door administratieve rechtscolleges*, Brugge, die Keure, 2016, 43.

¹¹⁵ De injunctiebevoegdheid en de dwangsomprocedure werden met de wetwijziging van 20 januari 2014 van elkaar losgekoppeld. Voorheen kon de Raad van State enkel van de injunctiebevoegdheid gebruik maken in het kader van een dwangsomprocedure. Zie A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het*

november 2012 waarin de Raad van State een klassenraad onder dwangsom verplichtte de betrokken leerling een A-attest uit te reiken.¹¹⁶

Wanneer de nieuw te nemen beslissing het gevolg is van een gebonden bevoegdheid van de overheid, treedt het arrest in de plaats van die beslissing (art. 36, §1, lid 2 RvS-wet). Zowel de wetgever als de rechtsleer wijzen er op dat dit laatste geval zich niet vaak zal voordoen.¹¹⁷ De Raad van State kan zich immers niet uitspreken over subjectieve rechten.¹¹⁸ Wanneer dit rechtscollege bevoegd is, zal er steeds sprake zijn van een discretionaire bevoegdheid. Substitutie is enkel mogelijk wanneer in een bepaalde feitelijke context de appreciatiemarge tot nul is gereduceerd en er *de facto* slechts één beslissing genomen kan worden (feitelijke of *a posteriori* gebonden bevoegdheden).¹¹⁹ Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de nieuw te nemen beslissing niets anders dan een weigeringsbeslissing kan zijn omdat de gevraagde milieuvergunning in strijd is met de geldende bestemmingsvoorschriften.¹²⁰

58. Het was initieel tevens de bedoeling van de wetgever om de Raad van State een hervormingsbevoegdheid te verlenen op vlak van administratieve geldboetes. Volgens het voorontwerp van wet zou aan art. 16, lid 1 RvS-wet een 2° worden toegevoegd waardoor de Raad van State met volle rechtsmacht uitspraak zou doen ten aanzien van “de beroepen inzake de administratieve geldboeten, indien de beslechting ervan bij de wet niet aan een ander rechtscollege is toegewezen”.¹²¹ Hoewel hier in de parlementaire stukken niet wordt naar verwezen, ligt het voor de hand dat de inspiratie gevonden werd in art. 8:72a van de Nederlandse Awb.

Belgisch administratief recht, Mechelen, Maklu, 2012, 1350. De dwangsom kan niet reeds in het annulatiearrest worden opgelegd. Het moet vaststaan dat de overheid in gebreke blijft een op haar rustende verplichting uit te voeren.

¹¹⁶ RvS 13 november 2012, nr. 221.394, Peeters.

¹¹⁷ Wetsontwerp houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 2277/1, 27; S. LUST, *Integraal rechtsherstel door administratieve rechtscolleges*, Brugge, die Keure, 2016, 45.

¹¹⁸ Enkele uitzondering betreft het recht op schadevergoeding dat uit een vastgestelde onwettigheid voortvloeit (art. 11 *bis* RvS-wet).

¹¹⁹ De Raad van State spreekt zelf van een discretionaire bevoegdheid die “verdampt, versmald, opgebruikt is” (RvS 21 januari 2016, nr. 233.573, De Vos).

¹²⁰ RvS 9 juli 2015, nr. 231.918, Jacobs. Zie voor meer voorbeelden: K. LEUS, “Finale geschillenbeslechting in het vernietigingscontentieux: verduidelijkingen, injuncties en dwangsom – evoluties?”, *TBP* 2017, afl. 7-8, (437) 451 e.v. Alvorens gebruik wordt gemaakt van de substitutiebevoegdheid dient de bestuurlijke overheid wel een kans te hebben gehad om zich over de kwestie (RvS 26 februari 2016, nr. 233.955, nv Finki).

¹²¹ Wetsontwerp houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2277/1, 73.

De Afdeling wetgeving van de Raad van State had hierbij enkele opmerkingen.¹²² Zo valt het op dat het voorontwerp enkel naar bestuurlijke geldboetes verwijst en niet, meer algemeen, naar bestuurlijke sancties. Bestuurlijke sancties die geen geldboete zijn, zouden dus onder de annulatiebevoegdheid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State blijven vallen. De Regering gaf hierbij als verantwoording dat het met andere maatregelen – bijv. de sluiting van een inrichting – niet steeds duidelijk is of het gaat om een straf in de zin van art. 6 EVRM. Hetzelfde kan echter gezegd worden van pecuniaire maatregelen, waarbij een herstelvergoeding niet steeds makkelijk te onderscheiden is van een geldboete.¹²³

De wetgever besloot uiteindelijk om de toevoeging van een 2° aan art. 16 RvS-wet volledig te schrappen. In het uiteindelijke wetsontwerp vinden we hier niets meer van terug. Wel werd aan art. 16, lid 1 RvS-wet een 8° toegevoegd dat bepaalt dat de afdeling bestuursrechtspraak uitspraak doet in volle rechtsmacht over beroepen die in deze zin aan de Raad van State werden toegewezen.

Besluit

59. Met de overgang na de Tweede Wereldoorlog van nachtwakersstaat naar sociale verzorgingsstaat namen de bevoegdheden van de administratie, alsook de invloed van overheidsoptreden in private relaties, gevoelig toe. Parallel aan deze evolutie steeg de aandacht voor rechtsbescherming, zowel wat betreft de normen waaraan bestuurlijke overheden onderworpen zijn, als de controle op deze normen.

60. De verplichting van behoorlijk handelen kreeg o.m. weerklink in de beginselen van behoorlijk bestuur die sinds de jaren '70 opgang maakten in het Belgische bestuursrecht. Inmiddels moeten bestuurlijke overheden zo rekening houden met een scala aan procedurele en inhoudelijke ongeschreven normen. Traditioneel is het uitgangspunt dat deze normen in de hiërarchie boven reglementaire besluiten staan, maar steeds ondergeschikt zijn aan formele wetgeving. Voor inhoudelijke beginselen wordt deze regel al langer betwist. Onder invloed van art. 6 EVRM en art. 47 EU-Handvest moet echter ook de wettelijke waarde van procedurele beginselen worden genuanceerd. Sommige rechtscolleges gaan zover om de beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks uit art. 6

¹²² Adv.RvS bij het Wetsontwerp houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedure-regeling en de organisatie van de Raad van State, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2277/1, 101 e.v.

¹²³ De Afdeling wetgeving vermeldt in dit kader ook de onduidelijkheid wanneer een administratieve geldboete wordt opgelegd samen met een andere administratieve sanctie.

EVRM af te leiden.

61. Het traditionele kader voor de rechterlijke toetsing van bestuurshandelen is gebaseerd op het onderscheid tussen gebonden bevoegdheden en discretionaire bevoegdheden. Gebonden bevoegdheden kunnen vol worden getoetst, discretionaire bevoegdheden enkel marginaal. Of er sprake is van een gebonden of discretionaire bevoegdheid is dan afhankelijk van de vraag of een bestuur in een bepaalde casus een appreciatiemarge bezit.

62. Dit traditionele toetsingskader geeft echter een te simplistisch beeld. In sommige gevallen gaat een rechter die zich moet uitspreken over discretionaire bestuursbeslissingen immers verder dan een kennelijke onredelijkheidstest. Hoewel vaak een verantwoording ontbreekt identificeerden we drie elementen die in dit verband een rol kunnen spelen: een recalcitrante overheid, de aanwezigheid van fundamentele rechten en vrijheden en de invloed van supranationale normen (art. 6 EVRM-art. 47 EU-Handvest).

63. In de regel beschikt een (bestuurs)rechter enkel over de mogelijkheid om een onwettige bestuursbeslissing te annuleren of buiten toepassing te laten. In een minderheid van de gevallen voorziet de wetgever echter in een hervormingsbevoegdheid of substitutiebevoegdheid.

Het laatste decennium kent de bestuursrechtspraak bovendien een trend naar finale geschillenbeslechting. In navolging van de Vlaamse Raad voor Vergunningsbetwistingen kreeg de Raad van State verschillende nieuwe bevoegdheden, naast de traditionele annulatiebevoegdheid.