

Jurisdictionele rechtsbescherming: monistische droom en dualistische realiteit¹

Dierk Verbiest

Kamervoorzitter Raad van State

1. VOORAF

1. Enige tijd geleden² bespraken we de jurisdictionele rechtsbescherming tegen de overheid en stelden daarbij vast dat bij de pleidooien voor monisme – fusie van gewone en administratieve rechtscolleges – kritische kanttekeningen pasten. Sedert die publicatie is in het betrokken domein in de Belgische rechtsorde merkwaardigerwijze al heel wat geëvolueerd: nieuwe administratieve rechtscolleges zagen het licht, bruggen werden geslagen tussen de gewone en de administratieve rechtscolleges, er ontstonden onverwachte laterale effecten en nogal wat nieuwe of hernieuwde intenties betreffende hervormingen van het justitiële apparaat werden geuit. Tijd dus voor een actualisatie. De vraag is of onze toenmalige voorzichtige conclusie, dat het monisme niet zo dwingend noodzakelijk was als soms werd betoogd, daarbij stand kan houden.³

2. In het door ons uitgeoefend ambt van zetelend lid van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State worden wij zelf vaak voor enkele van de problemen gesteld die voortvloeien uit het bestaan van twee jurisdictionele ordes. De Raad van State moet zich immers onder de controle van het Hof van Cas-

satie inpassen in de rechtsmachtverdeling door de artikelen 144-145 van de Grondwet vastgelegd, daarbij gestuurd door het jurisprudentieel criterium van het werkelijk en rechtstreeks voorwerp. Bovendien ziet het Hof van Cassatie ook toe of de verwerende partij in het annulatiecontentieux wel degelijk de in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bedoelde “administratieve overheid” is.⁴

Hierna zal aandacht gaan naar het voormelde attributieprobleem en enkele andere kwalijke kanten van het dualisme, vooral waar het de nieuwste manifestaties ervan betreft.⁵ Daarbij zal herhaaldelijk de vraag rijzen of de bestrijdingswijze noodzakelijkerwijze de radicale remedie van het monisme moet zijn. Overigens zou men in de Belgische context beter van pluralisme in plaats van dualisme gewagen⁶, alleen reeds omdat de administratieve rechtscolleges niet de enige zijn die voor de jurisdictionele rechtsbescherming tegen de overheid instaan. De term “dualisme” is echter dermate mondgemeen, dat die term hierna wordt aangehouden.^{7 8}

¹ De auteur is kamervoorzitter in de Raad van State en docent aan de Hogeschool Gent. Deze bijdrage is in persoonlijke naam geschreven en verbindt alleen hemzelf. Dank aan dr. K. MEERSCHAUT en Th. MAES, attachés-juristen bij de Raad van State, voor hun ondersteuning bij de totstandkoming van deze bijdrage.

² D. VERBIEST, “Jurisdictionele rechtsbescherming tegen de overheid: is monisme de remedie?”, *RW* 2003-04, 1241-1259 (hierna verkort D. VERBIEST, “Jurisdictionele rechtsbescherming”).

³ In de zeventenwintig lidstaten van de Europese Unie is het – dualistische – model met administratieve rechtscolleges overigens majoritair: R. ANDERSEN, “Monisme ou dualisme juridictionnels. Un vrai ou un faux dilemme?” in *Vigilantibus ius scriptum, Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Brugge, Die Keure, 2007, 17 (hierna verkort R. ANDERSEN, “Monisme”); Y. AGUILA, “La justice administrative, un modèle majoritaire en Europe. Le mythe de l’exception française à l’épreuve des faits”, *AJDA* 12 februari 2007, 290-294 (hierna verkort Y. AGUILA, “La justice”): 15 EG-lidstaten hebben een autonoom hoogste administratief rechtscollege.

⁴ De beslissing dat een verwerende partij administratieve overheid is, moet onder meer inzake overheidsopdrachten frequent worden genomen, helaas ook vaak in procedures bij uiterst dringende noodzakelijkheid: zie D. VERBIEST, “Overheidsopdrachten in de Raad van State: de dingen zijn niet wat ze schijnen”, *RW* 2005-06, 874-880, 878 (hierna verkort D. VERBIEST, “Overheidsopdrachten”). Zie ook randnummers 7 e.v.

⁵ Uitvoeriger voor de periode tot 2004 in D. VERBIEST, “Jurisdictionele rechtsbescherming”, 1246-1251.

⁶ Zie R. ANDERSEN, “Monisme” en “Monisme(s) ou dualisme(s) juridictionnel(s)?” in *Revue européenne de droit public*, volume 12, nr. 2, zomer 2000, Londen, Esperia, 415. In hetzelfde volume: P. NIHOUL, “Monisme(s) ou dualisme(s). Réflexions générales sur le système belge”, 597.

⁷ D. VERBIEST, “Jurisdictionele rechtsbescherming”, 1246 e.v. Overzicht van het debat tussen monisten en dualisten vindt men bij A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2006, nrs. 851 e.v. (hierna verkort A. MAST, *Overzicht*).

⁸ De lezer mag ervan overtuigd zijn dat onze reeds geuite voorkeur voor een gerenoveerd dualisme niet is ingegeven door een onvoorwaardelijke verheerlijking van de eigen werkring: we zien ons ook wel functioneren als bestuursrechter-lid van een eengemaakt hoogste rechtscollege – met bijvoorbeeld een afdeling “Raad van State”, naast een Grondwettelijk Hof en

2. OUD EN NIEUW ZEER

2.1. De rechtsmachtverdeling

2.1.1. Algemeen

3. De huidige Grondwet maakt, wat de organisatie van de rechtbanken betreft, melding onder meer van het Grondwettelijk Hof, van het Hof van Cassatie en de gewone rechtbanken, van de Raad van State en de administratieve rechtbanken. Aan het Hof van Cassatie wordt de status van attributierechter toegekend (artikel 158: “Het Hof van Cassatie doet uitspraak over conflicten van attributie, op de wijze bij de wet geregeld”).⁹ Wat de rechtsgeschillen betreft, vertrouwt de Grondwet deze over burgerlijke en politieke rechten toe aan de gewone rechter, maar geeft de wetgever de mogelijkheid geschillen over politieke rechten ook door administratieve rechtscolleges te laten beslechten (artikelen 144 en 145). Jurisprudentieel is beslist dat met die bepalingen alle rechten onder de ene of de andere categorie moeten worden ondergebracht.¹⁰

Het jurisdictioneel dualisme steunt van bij het ontstaan van de Belgische staat op de wil van de Grondwetgever (artikelen 92 en 93 van de oorspronkelijke Grondwet), zij het dat deze er in 1831 alle vertrouwen in had dat de gewone rechtbanken de uitvoerende macht in alle onafhankelijkheid aan een volledige rechtmatigheidscontrole zouden onderwerpen. Zulks is ijdele hoop gebleken, wat uiteindelijk noopte tot de oprichting van de Raad van State bij gewone wet in 1946 zonder dat de bevoegdheden van de ge-

→ een Hof van Cassatie als de andere twee afdelingen. Zes EG-lidstaten kennen een model van een hoogste rechtscollege dat een gespecialiseerde “administratieve” afdeling bevat, namelijk Spanje, Estland, Hongarije, Letland, Roemenië en Slowakije: zie AGUILA, “La justice”, 291. In Nederland werd reeds voorgesteld om de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State om te vormen tot een sector bestuursrecht van het Gerechtshof ’s-Gravenhage en in de Hoge Raad een bestuursrechtkamer in te richten: P. DE HAAN, “Compromisvoorstel integratie rechterlijke macht – Naar een verdeling van de hogere bestuursrechtspraak over de gerechtshoven”, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2005 (215-220) 219.

⁹ Grondwet, titel III, hoofdstukken V, VI en VII.

¹⁰ Cass. 21 december 1956, *Pas.*1957, I, 430. De “organieke” optie, namelijk dat indien de wetgever een andere dan de gewone rechter bevoegd maakt om over een recht uitspraak te doen, dit recht als een politiek recht moet worden gekwalificeerd, wordt niet gedeeld door het Grondwettelijk Hof, dat veeleer een materieel criterium hanteert wanneer het nagaat of de wet terecht op impliciete wijze de betrokken rechten als politieke rechten heeft aangemerkt: zie A. MAST, *Overzicht*, nr. 865. Zie bijvoorbeeld GwH 27 mei 2008, nr. 81/2008, overweging B.18.2.: een betwisting omtrent de hoedanigheid van vluchteling heeft betrekking op een politiek recht, omdat ter zake de overheid optreedt in uitvoering van een functie die in een dergelijke verhouding staat tot de prerogatieven van het openbaar gezag van de Staat, dat zij zich buiten de werkingsfeer bevindt van de gedingen van burgerlijke aard in de zin van artikel 144 van de Grondwet.

wone rechtbanken daarbij werden gewijzigd en waarbij het Hof van Cassatie meester bleef van de verdeling van de rechtsmacht. Bij de opname in 1993 van de Raad van State in de Grondwet is niet nagedacht over de verdeling van de rechtsmacht tussen de Raad en de gewone rechterlijke orde.¹¹ Als de wetgever andere “geschillen” – dan die betreffende rechten – regelt, wordt verondersteld dat deze buiten de dichotomie van de voormelde artikelen 144 en 145 vallen. De annulatiegeschillen bij de Raad van State worden als een voorbeeld daarvan beschouwd en worden als “objectieve geschillen” ondergebracht in artikel 146 van de Grondwet.¹²

De artikelen 33 en 34 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State (hierna: RvS-wet) regelen attributieconflicten tussen de gewone rechtbanken en de Raad van State door een voorziening in cassatie mogelijk te maken tegen bepaalde arresten van de Raad van State. Artikel 34 betreft het “reëel” attributieconflict, dat rijst wanneer zowel de gewone rechter als de Raad van State zich beide onbevoegd of beide bevoegd verklaren om van dezelfde eis kennis te nemen. Zulks doet zich vrijwel niet voor.¹³ Artikel 33 betreft het “potentieel” attributieconflict en beperkt de voorziening in cassatie door ze toe te staan tegen arresten en beschikkingen over de toelaatbaarheid van cassatieberoepen “waarbij de afdeling bestuursrechtspraak beslist van de eis geen kennis te kunnen nemen op grond dat die kennisneming binnen de bevoegdheid der rechterlijke macht valt, alsmede [...] afwijzend beschikt op een declinatoire exceptie gesteund op de grond dat de eis tot de bevoegdheid van die overheden behoort”. Deze artikelen 33 en 34 zijn

¹¹ Het hele verhaal leze men bij B. LOMBAERT, F. TULKENS en A. VAN DER HAEGEN, “Cohérence et incohérence de la théorie de l’objet véritable et direct du recours”, in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Brugge, Die Keure, 2007, 20-25 (hierna verkort B. LOMBAERT, “Cohérence”). We kiezen in principe voor de bedoelde verdeling de term “rechtsmacht” boven “bevoegdheid”, zij het dat laatstgenoemd begrip dermate is ingeburgerd dat het soms niet te vermijden is.

¹² “Geen rechtbank, geen met eigenlijke rechtspraak belast orgaan kan worden ingesteld dan krachtens een wet. Geen buitengewone rechtbanken of commissies kunnen, onder welke benaming ook, in het leven worden geroepen”. Annulatiegeschillen zijn dus geen “subjectieve geschillen” die ressorteren onder de artikelen 144 en 145: zie A. MAST, *Overzicht*, nr. 1054; C. BERCKX, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2000, voetnoot 430. S. LUST betwijfelt zulks en stelt dat het annulatieberoep geen zuiver objectief beroep is, maar ook het herstel van subjectieve rechten tot voorwerp heeft: S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State in Administratieve Rechtsbibliotheek*, Brugge, Die Keure, 2000, 98 en 394 e.v. (hierna verkort S. LUST, *Rechtsherstel*).

¹³ M. LEROY, *Contentieux administratif*, Brussel, Bruylant, 2008, 1077 (hierna verkort M. LEROY, *Contentieux*); B. PEETERS, “Conflicten van attributie”, *RW* 1986-87, 1192.

genomen ter uitvoering van het hiervoor aangehaalde artikel 158 van de Grondwet.¹⁴

2.1.2. *Werkelijk en rechtstreeks voorwerp*

4. Van bij de oprichting van de Raad van State heeft de attributieregeling voor interpretatieproblemen gezorgd. Aangezien doorgaans wordt aangenomen dat aan gewone rechtbanken in principe de mogelijkheid is ontzegd een administratieve beslissing nietig te verklaren¹⁵, rees eerst de vraag of de bedoelde rechtsmachtconflicten mogelijk waren. Op grond van de leer van het werkelijk voorwerp van het beroep¹⁶ heeft het Hof van Cassatie een dergelijk conflict wel mogelijk geacht: de Raad van State heeft niet noodzakelijk rechtsmacht wanneer het beroep volgens zijn bewoordingen strekt tot de nietigverklaring van een beslissing van een administratieve overheid, maar het werkelijk en rechtstreeks voorwerp ervan de erkenning van een subjectief recht is, waarvan de bescherming tot de bevoegdheid van de gewone rechter behoort.

De Raad van State heeft zich naar deze ogenschijnlijk eenvoudige demarcatieregel gedragen maar deze nader ingevuld. Zo luidde het ooit: “[...] dat zowel het Hof van Cassatie als de Raad van State aannemen dat overeenkomstig wat genoemd wordt de leer van het werkelijke voorwerp, de Raad van State [...] slechts dan onbevoegd is wanneer de bestreden individuele handeling bestaat in de weigering van een administratieve overheid een verplichting na te komen die beantwoordt aan een subjectief recht van de verzoeker en wanneer bovendien het aangevoerde annulatiemiddel de schending is van de rechtsregel die deze verplichting vestigt; dat het huidige beroep noch wat het petitum noch wat de causa petendi betreft op

enige manier onder die omschrijving valt”.^{17 18} Voorts is binnen de Raad van State ook in de beslissingen die op grond van een gebonden bevoegdheid aanleiding gaven tot het ontstaan van een subjectief recht, soms het onderscheid gehanteerd tussen louter declaratieve en constitutieve beslissingen: slechts bij “volledig” gebonden bevoegdheid verklaarde hij zich zonder rechtsmacht: “Aldus valt de vraag te onderzoeken of de bestreden beslissing kan worden beschouwd als hetzij een beslissing genomen in de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid hetzij een beslissing genomen met toepassing van een gebonden bevoegdheid maar niettemin onontbeerlijk om het recht waar het over gaat te ‘constitueren’. Is ze één van beide, dan is ze vatbaar voor annulatieberoep bij de Raad van State. Is ze geen van beide, is ze niet meer dan een declaratieve handeling”.¹⁹

Het Hof van Cassatie blijkt echter het onderscheid tussen voormelde “petitum” en “causa petendi” niet te kennen en de Raad van State blijkt het ook al een tijd niet meer erg affirmatief te poneren.²⁰ Wel lijkt de Raad van State nooit een automatisme te heb-

¹⁴ M. LEROY, *Contentieux*, 1078; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Brussel, Larcier, 2008, 1137 (hierna verkort P. LEWALLE, *Contentieux*); B. PEETERS, supra voetnoot 13, 1199.

¹⁵ A. MAST, *Overzicht*, nr. 1036. S. LUST pleit wel voor die mogelijkheid (*Rechtsherstel*, 92). De arbeidsrechtbanken en fiscale kamers van de rechtbanken van eerste aanleg verklaren weliswaar reeds administratieve beslissingen nietig, maar bepalen vervolgens de rechten van partijen die eerst vastgesteld waren in bestuursbeslissingen. In het annulatiegeschil voor de Raad van State, objectief geschil, erkent de Raad juist geen rechten.

¹⁶ Gevestigd met twee arresten van 27 november 1952, Versteede en Vrindts, *Arr.Cass.* 1953, 164 e.v. Procureur-generaal CORNIL maakt in zijn conclusie bij het eerste arrest betreffende het dualisme al gewag van het “esoterisme der instellingen welke België zich heeft aangeschaft om de normale levensloop der burgers te waarborgen”. In de arresten luidt het telkens “dat bij het onderzoek naar de bevoegdheid er op het werkelijk voorwerp van het verhaal dient te worden gelet” en voorts, in het eerste arrest, dat het “verhaal dienvolgens de erkenning van gezegd burgerlijk recht bedoelt” en in het tweede arrest dat “de door het verzoekschrift opgeworpen betwisting een burgerlijk recht tot voorwerp heeft”.

¹⁷ RvS 30 september 1986, nr. 26.943, Broers. Of, nog vroeger: “dat de leer van het werkelijk voorwerp van een annulatieberoep, stoelend op de materiële rechtskracht van de motieven van het mogelijk, tengevolge van dat beroep te wijzen annulatiearrest, als criterium van bevoegdheid dienvolgens neemt, niet enkel het petitum van de vordering – zoals gewoonlijk gebeurt – maar daarbij ook betrekt de causa petendi, d.w.z. de aangevoerde vernietigingsgrond [...] dat een beroep tot vernietiging van een weigering [...] naar gelang de vernietigingsgrond [...] voor een deel wel en voor een deel niet binnen de bevoegdheid van de Raad van State zal kunnen vallen”: RvS 18 maart 1969, nr. 13.450, Marneffe.

¹⁸ P. LEWALLE maakt in 2008 nog dat onderscheid; hij beklemtoont wel dat de rechtspraak ter zake van de Raad van State nooit absoluut homogeen was en het criterium onzekerheid instelt: *Contentieux*, 730-731; hij geeft uitvoerige rechtspraak-overzichten in nrs. 442 e.v., en stelt vast dat de Raad van State zich enkel bij “volledig” gebonden bevoegdheid onthoudt. In de context van een “causa petendi” lijkt de Raad aldus kennis te mogen nemen van een beroep tegen een weigering om een verplichting na te komen, op voorwaarde dat de Raad slechts over middelen uitspraak doet, waarin schending wordt aangevoerd van regels betreffende procedures en bevoegdheid: B. LOMBAERT, “Cohérence”, 27. Een voorbeeld van dergelijke subtiele oefening – vraag naar de bevoegdheid van de Koning om over aanspraken op het emeritaat te beslissen en het verschil met een beslissing zelf over het emeritaatpensioen: RvS 10 december 1999, nr. 84.018, Dierick.

¹⁹ J. BORRET, *TBP* 1981, 492 – uittreksel uit auditoraatsverslag bij RvS 23 december 1980, nr. 20.838, vzw onderwijsinrichtingen van de Zusters van de Voorzienigheid. Hij verduidelijkt dat de declaratieve handeling een subjectief recht “niet doet ontstaan en evenmin ‘vestigt’ (of: en evenmin de rechtstitel vestigt die nodig is om het recht rechtens te kunnen doen gelden), doch alleen maar het bestaan ervan vaststelt, welke vaststelling juridisch wel niet zonder betekenis is, maar niet een zodanige juridische draagwijdte heeft dat zonder de declaratieve handeling de betrokkene zijn subjectief recht niet voor de gewone rechter kan doen gelden”. Zie ook voetnoot 24.

²⁰ B. LOMBAERT, “Cohérence”, 28. Hoewel de Raad van State zulks weer doet: zie voetnoot 28.

ben aangenomen tussen gebonden bevoegdheid en het bestaan van een subjectief recht, het Hof van Cassatie daarentegen – zeker sinds kort – wel.²¹

Dat laatste standpunt komt sterk tot uiting in het cassatiearrest C.06.0574 F van 20 december 2007. De zaak die daartoe heeft geleid, is tegelijk een recent treffend voorbeeld van de pijnlijk lange rechtsgang waartoe het Belgische dualisme, meer bepaald het hiervoor beschreven attributiespel tussen de Raad van State en het Hof van Cassatie, kan leiden.

In de betrokken zaak vraagt de verzoekster, met de Franse Gemeenschap als verwerende partij, bij de Raad van State de nietigverklaring van een beslissing van 17 februari 1995 waarbij zij, lagereschoolonderwijzeres, vanaf 31 augustus 1989 ter beschikking wordt gesteld wegens ziekte. Bij arrest nr. 65.658 van 26 maart 1997 wordt die beslissing door de Raad van State nietig verklaard, wegens de onbevoegdheid van de ambtenaar die deze beslissing had genomen. De Raad verwerpt eerst een exceptie waarin wordt betoogd dat het beroep geen voorwerp heeft, omdat de terbeschikkingstelling “van rechtswege” zou gebeuren en de bestreden beslissing een declaratief karakter zou hebben. De Raad stelt dat de overgang naar terbeschikkingstelling niet impliciet kan gebeuren en daartoe een uitdrukkelijke administratieve beslissing vereist is, geeft toe dat de administratie daarbij niet over een discretionaire bevoegdheid beschikt, maar stelt vast dat deze toch allerlei onderzoeken moet verrichten en aldus tot een rechtscheppende beslissing komt die ten aanzien van het personeelslid een nieuwe rechtstoestand doet ontstaan. De Raad besluit dat het beroep een voorwerp heeft.

Op 1 april 1997 wordt verzoekster opnieuw ter beschikking gesteld wegens ziekte. Die beslissing vecht verzoekster opnieuw aan voor de Raad van State. De verwerende partij werpt dezelfde exceptie op. Ditmaal stelt de Raad in zijn arrest nr. 106.968 van 24 mei 2002 kort dat in het voormelde arrest nr. 65.658 en in andere daaropvolgende arresten dergelijke exceptie is verworpen en geen enkel argument is aangebracht om de Raad op zijn rechtspraak te doen terugkeren. De bestuurlijke beslissing, die opnieuw rechtscheppend (“constitutive de droit”) wordt genoemd, wordt nietig verklaard, ditmaal wegens haar retroactief karakter.

²¹ B. LOMBAERT, “Cohérence”, 33. Er waren en zijn nog andere probleemgebieden: reglementaire akten met effecten op subjectieve rechten, de positie van een verzoeker die zelf geen titularis is van het subjectief recht dat is geschonden door de overheid en het al dan niet politiek karakter van de kwestieuze subjectieve rechten. Indien een politiek recht in het geding is, zoals het recht om toegang te hebben tot een openbaar ambt beheerst door een statuut, blijft de Raad van State in elk geval bevoegd, zelfs al zou de verzoeker een subjectief recht op de functie in kwestie hebben: RvS 25 februari 2009, nr. 190.776, Calbert.

Nu komt het Hof van Cassatie ten tonele: het vernietigt bij arrest nr. C.02.0361.F van 24 juni 2004 het laatstgenoemde arrest van de Raad van State. Volgens het Hof moeten arresten van de Raad van State het Hof van Cassatie in de mogelijkheid stellen om zijn controle uit te oefenen, hem toevertrouwd door artikel 33 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State²², en moeten ze in zich de motieven bevatten waarop de Raad steunt bij het oordelen over de declinatoire exceptie, ten minste de motieven tot de zijne maken van een andere beslissing in dezelfde zaak geweest. In de betrokken zaak is volgens het Hof van Cassatie zulks niet het geval: enkel is, volgens het Hof, verwezen naar motieven van een arrest, vreemd aan de zaak, en naar andere arresten die niet identificeerbaar zijn. Het Hof zendt de zaak terug naar de Raad van State opdat hij beslist over de declinatoire exceptie met een arrest dat het Hof van Cassatie toestaat zijn controle uit te oefenen.

De Raad van State oordeelt aldus opnieuw bij arrest nr. 162.544 van 19 september 2006. In analoge bewoordingen als in zijn voornoemd arrest nr. 65.658 verwerpt de Raad de exceptie en vernietigt opnieuw de bestreden beslissing, wegens haar retroactiviteit.

Het Hof van Cassatie wordt weer gevat: bij arrest nr. C.06.0574.F van 20 december 2007 volgt opnieuw een cassatie. Het Hof is nu uitvoerig: zo luidt het in de eerste plaats dat het bestaan van een subjectief recht veronderstelt dat de eiser zich beroept op een welbepaalde juridische verplichting die een regel van objectief recht rechtstreeks aan een derde oplegt en bij de nakoming waarvan die partij belang heeft. Voorts wordt gesteld dat, opdat een partij zich ten aanzien van de bestuurlijke overheid op een dergelijk subjectief recht zou kunnen beroepen, het vereist is dat de bevoegdheid van die overheid gebonden is. Het Hof van Cassatie besluit in de concrete omstandigheden van de zaak – te weten een terbeschikkingstelling van rechtswege wegens ziekte of gebrektheid – tot het bestaan van een gebonden bevoegdheid in hoofde van de overheid en meteen ook tot het bestaan van een subjectief recht in hoofde van de betrokken rechtsonderhorigen. Het bevindt het middel gegrond waarin onder meer als grief wordt aangebracht dat de discussies rond de voorwaarden van het betrokken recht toekomen aan de rechtbanken van de rechterlijke orde. Het Hof besluit zijn arrest met de overwegingen: “6. Door de afwijzing van de exceptie van onbevoegdheid te gronden op het discretionair karakter van die bevoegdheid van de administratie, verantwoordt het arrest zijn beslissing niet naar recht. In zoverre is het middel gegrond”. En in het beschikkend gedeelte luidt het dat de Raad van State “zich zal ge-

²² In de lijn van de gevestigde cassatierechtspraak: zie D. VERBIEST, “Jurisdictionele rechtsbescherming”, 1251-1252.

dragen naar de beslissing van het Hof over het beslechte rechtspunt”.²³

Opnieuw verwijst het Hof van Cassatie de zaak terug naar de Raad van State, die even aantoonde dat ook het Hof de nieuwste bepalingen betreffende het attributieconflict uit de gecoördineerde wetten op de Raad van State nog niet volledig meester is. In zijn arrest nr. 182.573 van 29 april 2008 besluit de Raad van State immers dat er geen reden meer is om uitspraak te doen. In de motivering wordt gesteld dat door het arrest nr. 162.544 van 19 september 2006 te vernietigen, met hetwelk de Raad zich rechtsmacht had toegedicht om over het annulatieberoep uitspraak te doen, het Hof van Cassatie noodzakelijkerwijze heeft geoordeeld dat de Raad niet bevoegd was om er kennis van te nemen. Onder verwijzing naar artikel 33, derde lid, van de voormelde wetten, zoals gewijzigd bij de wetten van 25 mei 1999 en 15 september 2006, toont de Raad van State aan dat er geen reden was om de zaak terug naar de Raad te verwijzen: de betrokken bepalingen voorzien enkel nog in een verwijzing ingeval de Raad van State zich zonder rechtsmacht verklaart, en niet in het geval van de betrokken zaak, waarin de Raad wel zijn rechtsmacht aannam.

5. Wat leert ons dit geschil waarover twee hoge rechtscolleges zich gedurende dertien jaar hebben gebogen?

In de eerste plaats lijkt het Hof van Cassatie de Raad van State zeker niet te volgen in zijn voormelde rechtspraak op grond waarvan binnen de beslissingen die met gebonden bevoegdheid worden genomen, er nog twee soorten te zijn onderscheiden.²⁴ Het Hof stelt immers dat de wijziging van de administratieve stand van het betrokken personeelslid “een administratieve beslissing vereist” maar wegens de daarbij gebonden bevoegdheid van het bestuur wordt de Raad toch onbevoegd verklaard. De Raad van State leek daarentegen lange tijd aan te nemen dat ook bij gebonden bevoegdheid zijn controle in beperkte mate nog mogelijk is: te dezen beoordeelde hij de rechtmatigheid van de beslissing zonder te raken aan het onderdeel ervan waarin de beslechting zelf van het geschil over het recht was vervat en hij controleerde aldus de bevoegdheid en het retroactief karakter van de genomen beslissing. In voormeld arrest nr. 65.658

gaat de Raad van State daarbij van de premisse uit dat een terbeschikkingstelling een beslissing is die “niet impliciet” kan gebeuren.²⁵ Mag nu uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie worden afgeleid dat een gewone rechter kan vaststellen dat er een terbeschikkingstelling “van rechtswege” voorhanden is, zonder dat enig bevoegd (!) bestuur zich al ooit over die rechtstoestand heeft uitgesproken met een beslissing betreffende de terbeschikkingstelling?²⁶

Voorts blijkt ook uit de voormelde gedingen dat partijen en rechtscolleges wel met iets meer duidelijkheid het attributieconflict mogen aanbrengen casu quo beslechten: in de oorspronkelijke exceptie werd immers niet expliciet gesteld dat een rechtbank van de rechterlijke orde rechtsmacht had, enkel dat het beroep geen voorwerp had, door de aard van de bestreden akte. Toch wel een omslachtige weg om een declinatoire exceptie aan te voeren, die in de bewoordingen van artikel 33, eerste lid van de RvS-wet gesteund is “op de grond dat de eis tot de bevoegdheid van die overheden [d.w.z. de rechterlijke overheden] behoort”. De Raad van State antwoordt dan telkens dat het beroep wel een voorwerp heeft. In het eerste van zijn hiervoor besproken arresten past het Hof van Cassatie zijn bestaande rechtspraak toe: de motivering laat het Hof niet toe zijn attributiecontrole uit te oefenen. Het Hof aanvaardde aldus wel impliciet en met weinig formalisme dat het uitspraak deed over een declinatoire exceptie – zo niet had het Hof immers geen rechtsmacht om de voorziening in cassatie te behandelen en ze te beslechten.²⁷

6. De saga is niet ten einde: recent heeft de Raad van State zich weer enkele algemene vergaderingen moeten getroosten om subtiele rechtsmachtbetwistingen te beslechten. De Raad diende zich aldus te buigen over beslissingen betreffende de rechtstoestand van een ambtenaar waarbij de bevoegdheid van de arbeidsrechtbank ter sprake kwam en de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij

²³ Analooq in het arrest van het Hof van Cassatie van dezelfde datum C.06.0596.F, betreffende het verlies van het recht op de wedde bij onregelmatige afwezigheid.

²⁴ In het arrest RvS 20 oktober 1997, nr. 68.790, Timmermans, luidt het nog formeel: “La circonstance que la compétence de l’administration est liée n’a pas nécessairement pour conséquence certaine de soustraire l’acte administratif à la compétence du Conseil d’État”. Indien het bestuur nog een appreciatiemarge heeft, is zijn bevoegdheid niet volledig gebonden: Cass. 16 januari 2006, C.05.0057.F.

²⁵ De “horizontale uitsplitsing” van het beslissingsproces rond een subjectief recht lijkt mogelijk: een eerste deel, mogelijk impliciet, wordt afgezonderd, namelijk waar het bestuur zich bevoegd verklaart om over het recht uitspraak te doen en is vatbaar voor toetsing door de Raad van State; dan wordt de fase onderscheiden waarin het bestuur uitspraak over het recht zelf doet. Een dergelijke uitsplitsing is in het administratief recht niet ongewoon: het “beslissingsproces” laat zich niet steeds vangen in een enkelvoudig moment: we kennen de rechtsfiguren van de complexe rechtshandeling, de afsplitsbare akte, de voorbereidende beslissing, de voorbeslissing.

²⁶ Neigt dat niet wat naar een “gouvernement des juges”?

²⁷ Het heeft er daarbij telkens enigszins de schijn van dat het Hof aan motievencontrole doet – als dusdanig niet expliciet toegestaan door de beperkende wetgeving die ten overstaan van de Raad van State cassatietoetsing gelijkstelt met en beperkt tot attributiecontrole.

de uitvoering van hun werk. De declinatoire exceptie werd verworpen.²⁸

2.1.3. Administratieve overheid – derdenbinding

7. Het Hof van Cassatie heeft niet enkel door middel van de leer van het werkelijk en rechtstreeks voorwerp het attributiesgeschil ingevuld zoals hiervoor beschreven, maar heeft bovendien ook steeds meer controle uitgeoefend op de wijze waarop de Raad van State artikel 14 van de RvS-wet interpreteerde, de bepaling op grond waarvan het slechts beslissingen van “administratieve overheden” zijn die voor nietigverklaring door de Raad van State in aanmerking komen.²⁹

2.1.4. Administratieve overheid en onderwijs

8. Specifiek in het domein van het onderwijs heeft deze controle zich op de geschetste tweevoudige wijze gemanifesteerd: in de eerste plaats meende het Hof dat betwistingen betreffende de rechtspositie van personeelsleden van het vrij onderwijs betwistingen zijn die de subjectieve rechten betreffen van personeelsleden tegenover de instellingen die hen contractueel tewerkstellen en waarvan de beslechting dus aan de arbeidsrechtbank toekomt. De Raad van State had daar gedurende enige tijd een andere opvatting over en had zich wel bevoegd geacht om deze betwistingen te beslechten.³⁰

Aan de andere kant heeft het Hof van Cassatie betreffende examenbeslissingen van het vrij onderwijs, de Raad van State dan wel tot rechtsmachtuitoefening verplicht, in wezen door de invulling van het begrip “administratieve overheid” door de Raad van

State op het vlak van de motivering ondeugdelijk te bevinden.³¹

2.1.5. Administratieve overheid en huisvestingsmaatschappijen

9. Sinds onze hiervoor vermelde bijdrage over de jurisdictionele rechtsbescherming heeft het Hof van Cassatie op het vlak van de invulling van het begrip “administratieve overheid” niet stilgezeten. In het spoor van zijn “Gimvindus-leer” heeft het Hof immers opnieuw gesteld dat, om van een administratieve overheid in de zin van het voormelde artikel 14 van de RvS-wet te mogen spreken, voor verwerende partijen, deze “beslissingen kunnen nemen die derden kunnen binden”: aldus werd bij arrest nr. C.04.0278.N van 10 juni 2005 het arrest van de Raad van State inzake bvba Peter Van De Velde, nr. 131.123 van 6 mei 2004, waarbij de cv Gewestelijke maatschappij voor de kleine landeigendom Het Volk als een administratieve overheid werd aange merkt, door een cassatie getroffen. Het Hof stelde dat uit de artikelen van de Vlaamse Wooncode, op grond waarvan de Raad van State had beslist dat de voormelde maatschappij beslissingen kon nemen die derden binden, zulks “niet kan worden afgeleid” en “dat eiseres aldus geen administratieve overheid is in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State; dat het arrest dat anders beslist, niet naar recht is verantwoord”. Het Hof verwijst terug naar de Raad van State, die zich bij arrest nr. 153.942 van 19 januari 2006 niet bevoegd verklaart “aangezien het Hof van Cassatie heeft gewezen dat de cv Gewestelijke Maatschappij voor de kleine landeigendom Het Volk, van wie de bestreden beslissing is uitgegaan, geen administratieve overheid is in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State”. De eiseres in cassatie, de cv Gewestelijke maatschappij voor de kleine landeigendom Het Volk was aldus verlost van de controle van de Raad van State op haar toewijzingsbeslissing van de betrokken opdracht³² en meteen ook van de toepas-

²⁸ RvS 27 mei 2008, nr. 183.478, Gillain. Met nog een echo van de leer van de “causa petendi”: “dat dergelijke beroepen des te minder aan de rechtsmacht van de Raad van State onttrokken zijn daar zij niet uitsluitend de schending van de bepalingen van hoofdstuk Vbis van de wet van 4 augustus 1996 aanvoeren, maar – zoals te dezen het geval is met het eerste en het tweede middel – gesteund zijn op de schending van andere rechtsregels”. Analoog: arresten algemene vergadering van 2 april 2009, nr. 192.198, Simons en nr. 192.199, Trappeniers.

²⁹ Hoewel procureur-generaal CORNIL ooit in zijn conclusie bij een cassatiearrest van 24 maart 1952 nog stelde dat het Hof van Cassatie over de vraag wat een administratieve overheid is, geen uitspraak hoefde te doen: zie D. D’HOOGHE en L. SCHELLEKENS, “De interferentie tussen kortgeding procedures voor de Raad van State en gerechtelijke procedures voor andere rechtsmachten” in *Rechtsbescherming door de Raad van State – 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, Die Keure, 2004, (223-253) 233 (hierna verkort D. D’HOOGHE, “Interferentie”).

³⁰ De facto genoot onder het regime van de Raad het personeelslid een meer effectieve rechtsbescherming: bij nietigverklaring bijvoorbeeld van een ontslag was er volledig rechtsherstel in natura.

³¹ Opnieuw lijkt de attributiebevoegdheid eerder een motiveringscontrole. Uitvoeriger over de ondertussen “gestabiliseerde” onderwijsrechtspraak: D. VERBIEST, “Jurisdictionele rechtsbescherming”, 1247-1249.

³² Het blijft wat in het ongewisse of het Hof van Cassatie heeft willen zeggen dat de Raad van State in de betrokken zaak uit de enkele artikelen die hij heeft onderzocht – en enkel daaruit –, niet mocht afleiden dat de maatschappij derdenbindende beslissingen nam: in de zinsnede van het cassatiearrest “en dat eiseres aldus geen administratieve overheid is” kan het woord “aldus” daarop wijzen (aldus = uit die bepaalde artikelen). In die veronderstelling had de Raad van State na de verwijzing de Vlaamse Wooncode opnieuw kunnen onderzoeken, en aan de hand van andere artikelen dan in zijn eerste arrest, zich weer met rechtsmacht kunnen verklaren. Door zich meteen onbevoegd te verklaren lijkt het erop dat de Raad integendeel aannam dat de betrokken socialehuisvestingsmaatschappij, bij gebrek aan elke beslissingsbevoegdheid om derden te binden,

sing van regelgevingen inzake rechtsbescherming zoals deze betreffende openbaarheids- en motiveringsverplichtingen en controle van ombudsmannen, die voor hun toepassingsgebied naar het begrip “administratieve overheid” in artikel 14 van de RvS-wet verwijzen.

Het effect van deze rechtspraak van het Hof van Cassatie is opnieuw – zoals bij de personeelsleden van het vrij onderwijs – dat de juridische waarheid is vastgesteld maar een effectieve en lang bestaande vorm van rechtsbescherming verdwijnt, namelijk de schorsing en nietigverklaring van toewijzingsbeslissingen door de Raad van State. De geweerde inschrijver dient zich nu tot de gewone rechter te richten, die een minder effectieve rechtsbescherming blijkt te bieden.³³

2.1.6. *Administratieve overheden, overheidsopdrachten en de schorsingsprocedures voor de Raad van State*

10. Zoals het criterium van het werkelijk voorwerp, is ook het genoemd criterium van de derdenbinding in de praktijk moeilijk te hanteren: een volledig onderzoek naar de aan de verwerende partij toegekende bevoegdheden en hun aard dient te worden verricht, enkel om de rechtsmacht van de Raad van State te bepalen. Bij een onderzoek ten gronde zal een afwijzing van rechtsmacht wellicht pas aan het eind van de volledige procedure worden uitgesproken; aan de andere kant leent het onderzoek van de mogelijke derdenbinding zich eigenlijk niet voor korte debatten. In schorsingen en zeker schorsingen bij uiterst dringende noodzakelijkheid is een dergelijk onderzoek immers erg moeilijk in te passen: de Raad van State wordt daarbij ook niet altijd even goed voorgelicht door de partijen die zich ter zake nogal eens naar de wijsheid van de Raad gedragen. Het is overigens begrijpelijk dat een verwerende partij niet erg behulpzaam is om aan te tonen dat zij “derden kan binden”. Het mogelijk resultaat is immers dat de Raad zijn rechtsmacht aanvaardt en haar beslissing in voorkomend geval zal schorsen en nietig verklaren. Dit zou haar eigen belangen kunnen schaden.

In overheidsopdrachten is aldus het probleem van de “administratieve overheid” geregeld aan de orde, en helaas juist vaak in schorsingsprocedures bij uiterst dringende noodzakelijkheid: op grond van artikel

21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, is de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zelfs de verplichte “gewone” procedure geworden – nogal kafkaïaans – juist voor de financieel zwaarste opdrachten, deze boven de Europese drempelbedragen.

De rechtsstrijd rond de declinatoire excepties in het domein van de overheidsopdrachten heeft een bizarre kant: bij het invoeren van een dergelijke exceptie vraagt een verwerende partij, die – welke organieke of functionele kwalificatie ze ook verdient – in dat domein vrijwel steeds met een erkenning en/of overheidsgeld werkt, om te worden beoordeeld door de haar toekomende rechter. Zij beoogt echter tegelijkertijd te verhinderen dat een gespecialiseerd rechtscollege de rechtmatigheid van haar handelen nagaat en vraagt in wezen een minder effectieve controle op haar handelen. Haar advocaten- en procedurekosten worden daarbij ook deels met middelen van de gemeenschap betaald, die, indien de exceptie wordt aanvaard, daarvoor een mindere controle op de betrokken beslissing terugkrijgt. Een schroomvallige vraag die we daarbij durven stellen, is of de declinatoire exceptie opgeworpen door een verwerende partij in bepaalde gevallen geen variëteit van procedure-rechtsmisbruik is, vanuit de onrijpe achtergrondgedachte dat een rechtssubject dat met overheidsgeld werkt, niet over dezelfde vrijheid van procederen beschikt als een particuliere procespartij.

11. Zoals geschetst, bepaalt het Hof van Cassatie de rechtsmacht van de Raad van State door het hanteren van pretoriaanse criteria, die echter zoals gezien, in tegenstelling tot in regelgeving vervatte bevoegdheidsverdelende regels voor rechtbanken, niet het voordeel van de onmiddellijke bruikbaarheid vertonen: het werkelijk en rechtstreeks voorwerp en de derdenbinding ter invulling van wat een “administratieve overheid” is. Aldus lijkt het in de Belgische rechtsorde niet langer meer de Grondwetgever of de wetgever, maar een rechtscollege, het Hof van Cassatie, te zijn dat de rechtsmacht van een goed deel van de rechtbanken – deze van de “administratieve orde” – bepaalt en zulks niet van geval tot geval, maar op vrij algemene wijze. Daarbij wordt alvast de Raad van State voor in spoedprocedures schier onoplosbare rechtsvragen gesteld die onderzoek vergen, een toestand die niet spoort met wat een efficiënte rechtsmachtbepaling moet zijn: eenvoudig en meteen in te vullen. Bovendien lijkt het spel met de criteria het Hof van Cassatie de laatste tijd ertoe te hebben geleid om, bij mogelijke twijfel over de rechtsmacht van de Raad van State, nogal eens voor het uitsluiten van de Raad van State te kiezen: voor de voormelde personeelsleden van het vrij onderwijs, de huisvestings-

→

nooit als administratieve overheid mocht worden beschouwd. Dit laatste lijkt het Hof van Cassatie echter niet exhaustief te hebben onderzocht, nu het zich heeft beperkt tot die artikelen van de Vlaamse Wooncode die ook reeds door de Raad van State in zijn onderzoek waren betrokken. Uitvoerige kritiek op de invalshoek van het Hof van Cassatie bij V. VERDEYEN, “Administratieve overheden: een organieke nuancering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, 323-343.

³³ Zie ook randnummer 11.

maatschappijen, de beslissingen bij gebonden bevoegdheid die de Raad constitutief noemt.³⁴ Telkens lijkt daarbij nochtans de globale rechtsbescherming in te boeten aan slagkracht. Bovendien, door middel van de invulling van het begrip “administratieve overheid”, beïnvloedt het Hof van Cassatie, zijdelings, op een meer ingrijpende wijze dan van een rechter mag worden verwacht, het toepassingsgebied van een belangrijk deel van de administratiefrechtelijke regelgeving.

Geregeld klagen advocaten – althans in zaken van overheidsopdrachten – voor de Raad van State dat zij weinig succes boeken bij de gewone rechter.³⁵ Een recent voorbeeld van de gereserveerde houding van de gewone rechter³⁶: “Voor zoveel als nodig merkt de rechtbank op dat het principieel mogelijk is om een (overheids)contract te vernietigen op vraag van een niet-contractspartij wanneer blijkt dat die overeenkomst een ongeoorloofde oorzaak heeft, doch dat dergelijke eis slechts zal worden ingewilligd wanneer aan een reeks strenge voorwaarden is voldaan [...] aldus onder meer vereist [is] dat de contractspartij van de overheid mee in het geding wordt geroepen [...] dat het belang van een derde bij een eis tot vernietiging van een overheidscontract, steeds dient op te wegen tegen het (algemeen) belang dat door de uitvoering van de overeenkomst wordt gediend”. Bij schorsing van de tenuitvoerlegging van een toewijzingsbeslissing door de Raad van State, kunnen de aanbestedende overheden het contract niet sluiten. Bij sluiten van het contract staan de – eventueel onrechtmatig – geweerde inschrijvers daarentegen voor een moeilijk te keren voldongen feit.³⁷

In zoverre dus het Hof van Cassatie de rechtsmacht van de Raad van State eng interpreteert, lijkt de

door de globale rechtsorde geboden rechtsbescherming *de facto* te verminderen. De voor de Raad van State soms wat zuinige houding van het Hof van Cassatie in de geschetste attributieconflicten zou enkel aanvaardbaar zijn mocht de rechtsbescherming die de gewone rechter biedt aan de betrokken verzoekende partijen, gelijkwaardig zijn aan die welke door de Raad van State wordt gegeven. Het Grondwettelijk Hof heeft die premisse echter al verworpen: zowel het inquisitoriaal onderzoek als de annulatiebevoegdheid leidt tot een procedure met meerwaarde, zeker ten opzichte van de gewone burgerlijke rechter.³⁸ De gewone rechter blijkt dan ook nog eens uit eigen initiatief schroomvalliger om te gaan met het contract dan de Raad van State omgaat met de daarvan afsplitsbare en daaraan voorafgaande toewijzingsbeslissing.

Het is een veel gelezen vaststelling dat de attributieconflicten gelukkig schaars zijn. Nader beschouwd, is de frequentie echter van weinig belang: als één keer het Hof van Cassatie een personeelslid van het vrij onderwijs de rechtsbescherming door de Raad van State ontzegt, verliezen duizenden die mogelijkheid. Als het Hof slechts enkele keren verwerende partijen voor de Raad van State met private rechtsvorm weghaalt bij de Raad, zullen talrijke private rechtspersonen niet meer voor de Raad worden gebracht, ook al hebben ze een taak van algemeen belang en ook al werken ze met overheidsgelden. Het attributieconflict is kwalitatief van uitzonderlijk groot belang. Zijn de geschetste problemen daaromtrent een doorslaggevend motief om monisme in te voeren? Neen: ook binnen de gewone rechtsorde zijn heden attributieconflicten voorhanden die moeilijk zijn.³⁹

2.1.7. Procedures voor de beide rechtsordes tegelijk

12. Toen de Raad van State nog niet over een schorsingsbevoegdheid beschikte – vóór 1989 – was het niet ongewoon dat voor, bij of na het neerleggen van een annulatieverzoekschrift, de verzoekende partij aan de gewone rechter in kort geding vroeg om de betrokken aangevochten bestuursbeslissingen te schorsen tot de Raad van State uitspraak zou hebben gedaan over het annulatieberoep.

Heden luidt de tekst van artikel 17, § 1, eerste lid van de gecoördineerde wetten op de Raad van State dat, wanneer een akte of een reglement van een administratieve overheid vatbaar is voor nietigverklaring

³⁴ Is het dan wel nog zo dat de theorie van het rechtstreeks en werkelijk voorwerp de jurisdictionele vrede heeft teruggebracht in de verhouding tussen het Hof van Cassatie en de Raad van State, zoals R. ANDERSEN schrijft: “Monisme”, 19.

³⁵ Uitspraken van bodemrechters die op vraag van een derde, geweerde inschrijver, een contract in zijn tenuitvoerlegging schorsen of nietig verklaren, tot stand gekomen betreffende een overheidsopdracht op grond van een toewijzingsbeslissing die onverlet wordt gelaten: P. THIEL noemt deze gevallen zeer zeldzaam en verwijst er naar één: Dinant 20 januari 2000, *Mémento des marchés publics* 2009, Mechelen, Kluwer, 589.

³⁶ Rb. Brussel (23^e kamer) 12 december 2008, onuitg. De Raad van State doet in zijn schorsingsprocedures – weliswaar daar dan vóór het sluiten van het contract – zelden aan die belangenafweging, laat staan dat hij dan, zoals hier deze gewone rechter, in principe de geweerde inschrijver wandelen stuurt en het nadeel van de overheid laat primeren. Toch een recent voorbeeld: RvS 18 december 2009, nr. 188.958, nv Sanofi Pasteur MSD (inzake vaccinatieprogramma’s die bij schorsing zouden worden onderbroken).

³⁷ Nochtans tendeert de Europese regelgeving naar een verplichting voor de lidstaten om herstel in natura mogelijk te maken voor onrechtmatig geweerde inschrijvers: D. VERBIEST, “Overheidsopdrachten”, 876.

³⁸ GwH 9 april 2003, nr. 41/2003, *TBP* 2004/5, 295, met commentaar van F. DEBAEDTS. Zie ook randnummer 18.

³⁹ B. DE SMET, “Regeling van rechtsgebied wegens een negatief bevoegdheidsconflict: formalisme troef”, *RW* 2007-08, 426-434; G. CLOSSET-MARCHAL, “Après cassation sur la compétence: à qui renvoyer?”, *JT* 2006, 117-122. De cassatievoorzieningen tegen arresten van de Raad van State worden wel iets meer frequent: we telden er voor januari-februari 2009 reeds vier.

door de Raad van State, deze “als enige” de schorsing van de tenuitvoerlegging kan bevelen. Een argeloze waarnemer van deze bepaling zou kunnen menen dat op grond daarvan de gewone rechter niet bevoegd is om in kort geding overheidsbeslissingen in hun uitvoering te schorsen. Niets is minder waar gebleken: ongeacht de bedoeling van de wetgever, is het kort geding voor de gewone rechter tegen overheidsbeslissingen erg levendig.

Een van de oorzaken is dat het kort geding bij de Raad van State aan drie beperkingen is onderworpen: allereerst maakt de band met de nietigverklaring dat een streng termijnvereiste geldt, voorts moet de Raad zowel een moeilijk te herstellen ernstig nadeel vaststellen als een ernstig rechtsmiddel dat tot annulatie kan leiden. Dit laatste houdt in dat hij de rechtmatigheid van het optreden van de betrokken overheid moet onderzoeken. Weliswaar wordt de Raad aldus wat afgeschermd van al te lichtvaardige vorderingen die de uitwerking van bestuursbeslissingen beogen tegen te gaan, maar het blijft knellen dat een gespecialiseerde overheidsrechter die doorgaans tot een van de drie hoogste rechtscolleges van de Belgische rechtsorde wordt gerekend, aan dergelijke beperkende voorwaarden is gebonden om een overheidsbeslissing in haar tenuitvoerlegging te kunnen schorsen. Daartegenover kan de gewone kortgedingrechter zijn maatregelen reeds bevelen bij urgentie, na belangenafweging en bij dreigende schade.⁴⁰

De tweede reden waarom nog steeds talrijke kort gedingen tegen de overheid worden ingesteld, is de bescherming van rechten die zonder dringende maatregelen vanwege de rechter, door de overheid zouden kunnen worden geschonden. Ook hier rijst de rechtsmachtvraag naar het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van de vordering: naarmate de burger meer rechten ten opzichte van de overheid worden toegekend, verruimt natuurlijk de rechtsmacht van de gewone kortgedingrechter, aangezien ook discretionaire beslissingen in strijd kunnen zijn met rechten afgeleid uit algemene rechtsbeginselen zoals de zorgvuldigheid⁴¹ of de gelijkheid. Welke gewone kortgeding-

rechter durft nog te stellen dat de Raad van State bevoegd is, indien de verzoekende burger zich beroept op dreigende schending van de voormelde beginselen, waaruit hij het recht put op een te zijnen opzichte zorgvuldige besluitvorming, die doorgang vindt met respect voor zijn recht op gelijke behandeling?⁴² Sommige auteurs willen zelfs geen onderscheid meer maken tussen subjectief en objectief beroep en stellen dat, mits het voorhanden zijn van enig belang, elk rechtssubject aan het objectief recht het “subjectief recht” ontleent op eerbiediging van het objectief recht.⁴³

13. In de materie van de overheidsopdrachten is het niet meer uitzonderlijk dat tijdens het behandelen van schorsingsprocedures, zelfs deze bij uiterst dringende noodzakelijkheid, blijkt dat de verzoekende partij ook reeds een kort geding heeft ingesteld bij de gewone rechter. Dit is hoogst begrijpelijk: sinds de zogenoemde “Feyfer-Formanova”-rechtspraak van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak⁴⁴ wijst de Raad van State wegens het niet meer kunnen weren van het nadeel, vorderingen tot schorsing af indien het contract reeds is gesloten. Aan de gewone rechter zetelend in kort geding wordt dan gevraagd dat hij zou verbieden om, zolang de schorsingsprocedure bij de Raad van State niet is afgedaan, de toewijzingsbeslissing te betekenen, opdat het contract aldus niet tot stand zou komen. Vreemd hoe aldus het voorafgaand kort geding bij de gewone rechter dat vóór 1989 gemeengoed was betreffende annulatievorderingen bij de Raad van State, terug op het rechtsforum is teruggekeerd maar ditmaal om een wachttijd te scheppen tot de Raad niet over annulatie, maar over schorsing uitspraak heeft gedaan. Een zwa-

→ de conclusie komt dat het bestuur niet heeft gehandeld binnen de grenzen waarin het moet optreden”. Hoe extreem het subjectief recht kan worden ingevuld, zodanig dat dit het hele objectief recht dekt, bewijst het betoog van de verzoekende partijen in de betrokken zaak, waarin zij zich onder meer ook beriepen op hun “recht op de eerbiediging van de wetgeving overheidsopdrachten”.

⁴⁰ Uitvoerder: D. VERBIEST, “Jurisdictionele rechtsbescherming”, 1244-45 en 1256. Ook in Nederland wordt geworsteld met de verdeling van rechtsmacht tussen de gewone rechter en de bestuursrechter: o.a. E. DAALDER, “Kroniek van het algemeen bestuursrecht”, *Nederlands Juristenblad* 3 oktober 2008, (2128-2136) 2130.

⁴¹ Het Hof van Cassatie vult die subjectieve rechten in, bijvoorbeeld in zijn arresten van 4 maart 2004 (C.03.0346.N – C.03.0488.N – C.03.0499.N), inzake discretionaire bevoegdheid van een bestuur: “Dat de rechterlijke macht bevoegd is om een door het bestuur bij de uitoefening van zijn niet-gebonden bevoegdheid begane onrechtmatige aantasting van een subjectief recht zowel te voorkomen als te vergoeden [...]. Dat de rechter in kort geding op grond van een voorlopige en marginale beoordeling van de zorgvuldigheid waarmede het bestuur moet handelen, bepaalde daden kan opleggen of verbieden, maar dit enkel kan doen wanneer hij in redelijkheid tot

⁴² Een voorbeeld van een gewone kortgedingrechter die na de worsteling met het voorwerp, de debatten heropent: Rb. Hoei (3^e kamer) 7 augustus 2008, *JT* 2008, 208. Naast een verwijzing naar de theorie van het werkelijk en rechtstreeks voorwerp, wordt er herinnerd aan de leer van het Hof van Cassatie dat de rechtsmacht van de Raad van State om onder bepaalde voorwaarden de schorsing van de tenuitvoerlegging van bestuurlijke beslissingen te bevelen, geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van de voorzitter zetelende in kort geding om voorlopige maatregelen te bevelen betreffende subjectieve rechten. Zelfs Frankrijk kent het probleem van het optreden van kortgedingrechtvaarders van de twee ordes: zie A. VAN LANG, “Le dualisme juridictionnel en France: une question toujours de l’actualité” in een dossier “Débat sur l’avenir du dualisme juridictionnel”, *AJDA* 26 december 2005, 1760 e.v.

⁴³ D. D’HOOGHE, “Interferentie”, 225.

⁴⁴ RvS 15 juni 2000, nr. 87.983, Feyfer en cvba Formanova.

re disfunctie in de rechtsbescherming: een dringende procedure, nodig om een andere dringende procedure nog effectief te doen zijn. Een bijkomende kwade kant aan dit contentieux is dat wie voor de Raad van State uiteindelijk een nietigverklaring verkrijgt, zijn schadevergoeding dan nog eens moet gaan halen bij de gewone rechter.⁴⁵

Gelukkig werkt de vordering tot schorsing voor de Raad van State in overheidsopdrachten – als ze nog nuttig kan worden ingesteld ten minste – vrij efficiënt en zorgt deze voor snel herstel in natura. Eensdeels wordt immers bij schorsing de toewijzingsbeslissing doorgaans ingetrokken en de overheidsopdrachtenprocedure herbegonnen. Anderdeels is een afwijzing van de vordering tot schorsing meestal – althans bij de betrokken Nederlandstalige Kamer omdat deze het nadeel snel aanvaardt – gesteund op de ernst van de middelen. De afgewezen verzoekende partij merkt dan dat haar argumentaties op het eerste gezicht niet ernstig worden bevonden: blijkbaar neemt zij doorgaans aan dat die middelen *a fortiori* de toets van hun gegrondheid evenmin zullen doorstaan.⁴⁶ In dat laatste geval doet de verzoekende partij dan vaak afstand van haar annulatieberoep. Efficiëntie haalt het hier dus telkens op terdege overwogen rechtsbedeling.⁴⁷

14. Een recent gevoerde rechtsstrijd doet bijna terugverlangen naar het eenvoudig verleden, waar de Raad van State geen schorsingsbevoegdheid had en dus vooral een rechtsvormende eerder dan een geschiloplossende taak had, en de gewone rechter in kort geding de enige was die met dringende maatregelen een overheidsbeslissing in haar uitvoering kon tegengaan: het betreft de veelvuldige diverse rechterlijke beslissingen betreffende de vluchtroutes en hinder voor omwonenden rond de luchthaven van Zaventem. In het arrest van de algemene vergadering van de afde-

ling bestuursrechtspraak van de Raad van State nr. 187.998 van 17 november 2008 vindt men een overzicht. Al die beslissingen leken niet zo eenvoudig te verzoenen.⁴⁸

15. Uit het Zaventemverhaal kan een argument worden geput om bij een hervorming van de jurisdicties het kort geding tegen de overheid eerder niet aan de gewone rechters toe te vertrouwen.⁴⁹ De vergelijking kan gemakkelijk worden gemaakt: welk jurisdictioneel stelsel zou het beste het evenwicht realiseren tussen efficiëntie en rechtmatigheid van overheidshandelen, mocht men dat stelsel nog dienen op te zetten? Een met een Hof van Cassatie dat na twee rechtsgangen – kort gedingen in eerste aanleg en in beroep – de beslissingen van een hof van beroep moet beoordelen, mogelijk met nog daaropvolgende verwijzingen, dan wel een met een Raad van State die met één beslissing van zijn algemene vergadering de beslissingen van zijn kamers stroomlijnt?⁵⁰

2.2. Verschillen tussen de beide ordes

16. De verschillen tussen de procedures en personeelsstatuten die gelden voor de gewone rechtscolleges en deze van de administratieve rechtscolleges vormen een vruchtbare bron van beroepen bij het Grondwettelijk Hof, gesteund op schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

2.2.1. Verschillend statuut van magistraten van de beide ordes

17. Bij arrest nr. 169/2008 van 27 november 2008 verwierp het Grondwettelijk Hof het beroep van een aantal magistraten van de gewone rechterlijke orde tot vernietiging van artikel 19 van de wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand. Zij beklaagden zich onder meer, in een eerste middel, over een volgens hen niet te verantwoorden

⁴⁵ C. DE CONINCK, P. FLAMEY en K. RONSE, *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, Antwerpen, Maklu, 2005. Met verjaringsproblemen tot gevolg tot aan de wet van 25 juli 2008: zie randnr 29. Over de weer actueel geworden vraag of door de Raad van State vastgestelde onrechtmatigheden altijd fouten zijn voor de aansprakelijkheidsrechter: D. DE ROY, “La responsabilité quasi-délictuelle de l’administration: unité ou dualité des notions d’illégalité et de faute?” in *La protection juridique du citoyen face à l’administration* (supra voetnoot 11), 67-108.

⁴⁶ Zij het dat in schorsingszaken nogal wat middelen niet ernstig worden bevonden wegens hun al te technisch karakter en het in die stand van de procedure niet passend is dat de Raad een beroep doet op een deskundige. Recent voorbeeld: RvS 15 januari 2009, nr. 189.499, bvba Weiss Technik Belgium.

⁴⁷ Overzichten van rechtspraak van de Raad van State steunen dan ook noodgedwongen vaak op arresten gewezen in schorsingszaken, ook soms zonder zulks aan te geven: P. FLAMEY en K. WAUTERS, *Overheidsopdrachten – Overzicht van rechtspraak Raad van State 1997-2005*, Brugge, Vanden Broele, 2005.

⁴⁸ Onder meer: Hof van Beroep Brussel 10 juni 2003 – verbod; vernietigd door het Hof van Cassatie op 4 maart 2004; Raad van State, arrest nr. 126.669 van 19 december 2003 – schorsing; Hof van Beroep Brussel 17 maart 2005 – verbod; Raad van State, arrest nr. 144.320 van 11 mei 2005 – schorsing; Hof van Beroep Brussel, – een Franstalige kamer –, 9 juni 2005 versus Hof van Beroep Brussel, – een Nederlandstalige kamer –, 21 maart 2006 – ongrondwettigheid van de Brusselse geluidsnormen – met een op 3 januari 2008 ingewilligde cassatievoorziening tegen een deel van het laatstgenoemde arrest; dat laatste arrest versus Raad van State, nrs. 158.548 en 158.549, 9 mei 2006; daaraan voorafgaand arresten Raad van State nr. 147.660 van 14 juli 2005 en nr. 49.312 van 22 september 2005 – schorsingen.

⁴⁹ Overzicht van de procedures en commentaar worden ook geboden door D. KEYAERTS, “Luchthaven Brussel-Nationaal nog steeds in een turbulente sfeer”, *RW* 2007-08, 1658-1671.

⁵⁰ Uitvoeriger: D. VERBIEST, “Jurisdictionele rechtsbescherming”, 1242. Voor nog meer samenloopproblematiek op allerlei domeinen: D. D’HOOGHE, “Interferentie”, 234-245.

verschil in behandeling tussen magistraten naargelang zij deel uitmaken van de gewone hoven en rechtbanken, dan wel van andere rechtscolleges, zoals het Grondwettelijk Hof, de Raad van State en de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, aangezien enkel de eersten zich moeten verantwoorden bij overschrijding van de in de bestreden bepaling voorgeschreven termijnen, en aangezien enkel de eersten daarbij aan een specifiek tuchtstelsel worden onderworpen. In een tweede middel wezen zij op de vergelijkbare situatie die bestaat op het vlak van de zakenachterstand, tussen henzelf en de magistraten van de Raad van State, die bij deze laatste wordt tegengegaan door het wegnemen van bevoegdheden en een tijdelijke kaderuitbreiding.

Het Grondwettelijk Hof brengt het onderscheid in herinnering dat de Grondwetgever zelf in het leven heeft geroepen tussen de hoven en de rechtbanken, het Grondwettelijk Hof, de Raad van State en de administratieve rechtscolleges. In zoverre de bestreden bepaling voorziet in een bijzondere verantwoordings- en meldingsplicht voor de magistraten van de hoven en rechtbanken die de voor het beraad voorgeschreven termijnen niet naleven, regelt die bepaling volgens het Hof een aspect van de interne organisatie van de hoven en rechtbanken. Wanneer de wetgever een dergelijke maatregel neemt in het kader van de strijd tegen de gerechtelijke achterstand, verplichten de artikelen 10 en 11 van de Grondwet hem niet om een gelijkaardige maatregel te nemen op het vlak van de interne organisatie van de overige rechtscolleges.⁵¹ Het Grondwettelijk Hof lijkt dus geen graten te zien in de tot op het vlak van de personeelsbehandeling doorgedreven verschillen tussen de ordes.

2.2.2. Ongelijke procedureregels

18. Het is overigens niet de eerste keer dat het Grondwettelijk Hof benadrukt dat het bestaande pluralisme consequenties heeft en het aldus versterkt: in het arrest nr. 41/2003 van 9 april 2003 gewezen in een onderwijsmaterie, wordt reeds in duidelijke beoordelingen gewezen op een aantal verschillen in rechtsbescherming tussen de Raad van State en de gewone rechtbanken en wordt daaruit een discriminatie afgeleid.⁵²

⁵¹ Overwegingen B.18.3, B.19.1. en B.19.2. Zie ook E. BRE-WAEYS, "Weinig genade voor te trage rechters", *Juristenkrant* 10 december 2008, 1.

⁵² "Dergelijke vorderingen [bij de gewone rechtbanken] zijn evenwel niet gebaseerd op een inquisitoriaal onderzoek en zij leiden tot beslissingen die, anders dan de arresten van de Raad van State, slechts een relatief gezag van gewijsde hebben" (overweging B.7.). Het Hof ziet voorts geen discriminatie in de toedeling van een geschil over politieke rechten aan een administratief rechtscollege in plaats van het bij de gewone rechter te laten: arrest nr. 81/2008, 27 mei 2008, overweging B.18.4.

Dit standpunt moet worden bijgevalen: als de administratieve rechters slechts dezelfde rechtsbescherming bieden als de gewone rechters, heeft het geen zin er een bijkomende rechtsorde op na te houden. Het verhoogt de duidelijkheid in het rechtsverkeer als op zijn minst enkele van de actiemiddelen waarover administratieve rechtscolleges beschikken van een andere draagwijdte zijn dan deze van de gewone rechter.

19. Het bestaan van de twee rechtsordes leidt wel tot talrijke beroepen en prejudiciële vragen bij het Grondwettelijk Hof betreffende de bijzondere procedures die gelden voor de administratieve rechtscolleges, in vergelijking met de procedures van het Gerechtelijk Wetboek, waaraan de gewone rechtscolleges zijn onderworpen. Zo zijn herhaaldelijk bepalingen uit de gecoördineerde wetten op de Raad van State voor het Grondwettelijk Hof aangevochten.⁵³

De rechtsgang naar het Grondwettelijk Hof blijkt een geschikt middel voor een partij om te pogen zich te onttrekken aan de toepassing van formele wetgeving door te verwijzen naar discriminerend geachte verschillen tussen werkingsregels van de gewone rechter en van de administratieve rechter: een niet zo aardig uitvloeisel van een dualistische rechtbankenstructuur. Geen doorslaggevende reden nochtans om voor monisme te opteren: het lijkt immers erg waarschijnlijk dat de rechtbanken in een eenheidsstructuur die toezicht zullen houden op bestuurlijke beslissingen, wegens de eis van specialisatie, ook een aantal eigen procedureregels en eventueel enkele eigen magistratenstatuten zullen kennen.

2.3. Nieuwe rechtscolleges

20. Recent zijn enkele nieuwe administratieve rechtscolleges opgericht of vernieuwd. Disparaat, zonder algemeen plan, ondanks de voorafgaande pleidooien in de rechtsleer hetzij voor monisme, hetzij voor een gerenoveerd dualisme. We bekijken enkele van die colleges.⁵⁴

⁵³ Recente voorbeelden: GwH 8 januari 2009, nr. 1/2009 en 4 maart 2009, nr. 36/2009, beide inzake artikel 20, § 3, betreffende de uitspraak over de toelaatbaarheid van het cassatieberoep zonder terechtzitting en zonder dat de partijen worden gehoord. Ander voorbeeld: GwH 27 mei 2008, nr. 81/2008 van 27 mei 2008, betreffende een aantal bepalingen van de wet van 15 september 2006 tot hervorming van de Raad van State en tot oprichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Vanaf 2004 tot 1 februari 2009 telden we nog deze arresten van het Arbitragehof: 82/2004; 93/2004; 191/2004; 201/2004; 74/2005; 115/2005; 24/2006; 112/2006; 124/2006; 177/2006; 49/2007; 118/2007; 81/2008. In 2008 werden zes dergelijke zaken aanhangig gemaakt.

⁵⁴ Volledigheid wordt niet nagestreefd. Enkele andere worden vermeld bij Ph. BOUVIER, "A la recherche du droit d'appel dans le contentieux administratif en Belgique", rapport te Nancy, 6 juni 2008, nog te publiceren en op www.caanancy.juradm.fr, rubriek "actualités".

2.3.1. Federaal – Mededinging

21. In de bij koninklijk besluit van 15 september 2006 gecoördineerde wet tot bescherming van de economische mededinging, wordt de reeds vooraf bestaande Raad voor de Mededinging als een administratief rechtscollege aangemerkt.⁵⁵ De Raad, niet enkel met juristen samengesteld, heeft zeer specifieke bevoegdheden, zoals beslissen over de toelaatbaarheid van een concentratie of bevelen dat een restrictieve mededingingspraktijk wordt beëindigd, indien nodig volgens de door hem voorgeschreven modaliteiten. De Raad beschikt over een auditoraat.⁵⁶ Zijn voorzitter kan voorlopige maatregelen nemen, “teneinde de restrictieve mededingingspraktijken te schorsen, indien het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economische belang”.⁵⁷ De Raad kan prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Cassatie betreffende de interpretatie van de mededingingswet.⁵⁸ De Europese Commissie en de bevoegde minister kunnen in die prejudiciële procedure worden uitgenodigd om hun opmerkingen te geven. Het Hof van Cassatie doet zelfs uitspraak “met voorrang boven alle andere zaken”.⁵⁹ Hoger beroep kan in bepaalde gevallen worden ingesteld bij het Hof van Beroep van Brussel.⁶⁰ Dat Hof kan alvorens recht te doen de schorsing bevelen van de beslissing van de Raad voor de Mededinging maar “slechts wanneer ernstige middelen worden ingeroepen die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen rechtvaardigen en op voorwaarde dat de onmiddellijke

tenuitvoerlegging van de beslissing het risico met zich mee brengt op een moeilijk te herstellen ernstig nadeel”.⁶¹ Cassatieberoep tegen beslissingen van de Raad is in bepaalde gevallen mogelijk en wordt dan ingediend bij het Hof van Cassatie maar “volgens de vormen en termijnen van de voorziening in cassatie gericht tegen de Raad van State”.⁶²

Rond de mededinging is aldus een ingewikkeld jurisdictioneel web gebouwd met bouwstenen uit diverse hoeken van de jurisdictionele rechtsbescherming: administratief rechtscollege bevoegd voor een objectief contentieux⁶³ met een auditoraat; een beroep bij één – gewone – rechtbank, het Hof van Beroep te Brussel; een prejudiciële procedure bij opnieuw een gewone rechtbank, namelijk het Hof van Cassatie; schorsingsmogelijkheid van een beslissing van de Raad voor de Mededinging door een hof van beroep, maar in de termen van een “bestuurlijke schorsing” van een administratieve beslissing door de Raad van State; voorziening in cassatie bij het Hof van Cassatie tegen een beslissing van de Raad voor de Mededinging maar volgens vormen en termijnen zoals een cassatie tegen een arrest van de Raad van State. Voorts verleent artikel 77 van de betrokken gecoördineerde wetten ook aan de Raad van State nog een bevoegdheid: tegen de beslissingen van de Ministerraad inzake concentraties kan bij de Raad van State een beroep tot vernietiging worden ingesteld door de “betrokken partijen”, volgens een afzonderlijke procedure. De Raad van State dient daarbij opnieuw, zoals het Hof van Cassatie, over deze concentratiezaken uitspraak te doen “bij voorrang boven alle andere zaken”.⁶⁴

De geschillenregeling rond de concurrentie geeft aldus een beeld van een waarachtig “pluralisme” in de rechtsbedeling. Uit de rechtsliteratuur betreffende die mededinging kan slechts worden afgeleid dat het domein dermate ingewikkeld is dat de betrokken rechtsbescherming in elk geval niet spontaan tot eenvoud leidt. Laten we dus niet de valse hoop koesteren dat binnen monisme die rechtsbescherming noodzakelijkerwijze eenvoudiger zou zijn: wat de mededinging betreft, is de complexiteit de lege lata ook te wijten aan het samenspel tussen gewone rechtbanken! Mogen we nog opmerken dat de Raad voor de Mededinging dan ook nog eens niet enkel rechtscollege is,

⁵⁵ Artikel 11, § 1. De uitdrukkelijke kwalificatie als rechtscollege is een vooruitgang ten opzichte van het stilzwijgen op dat punt van veel oude regelgeving die nieuwe instellingen inrichtte. Nochtans wordt te dezen de wettelijke kwalificatie in twijfel getrokken door een aantal auteurs: J. YSEWYN, T. SNELS en A. LENAERTS, (“de Raad is geen rechterlijke instantie maar een mededingingsautoriteit”), *De nieuwe Belgische Mededingingswet*, Brussel, Larcier, CABG cahiers 2007/4, 47; C. SCHURMANS en X. TATON, (“Le statut juridictionnel du Conseil de la concurrence, outre qu’il ne correspond pas à la notion de juridiction au sens du droit communautaire, n’est pas clair non plus au regard du droit national”), aangehaald bij A.-M. VAN DEN BOSSCHE, “De rechterlijke controle op de toepassing en de handhaving van het mededingingsrecht in België”, *RW* 2008-09, (1026-1042), 1029, voetnoot 34 (hierna verkort: A.-M. VAN DEN BOSSCHE, “Controle”). Alvast staan voor de Raad geen traditionele partijen tegenover elkaar.

⁵⁶ Artikel 25.

⁵⁷ Artikel 62, § 1.

⁵⁸ Artikel 72 e.v.

⁵⁹ Zou dit laatste een echo zijn van een impliciet aanvaarde primauteit van het beginsel van de vrije concurrentie boven alle andere waarden?

⁶⁰ Artikel 75. Zie R. ANDERSEN, “La Cour d’appel de Bruxelles, Cour du contentieux administratif” in *Liber amicorum Paul Martens*, Brussel, Larcier, 2007, 715-733.

⁶¹ Artikel 76. Dus strengere voorwaarden dan bij de schorsingsbevoegdheid van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging.

⁶² Artikel 81.

⁶³ Volgens A.-M. VAN DEN BOSSCHE, “Controle”, 1033.

⁶⁴ Het Hof van Cassatie is dit soort “behandeling” niet zo gewoon; bij de Raad van State is daarentegen straks nauwelijks nog een procedure volgens een gewone chronologie te behandelen. Op de griffie gaat men ervan uit dat er per 5 maart 2009 op 35 verschillende procedures diende te worden gelet.

maar ook enkele taken heeft als “beleidsorgaan”⁶⁵, te onderscheiden van zijn taak als rechtscollege: hij heeft de bevoegdheid om de Belgische mededingingsregels te verduidelijken, en aldus zelf mee het mededingingsbeleid te sturen en vorm te geven.⁶⁶

2.3.2. Federaal -Vreemdelingen

22. In een domein waar klassiek de jurisdictionele bevoegdheden verdeeld lagen over de beide rechtsordes⁶⁷, werd met de wet van 15 september 2006 tot hervorming van de Raad van State en tot oprichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen een geheel nieuw college ingesteld, in de betrokken bepaling als “administratief rechtscollege” aangemerkt.⁶⁸

Tevoren was er in asielzaken voor asielzoekers een ontvankelijkheidsonderzoek (door de Dienst Vreemdelingenzaken en de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen met annulatiebevoegdheid bij de Raad van State) en een gegrondheidsonderzoek (door de Commissaris-generaal met beroep bij een administratief rechtscollege, de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen, met cassatievoorziening bij de Raad van State). Het jurisdictioneel beroep komt nu bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen met cassatievoorziening bij de Raad

van State.⁶⁹ In één beweging werden ook de bevoegdheden van de Vaste Beroepscommissie voor Vluchtelingen aan de nieuwe Raad toevertrouwd en werd dat rechtscollege afgeschaft.

De nieuwe Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft in asielzaken hybride bevoegdheden: hij kan de beslissingen van de Commissaris-generaal inzake asielaanvragen bevestigen of hervormen⁷⁰ – dan is hij vergelijkbaar met een gewone rechter, ofwel vernietigen “hetzij omdat aan de bestreden beslissing een substantiële onregelmatigheid kleeft die door de Raad niet kan worden hersteld, hetzij omdat essentiële elementen ontbreken die inhouden dat de Raad niet kan komen tot de [...] bevestiging of hervorming zonder aanvullende onderzoeksmaatregelen hiertoe te moeten bevelen”⁷¹ – dan is hij vergelijkbaar met de Raad van State als die annulatierechter is.

De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen neemt voorts als annulatierechter ook kennis van annulatieberoepen tegen andere beslissingen in verblijfszaken genomen met toepassing van de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.⁷² Die bevoegdheid gaat gepaard met de bevoegdheid om de betwiste beslissingen in hun tenuitvoerlegging te schorsen en in voorkomend geval voorlopige maatregelen op te leggen, onder analoge voorwaarden als de Raad van State.⁷³

Blijkbaar heeft de voormelde wet van 15 september 2006 toch enige laterale effecten: de bevoegdheden van de gewone rechtbanken zouden volgens sommigen zelfs in deze zin gewijzigd zijn dat deze rechtbanken voortaan niet meer bevoegd zijn om over een vordering uitspraak te doen waarvan het werkelijk en rechtstreeks voorwerp een beslissing is die een politiek subjectief recht weigert aan een vreemdeling, gelet op de term “als enige bevoegd” in het voormelde artikel 39/1, § 1 van de Vreemdelingenwet.⁷⁴

⁶⁵ Term gebruikt door de toenmalige voorzitter in een interview: *Juristenkrant* 21 juni 2006, 6.

⁶⁶ J. CAPIAU en K. MARCHAND, “Nieuwe Belgische mededingingswet – een eerste analyse”, *NJW* 15 november 2006, 822-830; F. WIJCKMANS, “De nieuwe Belgische mededingingswet”, *RW* 2006-07, 622-634.

⁶⁷ I. SCHIPPERS, “Les compétences respectives du juge judiciaire et du juge administratif revisitées en droit des étrangers”, in *Le contentieux administratif – Questions d’actualité*, Luik, Antémis, 2008, 125-143 (hierna verkort I. SCHIPPERS, “Les compétences”).

⁶⁸ “Als enige” bevoegd om kennis te nemen van de beroepen die worden ingesteld tegen individuele beslissingen genomen met toepassing van de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen: artikel 39/1, § 1, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna “de Vreemdelingenwet”). Men leze deze wet samen met de wet van 15 september 2006 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen. Voor een algemene duiding vanuit de betrokken materiële rechtsdomeinen: M.-C. FOBLETS, D. VANHEULE en S. BOUCKAERT, “De nieuwe asielwetgeving: het Belgische asielrecht kleurt Europeser” (hierna verkort M.-C. FOBLETS, “Asielwetgeving”). Vanuit het oogpunt van de procedure: M. KAISER, “La réforme du contentieux des étrangers”, (hierna verkort M. KAISER, “La réforme”) in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, (supra voetnoot 11); B. LOMBAERT, “Cohérence”, 316-404; I. SCHIPPERS en Z. MAGLIONI, “Le contentieux des étrangers, deux ans après les lois du 15 septembre 2006” (hierna verkort I. SCHIPPERS, “Le contentieux”) in *Le contentieux administratif* (supra noot 67), 147-172. De Raad startte zijn werking op 1 juni 2007.

⁶⁹ Artikel 39/68 van de Vreemdelingenwet verwijst – overigens op overbodige wijze, zie voetnoot 76 – naar artikel 14, § 2, van de RvS-wet. Over deze cassatieprocedure: E. BREWAEYS en A. DE SMET, “De Raad van State als cassatierechter in vreemdelingenzaken” (hierna verkort E. BREWAEYS, “Vreemdelingenzaken”), *T.Vreemd.* 2008, 184-198.

⁷⁰ Artikel 39/2, § 1, tweede lid, 1° Vreemdelingenwet.

⁷¹ Artikel 39/2, § 1, tweede lid, 2° Vreemdelingenwet.

⁷² Artikel 39/2, § 2 Vreemdelingenwet. Daarbij doet hij uitspraak, zoals de Raad van State, over beroepen “wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht”.

⁷³ Artikelen 39/82 en 39/84 Vreemdelingenwet.

⁷⁴ Conclusie van I. SCHIPPERS, “Les compétences”, 143. Zij merkt wel op dat een verzoeker de gewone rechter nog kan vatten met een vordering gesteund op een burgerlijk recht zoals dit, voortvloeiend uit artikel 1382 e.v. BW. M. KAISER daarentegen noemt de effecten op de bevoegdheden van de gewone rechtbanken “quasiment nuls”: “La réforme”, 355. De bevoegdheid van de Raad voor vreemdelingenbetwistingen is hier analoog aan deze van de arbeidsrechtbank of fiscale ka-

Voorts werd de Raad van State door de oprichting van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen voor de toekomst van duizenden dossiers⁷⁵ ontlast maar verliest hij in de betrokken materies meteen zijn schorsings- en annulatiebevoegdheid, die dan wel krachtens artikel 14, § 2, van de RvS-wet door een cassatiebevoegdheid wordt vervangen.⁷⁶ Het is een constante dat het voornoemde verlies optreedt indien er voor een bepaalde materie een voorheen niet bestaand administratief rechtscollege wordt opgericht, waaraan een objectieve geschillenbeslechting wordt toevertrouwd, met als klassieke actiemiddelen de schorsing en de nietigverklaring. Bij een dergelijke herschikking ontstaat meteen een cassatie bij de Raad van State van een “tweede type”: niet het meest gekende type, dat analoog is aan dat voor het Hof van Cassatie, met als te toetsen voorwerp het optreden van een lagere rechter die uitspraak heeft gedaan over het bestaan van subjectieve (voor de Raad van State bij veronderstelling politieke) rechten. Nu ontstaat een cassatietype met een andersoortig voorwerp: een uitspraak van een rechter over het objectief recht. Het komt hierna in randnummer 34 nog ter sprake.

2.3.3. Gewesten – Verkiezingen

23. In het domein van de onbetwist politieke rechten verbonden aan verkiezingen was al lange tijd terechte kritiek op het functioneren van enkele administratieve rechtscolleges zoals de bestendige deputaties van de provincieraden, die structureel – wegens hun andere,

politieke taken en hun samenstelling uit politieke mandatarissen – moeilijk de schijn van onafhankelijkheid konden ophouden.

Zij werden voor hun bevoegdheden in kieszaken vervangen, aan de kant van het Vlaamse Gewest⁷⁷, door raden voor verkiezingsbetwistingen, een per provincie.

In beginsel is het instellen van administratieve rechtscolleges, op grond van artikel 161 van de Grondwet, gelezen in samenhang met artikel 19, § 1, eerste lid van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen (hierna: BWHI), een aangelegenheid die voorbehouden is aan de federale wetgever. In de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is evenwel herhaaldelijk bevestigd dat de decreetgever daartoe wel kan overgaan met toepassing van artikel 10 BWHI – de zogenoemde impliciete bevoegdheden. Ook de Raad van State heeft aldus in het advies bij het betrokken decreetsontwerp aanvaard dat in elke provincie een provinciaal administratief rechtscollege zou worden opgericht, dat het contentieux inzake de lokale politieke aangelegenheden van de bestendige deputatie zou overnemen en zulks “binnen het kader van de uitoefening van een gewestelijke bevoegdheid”.^{78 79}

De jurisdictionele bevoegdheden van de vroegere bestendige deputatie van de provincieraad van Bra-

→

mers van rechtbanken van eerste aanleg: annulatie kan, maar is ondergeschikt en voorafgaand aan het vaststellen van het subjectief recht. Het betreft dus een annulatie met eerder een volle omvang-karakter, zeker met een ander karakter dan bij het objectief geschil. M.-Cl. FOGLETS vergelijkt met de arbeidsrechtbank tegenover OCMW-beslissingen: “Asielwetgeving”, 952.

⁷⁵ Per 1 september 2005 waren er in vreemdelingenmateries 27 399 hangende zaken, in de rest van het contentieux “slechts” 11 467. Jaarverslag 2006-2007, 58-59. Te raadplegen op www.raadvst-consetat.be. Per 31 augustus 2008 was het aantal hangende zaken verminderd tot 14.557 in het vreemdelingencontentieux en 9450 in het algemeen contentieux.

⁷⁶ Krachtens artikel 14, § 2 van de R.v.St.-wet is dat een automatisatie: “De afdeling [bestuursrechtspraak] doet uitspraak, bij wijze van arresten, over de cassatieberoepen ingesteld tegen de door de administratieve rechtscolleges in laatste aanleg gegeven beslissingen in betwiste zaken [...]”. Behoudens in geval van andersluidende wetsbepalingen die de cassatiebevoegdheid aan een ander rechtscollege dan de Raad van State opdragen, is de Raad voor de administratieve orde de algemene cassatierechter. De cassatiezaken in vreemdelingenzaken belopen sinds de hervorming slechts een fractie van het aantal schorsings- en annulatiezaken van voorheen: bijvoorbeeld in 2006-2007 werden 851 dergelijke cassatievoorzieningen ingesteld; daartegenover stonden 3769 vreemdelingenzaken aangebracht in 2004-2005 (Nederlandstalig). Er zijn overigens weinig “algemene” cassatiezaken: 14 in 2006-2007 aan Nederlandstalige kant, 8 voor de Franstalige kamers.

⁷⁷ Titel VIbis van de Gemeentekieswet, ingevoegd bij decreet van 10 februari 2006 houdende wijziging van de Gemeentekieswet gecoördineerd op 4 augustus 1932, de wet van 19 oktober 1921 tot regeling van de provincieraadsverkiezingen, de wet tot organisatie van de geautomatiseerde stemming van 11 april 1994 en het decreet van 7 mei 2004 houdende regeling van de controle van de verkiezingsuitgaven en de herkomst van de geldmiddelen voor de verkiezing van het Vlaams Parlement, de provincieraden, de gemeenteraden en de districtsraden; artikelen 18, 20ter en 20quinquies van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, zoals gewijzigd door het decreet van 7 juli 2006.

⁷⁸ Overzicht bij *Grondwet – Wetgeving Staatshervorming – EVRM*, Brugge, Die Keure, 2006, commentaar bij artikel 161 van de Grondwet, 313-314. Advies RvS in *Parl.St.*, VI.Parl. 2005-06, nr. 637/ 1, 88-89.

⁷⁹ Voor een algemeen overzicht van de talrijke rechtsproblemen op dat vlak betreffende de drie Gewesten: X. DELGRANGE en N. LAGASSE, “La création de juridictions administratives par les communautés et les régions” (hierna verkort X. DELGRANGE, “La création”), in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration* (supra voetnoot 11), 489-523. Voor het Vlaamse Gewest: *Handboek voor de gemeenteraadsverkiezingen in het Vlaamse Gewest*, Brugge, Die Keure, 2006, 313 e.v.; L.M. VENY, I. CARLENS en N. DE VOS, “Het ‘Kiesdecreet’: rechtsgrond, constitutionele bedenkingen, krachtlijnen, innovaties en knelpunten” in J. DUJARDIN (ed.), *Gemeente- en Provinciedecreet*, Brugge, Die Keure, 2006, 314-318; L. VENY, “De regelgevende bevoegdheid van het Vlaamse Gewest voor de komende gemeenteraadsverkiezingen”, *TGEM* 2006/2, 40-41; L. VENY, “De nieuwe spelregels van 8 oktober 2006 in het Vlaamse gewest”, *TGEM* 2006/3, 13-14; A. VANDAMME, “De Raad voor verkiezingsbetwistingen”, *Jura Falc.* 2007-08, nr. 4, 533-561.

bant waren reeds geruime tijd overgegaan naar een rechtscollege.⁸⁰

De discussies rond de betrokken rechtscolleges draaien in de eerste plaats rond de bevoegdheid van de Gewesten om administratieve rechtscolleges op te richten maar ook over de laterale effecten op de bevoegdheid van de Raad van State, die door die gewestelijke initiatieven dermate kan worden geraakt dat deze fundamenteel de aard van zijn controle wijzigen, nochtans gewaarborgd door artikel 6, § 1, VIII, 4^o, b) BWHI: zijn “exclusieve” bevoegdheid “om bij wijze van arresten op de beroepen in hoogste aanleg uitspraak te doen in kierechtzaken”.⁸¹ Het betrof meer bepaald de dreiging dat het beroep in volle omvang bij de Raad van State zou verdwijnen met als gevolg een terugval op de algemene competenties van de Raad van State.⁸²

Een veelheid van rechtscolleges van dezelfde orde die toezicht houden op dezelfde beslissingen, is geen zegen: dit is de lering uit rechtspraak van de Raad van State waarbij de samenloop en het gezag van gewijsde – inzake verkiezingsuitgaven – aan bod kwamen van een uitspraak van een raad voor verkiezingsbetwistingen en van de eveneens voor controle op die uitgaven bevoegd gemaakte “Controlecommissie Verkiezingsuitgaven” van het Vlaamse Parlement.⁸³

2.3.4. *Gemeenschappen – Onderwijs in de Vlaamse Gemeenschap*

24. Een andere nieuwigheid in de niet-federale bevoegdheidsdomeinen is de oprichting, bij decreet van 19 maart 2004, van een administratief rechtscollege dat heden betwistingen over studievoortgangsbeslissingen in het hoger onderwijs behandelt en dit zowel

voor officiële als voor vrije instellingen.⁸⁴ Voorheen was de Raad van State daartoe bevoegd op grond van zijn algemene annulatiebevoegdheid. De Vlaamse Regering benoemt de leden in een hernieuwbaar mandaat van zes jaar.⁸⁵ De voorzitter is een jurist met een grondige kennis van het hoger onderwijs.⁸⁶ Bijzitters dienen vijf jaar belast te zijn geweest met een mandaat als lid van het academisch of onderwijzend personeel van een instelling⁸⁷ en worden benoemd op gezamenlijke voordracht van de Vlaamse Universitaire Raad en de Vlaamse Hogescholenraad.⁸⁸ De Raad kan vernietigen, bevelen een nieuwe beslissing te nemen, onder door hem te stellen voorwaarden, zoals dat een nieuw examen wordt ingericht, of dat bepaalde motieven bij de totstandkoming van de nieuwe beslissing niet worden betrokken of moeten worden betrokken, bevelen dat een verzoeker voorlopig wordt ingeschreven.⁸⁹

Eerst de “Raad voor examenbetwistingen” genoemd, is die “Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbeslissingen” op merkwaardige wijze enkel bevoegd gemaakt voor het hoger onderwijs en de Raad van State is dus nog steeds degene tot wie verzoekers uit de lagere onderwijsniveaus zich rechtstreeks kunnen richten. Vanuit de Raad van State een merkwaardige situatie: teruggedrongen (of verheven?) tot cassatierechter wat de beslissingen in het hoger onderwijs betreft, maar directe annulatierechter voor bijvoorbeeld beslissingen rond attesten van het secundair onderwijs. Temeer omdat tegen beslissingen van het lagere administratief rechtscollege heel weinig cassatievoorzieningen bij de Raad van State worden ingediend, zou het passend zijn de rechtsbescherming hier te vereenvoudigen, en ook het leerplichtonderwijs aan de rechter in eerste aanleg toe te vertrouwen.⁹⁰

⁸⁰ Het college bedoeld in artikel 83quinquies, § 2 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen, en in artikel 74, § 1, eerste lid van de Gemeentekieswet, zoals gewijzigd door de ordonnantie van 16 februari 2006 houdende wijziging van de Gemeentekieswet.

⁸¹ Aldus in advies nr. 38.567/4 van 11 juli 2005 betreffende het voorontwerp dat het Waalse decreet van 8 december 2005 is geworden “modifiant certaines dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation”, *Parl.St. W.Gew.R.* 2004-05, nr. 204/1, 40-41.

⁸² Ook als annulatierechter heeft de Raad van State nochtans “volle rechtsmacht” of een “daadwerkelijk beroep” in de zin van art. 6, § 1 EVRM: GwH 17 januari 2007, nr. 14/2007; RvS 29 juni 2006, nr. 160.759, Lamoën, nr. 160.760, Vos en nr. 160.761, Huybrechts. Voor het begrip “volle rechtsmacht”: I. VERHEVEN, “Naar een nieuwe invulling van het begrip ‘volle rechtsmacht’? Het contentieux van de economische regulatoren”, in *Actualia Publiekrecht, Rechtsbescherming*, Brugge, Die Keure, 2008, 1-50; S. BOULLART, “De ene volle rechtsmacht is de andere niet: over volle en minder volle rechtsmacht” in *Publiekrecht op de drempel van het millennium*, Brugge, Vanden Broele, 2007, 245-273.

⁸³ Ingesteld bij artikel 3 van voornoemd decreet van 7 mei 2004; RvS 10 juli 2007, nr. 173.362, Philtjens: de eerste uitspraak primeert.

⁸⁴ Artikel 2.15. van het decreet van 19 maart 2004 betreffende de rechtspositieregeling van de student, de participatie in het hoger onderwijs, de integratie van bepaalde onderdelen van het hoger onderwijs voor sociale promotie in de hogescholen en de begeleiding van de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen, zoals gewijzigd bij decreet van 30 april 2004: “de Raad doet ‘als administratief rechtscollege’ uitspraak [...]”.

⁸⁵ Artikel 2.18, § 2.

⁸⁶ Artikel 2.17, § 2.

⁸⁷ Artikel 2.17, § 2.

⁸⁸ Artikel 2.18, § 1.

⁸⁹ Artikel 2.22.

⁹⁰ Zoals overigens door de Regering in het vooruitzicht werd gesteld, na het uitproberen van het model voor het hoger onderwijs: R. VERSTEGEN, “De rol van de rechter in de uitbouw van het onderwijsrecht. Een overzicht”, *TORB* 2006-07, (105-123), 110. Zie ook over de start van de nieuwe onderwijsrechter: J. GORIS, “Georganiseerde bestuurlijke beroepen tegen examenbeslissingen in het secundair en het hoger onderwijs in Vlaanderen”, *RW* 2006-07, 82-94; J. DERIDDER, “De Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbeslissingen en zijn eerste jaar rechtspraak”, *TBP* 2006/3, 131-145; K. VAN LINT, “De Raad voor betwistingen inzake studievoortgangs-

Door de oprichting van de Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbepalingen is wel datgene gebeurd waarvoor de afdeling wetgeving van de Raad van State, zoals hiervoor reeds gezien⁹¹, had gewaarschuwd als ware het een ongrondwettigheid: dat door de oprichting van een administratief rechtscollege bij toepassing van de impliciete bevoegdheid uit artikel 10 BWHI, de bevoegdheid van de Raad van State is gewijzigd, zij het dat de Raad van State hier, anders dan in het verkiezingscontentieux dreigde, wel geen volle-omvangbevoegdheid verliest, maar zijn annulatiebevoegdheid ziet omzetten in een cassatiebevoegdheid. Het feit dat de onderwijsmaterie exclusief tot de gemeenschapsbevoegdheid behoort, bracht de afdeling wetgeving van de Raad van State er blijkbaar nu toe om te aanvaarden dat het rechtscollege kon worden opgericht op grond van de impliciete bevoegdheid⁹², ook al werd ook in dit geval de “bevoegdheid” van de Raad van State wel degelijk gewijzigd.⁹³

2.3.5. Gewesten – Milieu en Ruimtelijke ordening in het Vlaamse Gewest

25. De Vlaamse gewestwetgever heeft na de instelling van het voornoemde onderwijscollege⁹⁴ blijkbaar zijn gekregen in de hertekening van de jurisdictionele rechtsbescherming: ook in de domeinen van het milieu en de stedenbouw is een administratief rechtscollege bij decreet ingesteld. De welwillende houding van het Grondwettelijk Hof en de Raad van State, af-

deling wetgeving, ten overstaan van de op de impliciete bevoegdheid gesteunde oprichting van administratieve rechtscolleges is daaraan wellicht niet vreemd.⁹⁵

Bij het voorontwerp van decreet dat het decreet van 21 december 2007 tot aanvulling van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid met een titel XVI “Toezicht, handhaving en veiligheidsmaatregelen” is geworden, heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, op 13 maart 2007 en 20 maart 2007 advies 42.324/AV/3 verleend. Aandacht ging daarbij naar de oprichting van een “Milieuhandavingscollege”, dat uitspraak doet over het beroep dat wordt ingesteld tegen een beslissing van de gewestelijke entiteit houdende de oplegging van een alternatieve of een exclusieve bestuurlijke geldboete.⁹⁶ Volgens de memorie van toelichting zou een dergelijk college – in vergelijking ditmaal met de “justitiële” rechter – meer duidelijkheid en rechtszekerheid creëren, sneller kunnen beslissen, met meer deskundigheid, meer samenhang en eenheid van rechtspraak, in laatste aanleg, met enkel nog mogelijkheid tot cassatieberoep bij de Raad van State. In navolging van een opmerking van de Raad van State werd de mogelijkheid van dat cassatieberoep in het uiteindelijke decreet niet meer geëxpliciteerd, zoals dat wel nog in het voorontwerp het geval was.

De voormelde verantwoording werd door de Raad van State te algemeen bevonden om aan de criteria van artikel 10 BWHI te voldoen.⁹⁷ Toch is de decreetgever doorgegaan met zijn intentie: zijn verantwoording is in de memorie van toelichting enkel wat specifiek geworden.⁹⁸

Volgens paragraaf 1 van artikel 16.4.19. is het Milieuhandavingscollege “een administratief rechtscollege als vermeld in artikel 161 van de Grondwet”. In paragraaf 2 worden de toetsingsgronden beperkt tot “de bepalingen van deze titel” en “de beginselen van

→ beslissingen. Een analyse na twee werkjaren”, *TORB* 2006-07, 454-472; J. NEUTS, “Rechtsbescherming bij examenbeslissingen in het hoger onderwijs: de Raad van State gebuisd?”, *TORB* 2004-05, 263-78. Voor de recente rechtspraak: J. DERIDDER, “Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbepalingen: rechtspraak van de Raad 2008”, *TBP* 2009/3, 180-191.

⁹¹ Voetnoot 81.

⁹² “De maatregel heeft daarenboven slechts een marginale weerslag op de federale justitiële bevoegdheid, daar zij – uiteraard – geen afbreuk doet aan de functie van de Raad van State als administratieve cassatierechter en niet raakt aan de mogelijkheid om zich te wenden tot de gewone rechtbanken” luidt het in haar advies nr. 35.979/1 van 30 oktober 2003, *Parl.St.* VI.Parl. 2003-04, nr. 1960/1, 20.

⁹³ Op het vlak van het “formele veld” van de actiemogelijkheid, eerder dan in het “organieke veld”, aangezien de Raad van State een medespeler blijft: D. VERBIEST, “Jurisdictionele rechtsbescherming”, 1251.

⁹⁴ Op niet erg relevante wijze ook gemotiveerd vanuit de zorg voor een snelle rechtsbescherming, hoewel de Raad van State daar reeds voor zorgde in zijn schorsingsrechtspraak bij uiterst dringende noodzakelijkheid, en dit in één instantie. Het onderwijscollege kent geen dergelijke spoedprocedure, en met een cassatievoorziening bij de Raad van State en een mogelijke verwijzing na cassatie wordt dat oogmerk zeker in de zaken die voorwerp zijn van een cassatieberoep juist niet dichterbij gebracht. Eenzelfde opmerking bij X. DELGRANGE, “La création”, 500. Voorbeelden van dergelijke cassatieprocedures: voetnoot 144.

⁹⁵ De afdeling wetgeving heeft overigens zelf al ooit de oprichting van een gewestelijk rechtscollege gesuggereerd in de betrokken materie: advies nr. 38.943/2/V van 5 september 2005 over een voorontwerp dat het decreet van 16 maart 2006 is geworden, “modifiant le Livre Ier du Code de l’Environnement pour ce qui concerne le droit d’accès du public à l’information en matière d’environnement”, *Parl.St.* W.Parl. 2005-06, nr. 309/1, 29-30.

⁹⁶ *Parl.St.* VI.Parl. 2006-07, 1249/1.

⁹⁷ Steunend onder meer op het reeds vermelde arrest van het Grondwettelijk Hof, nr. 49/2003, 30 april 2003, B.8.2.: “vereist is dat de aan te nemen regeling noodzakelijk is voor de uitoefening van de bevoegdheden van de betrokken gemeenschap of het betrokken gewest, dat de aangelegenheid zich leent tot een gedifferentieerde regeling en dat de weerslag van de betrokken bepalingen op de aangelegenheid slechts marginaal is”.

⁹⁸ Memorie van toelichting, *Parl.St.* VI.Parl. 2006-07, nr. 1249/1, 216-217.

behoorlijk bestuur”.⁹⁹ In paragraaf 3 zijn de actiemiddelen van het college verrat: de gemotiveerde afwijzing van het beroep – die “de bevestiging” van de geldboete “inhoudt”; de gemotiveerde gegrondverklaring van het beroep, hetgeen “een vermindering of kwijtschelding” van de boete inhoudt; de gemotiveerde vernietiging, in welk geval de gewestelijke entiteit kan worden bevolen een nieuwe beslissing te nemen onder de door het college te stellen voorwaarden: deze kunnen inhouden dat de overtreder in afwachting ontheven is van de betalingsverplichting, dat welbepaalde “onregelmatige of onredelijke motieven” bij de totstandkoming van de nieuwe beslissing niet worden betrokken of dat welbepaalde “regelmatige of onredelijke motieven” daarbij “kennelijk in ogenschouw moeten worden genomen”. Zoals bij de hiervoor besproken Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbepalingen worden het nieuwe rechtcollege dus enkele injunctiebevoegdheden toevertrouwd, die ten opzichte van de actiemiddelen van de Raad van State vrij innoverend mogen worden genoemd. Het beroep bij het college is wel niet schorsend.¹⁰⁰ De leden van het college worden door de Vlaamse Regering voor een hernieuwbaar mandaat van zes jaar benoemd, dat voltijds is voor voorzitter, ondervoorzitter en de vier effectieve bijzitters. De voornaamste benoemingsvoorwaarden zijn kennis van en ervaring in het Vlaamse milieurecht of milieubeleid.¹⁰¹

26. Het is niet anders gelopen in het domein van de ruimtelijke ordening: in de toelichting bij het voorontwerp¹⁰² van gewestdecreet tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijke plannings-, vergunningen- en handhavingsbeleid, zoals het ter advisering aan de Raad van State werd voorgelegd, wordt een uitvoerige verantwoording voor weer een nieuw administratief rechtcollege gegeven: het administratief beroep bij de Vlaamse Regering moet worden vervangen door een jurisdictioneel beroep bij een nieuw op te richten Raad voor vergunningsbetwistingen, omdat zulks onder meer beter zou stroken met de eisen van het Verdrag van Aarhus¹⁰³ en artikel 6 van het

EVRM; voorts zou een gespecialiseerd rechtcollege het voordeel bieden dat de techniciteit en de feitelijkheid van de vergunningsproblematiek aan een diepgaand feitenonderzoek kan worden onderworpen zodat bij een cassatieberoep bij de Raad van State zulks geen voorwerp van onderzoek meer moet zijn; ten slotte wordt naar een “traditionele” redengeving verwezen: “in vergelijking met de Raad van State” door “specialisatie met meer deskundigheid te oordelen” en “sneller te beslissen”. Een aantal adviserende instellingen opperden bezwaren, in diverse richtingen: aldus is er twijfel of de nieuwe Raad een meerwaarde inhoudt tegenover de Raad van State en of hij diens expertise snel zal kunnen verwerven; er wordt betreurd dat met het cassatieberoep bij de Raad van State weer een extra procedurestap wordt ingesteld; de “aanwijzingen” die de op te richten Raad aan het bestuur zal kunnen geven, zouden dan weer een te verregaande inbreuk op de beleidsvrijheid van de overheid zijn.

In zijn advies van 23 september 2008 heeft de Raad van State opnieuw de toets verricht aan artikel 10 BWHI en het daarin vervatte noodzakelijkheidsvereiste, en weer vastgesteld dat dit artikel geen toepassing kon vinden, zoals bij het voormelde Milieuhandhavingscollege: opnieuw zijn de aangevoerde redenen van specialisatie en snelheid van een te algemene draagwijdte en kunnen zij aldus worden ingeroepen om vele geschillen met betrekking tot de regelgeving die binnen de bevoegdheid van de Gemeenschappen en Gewesten valt, aan de krachtens de federale regelgeving bevoegde rechter te onttrekken. Inzonderheid blijkt volgens de Raad van State niet dat door hun aard, de annulatieberoepen die de stellers van het ontwerp beogen te onttrekken aan de Raad van State, dermate specifiek zijn dat de ontworpen regeling noodzakelijk is.¹⁰⁴ Dat advies wordt echter nog eens een keer niet gevolgd: in de toelichting wordt nu meer concreet, met cijfermatige gegevens, verwezen naar het falen van de Raad van State om in het betrokken domein snelle rechtsbescherming te bieden.¹⁰⁵

⁹⁹ In zijn advies ziet de Raad van State niet in wat met die beperking van de legaliteitscontrole precies wordt beoogd: voormeld advies 42.324/AV/3 bij het ontworpen artikel 16.4.19.

¹⁰⁰ Artikelen 16.4.39 en 16.4.44.

¹⁰¹ Artikel 16.4.21, § 2. De Vlaamse decreetgever vindt het betrokken college blijkbaar belangrijk: zijn voorzitter en ondervoorzitter wordt een wedde toegekend gelijk aan die van een voorzitter, respectievelijk een kamervoorzitter van de Raad van State; effectieve bijzitters de wedde van staatsraad.

¹⁰² Advies RvS afdeling wetgeving, nr. 44.837/1 van 23 september 2008, *Parl.St.* VI.Parl. 2008-09, nr. 2011/1, 925. Ondertussen het decreet van 27 maart 2009 tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijke plannings-, vergunningen- en handhavingsbeleid.

¹⁰³ Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangele-

→

genheden, ondertekend te Aarhus op 25 juni 1998, goedgekeurd bij het decreet van 6 december 2002.

¹⁰⁴ De Raad van State verwijst daarbij ook naar de recente maatregelen tot wegwerking en beheersing van de gerechtelijke achterstand op het niveau van de Raad van State en de wet van 15 september 2006 tot hervorming van de Raad van State en tot oprichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

¹⁰⁵ *Parl.St.* VI.Parl. 2008-09, nr. 2011/1, 205. Hoeveel sneller kan het nog dan in de bij de Raad van State voorhanden zijnde procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid? Een nieuw college wordt in de steigers gezet net wanneer de Raad van State aan een substantieel inhaalmaneuver bezig is waar het de dossiers ten gronde betreft en eigen navraag leert dat inzake stedenbouwkundige vergunningen er heden over gewone schorsingsvorderingen doorgaans drie maanden na indiening van het verzoekschrift uitspraak is, en zulks toch in

→

Het nieuwe college spreekt zich “als administratief rechtcollege” uit onder meer over beroepen tegen vergunningsbeslissingen betreffende het afleveren of weigeren van een vergunning en valideringsbetwistingen betreffende “as built”-attesten.¹⁰⁶ In echo met de hiervoor besproken Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbeslissingen en het Milieuhandhavingscollege, krijgt deze nieuwe Raad de bevoegdheid om de betrokken beslissingen nietig te verklaren en kan hij ook bevel geven om een nieuwe beslissing te nemen waarbij hij een termijn kan bepalen waarbinnen opnieuw moet worden beslist, welke bepaalde onregelmatige of kennelijk onredelijke motieven aanwijzen die bij de totstandkoming van de nieuwe beslissing niet kunnen worden betrokken, specifieke rechtsregelen en rechtsbeginselen aanwijzen die bij de nieuwe beslissing moeten worden betrokken en de procedurele handelingen omschrijven die voorafgaand aan de nieuwe beslissing moeten worden gesteld.¹⁰⁷ De voorzitter van de Raad kan schorsen bij wijze van voorlopige voorziening, ter voorkoming van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel.¹⁰⁸ De Raad zal uit vijf raadsleden bestaan, te benoemen door de Vlaamse Regering voor het leven, met als benoemingsvoorwaarden een masterdiploma in de rechten, grondige kennis van en tien jaar nuttige ervaring in het domein van het Vlaamse ruimtelijke ordeningsrecht.¹⁰⁹ De Raad benoemt zelf zijn vijf adviseurs en twee griffiers.¹¹⁰

Het laat zich alvast aanzien dat het aantal door de Raad te behandelen zaken aanzienlijk hoger zal liggen¹¹¹ dan de enkele tientallen zaken door de Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbetwistingen. Heden behandelen in de Raad van State aan Ne-

→

procedures waarin ook nog een auditorsadvies de uitspraak voorafgaat. In zaken waarin binnen het nieuwe stelsel cassatievoorzieningen zullen worden ingesteld, zal een dergelijke termijn tussen verzoekschrift en uitspraak wellicht nooit worden gehaald. In de toelichting gaat men ervan uit dat “het beroep bij de Raad voor vergunningsbetwistingen ruim drie maanden in beslag neemt”. Bekend met rechtspraak en met de onvoorspelbaarheid van de verhouding tussen het aantal inkomende zaken en het aantal einduitspraken, vinden we dit een gewaagde assumptie.

¹⁰⁶ Artikel 133/56 van het decreet.

¹⁰⁷ Artikel 133/58. De bepaling in artikel 124, § 1, derde lid van het voorontwerp is na strenge kritiek in het advies van de Raad van State blijkbaar niet behouden: de Raad voor vergunningsbetwistingen zou daardoor gemachtigd worden om bij het bevelen van procedurehandelingen af te wijken van – zelfs decretale regels – “in zoverre zulks verantwoord wordt vanuit proceseconomische redenen en de nood aan een snel en effectief rechtsherstel”. Hoogst innovatief, maar volgens de Raad van State in strijd met de scheiding der machten, de normenhiërarchie en de rechtsstaat: voormeld advies nr. 44.837/1, 28.

¹⁰⁸ Artikelen 133/58, § 3 en 133/68.

¹⁰⁹ Artikelen 133/59 en 133/60.

¹¹⁰ Artikel 133/61.

¹¹¹ 2006-2007: 465 dossiers in beroep bij de minister.

derlandstalige kant een zestal staatsraden het betrokken contentieux. De voormelde voorzitter zal erg zwaar belast zijn met zijn voorlopige voorzieningen: hij heeft wel het comfort vrijgesteld te zijn van onderzoek naar de voorwaarde van het ernstig middel. Meer vertrouwen dus vanwege de Vlaamse regelgever in de voorzitter van zijn administratief rechtcollege dan de federale regelgever in de Raad van State. Zij het dat zulks ook kan leiden tot overmatig veel vragen om voorlopige voorzieningen, in beroepen die niet op ernstige rechtsargumenten zijn gesteund. Een klassiek dilemma voor wie een kort geding tegen overheidsbeslissing instelt: lichte of zware schorsingsvoorwaarden.¹¹²

2.3.6. *Nog enkele beschouwingen bij de nieuwe rechtcolleges*

27. Uit hetgeen voorafgaat, blijkt dat in een korte tijdsspanne van enkele jaren de “administratieve rechtsorde” sterk aan verandering onderhevig was. In de eerste plaats in de organieke en materiële velden¹¹³: op federaal initiatief zijn er rechtcolleges bijgekomen of hervormd (vreemdelingen, mededinging) maar ook vanuit Gemeenschappen en Gewesten (onderwijs, milieu, ruimtelijke ordening). Bij het opzetten van de nieuwe colleges lijkt echter de bekommernis een zo consistente en zo toegankelijk mogelijke rechtsbescherming te bereiken, niet het hoofdmotief te zijn geweest. Zo is de complexiteit inzake de Raad voor de Mededinging storend – zij het dat ze misschien noodzakelijk is. Was het voorts onvermijdelijk voor het vreemdelingencontentieux een administratieve rechtbank op te zetten, die behalve wat het ontbreken van een auditoraat betreft, in haar verschijningsvorm de Raad van State benadert, zij het dat die materie in elk geval een eigen rechtbankstructuur verdiende?¹¹⁴

Voorts is er in het formele veld ook wat innovatie te vermelden: aan de nieuwe rechtcolleges worden een aantal bevoegdheden verleend die hun toestaan beslissingen te nemen die toegesneden zijn op de concrete zaak en in tegenstelling tot bijvoorbeeld de brute nietigverklaring het bestuur “helpen” om een rechtmatige beslissing te nemen (bijvoorbeeld injuncties

¹¹² Zie infra randnummer 32. Zelfs voor personeelsbeleid zal de Raad meer armslag hebben dan de Raad van State die niet eens zelf zijn griffiers kan benoemen: overeenkomstig artikel 72 RvS-wet is het de Koning die de griffiers benoemt.

¹¹³ We stelden reeds vast dat wie jurisdictionele rechtsbescherming inricht of hervormt, aan drie velden aandacht moet besteden: de rechtcolleges waaraan de rechtsbescherming wordt toevertrouwd: hun soort, aantal, verspreiding (organieke veld), de domeinen van het overheidsoptreden of soorten overheidsbeslissingen die onder hun toezicht wordt gebracht (materiële veld) en de behandelingswijze van de geschillen, de actiemiddelen van die colleges (formele veld): D. VERBIEST, “Jurisdictionele rechtsbescherming”, 1251.

¹¹⁴ Zie infra randnummer 31.

betreffende de motieven) of de verzoeker geen procedetijd doen verliezen (voorlopige inschrijving in een onderwijsinstelling): in elk geval meer specifiek omschreven dan bij de Raad van State die nog steeds zijn beslissing moet toespitsen op de zaak aan de hand van schorsing, nietigverklaring, dwangsom of voorlopige maatregelen¹¹⁵ en hoogstens als *obiter dictum* kan stellen wat het bestuur na nietigverklaring moet doen.¹¹⁶ Erg onlogisch is daarbij dat een rechtscollege – bijvoorbeeld het hiervoor besproken onderwijscollege van de Vlaamse Gemeenschap – waarover de Raad van State de cassatiebevoegdheid heeft, in eenzelfde materie meer zeggenschap heeft over de bestuurlijke beslissing die na zijn uitspraak moet volgen dan de Raad van State, zijn cassatierechter, waar deze zelf rechter is over de grond: de federale regelgever blijkt op het punt van ter beschikking gestelde actiemiddelen zuiniger voor zijn hoogste administratieve rechtscollege dan de Vlaamse Gemeenschap tegenover haar “lager” administratief rechtscollege, hoewel dit laatste als annulatierechter toezicht heeft over het hoger onderwijs, en de Raad van State in die hoedanigheid slechts over de beslissingen uit het “lagere” leerplichtonderwijs.

De vraag rijst of wat deze nieuwe rechtscolleges betreft, een duidelijker jurisdictionele rechtsbescherming zou zijn ontstaan ingeval de Belgische rechtsorde monistisch was geweest. Weinig waarschijnlijk: de federale wetgever had dan de Raad voor de Mededinging helemaal moeten inschakelen in de gewone rechtbanken. Op het eerste gezicht zou het ook dan moeilijk op een meer eenvoudig patroon zijn uitgelopen: één rechtbank in eerste aanleg, één hof van beroep, toch nog prejudiciële vragen aan het Hof van Cassatie, toch tussenkomst van de Europese instellingen? Hoe zou dan de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen moeten zijn opgezet? Ook als een groot eenheidscollege wellicht. Ook de Vlaamse decreetgever, die krachtens de ene weg van artikel 10 BWHI enkel nog maar enkele colleges van “zijn” – administratieve – rechtsorde aan het opzetten is en aldus noodgedwongen “monistisch” bezig is, zij het dan in een wat andere dan de klassieke betekenis, heeft

evenmin zijn Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbepalingen, zijn Milieuhandavingscollege en zijn Raad voor vergunningsbetwistingen in aanzet, op elkaar afgestemd wat samenstelling en bevoegdheden betreft. Zijn rechtsorde van administratieve rechtscolleges oogt straks al even versnipperd als de federale, zij het mede omdat de uitbouw van een algemeen jurisdictioneel stelsel hem op de smalle basis van artikel 10 BWHI niet is toegestaan. De conclusie lijkt zich aan te dienen dat de wijze waarop een jurisdictioneel stelsel – monistisch of dualistisch – wordt ingevuld, voor de doorzichtigheid van de rechtsbescherming belangrijker is dan de keuze zelf voor het ene of andere stelsel.

3. HERVORMINGEN

28. Terwijl we enkele jaren geleden – met anderen – al heel wat pijnpunten hadden gedetecteerd van het dualisme, hebben we er hiervoor nog enkele nieuwe vastgesteld. Het instellen van een integraal monisme is daarom niet dwingender geworden, maar in elk geval een steeds moeilijker opdracht. Er is in de eerste plaats het feit van de administratieve rechtscolleges van de Gemeenschappen en Gewesten, die in een monistisch stelsel moeten worden betrokken en dan ook in de gewone rechtbanken zouden moeten worden geïntegreerd. Als het de federale regelgever is die zulks nog wil verwezenlijken voor de gehele Belgische rechtsorde, zal een “herfederalisering” nodig zijn van de (impliciete) bevoegdheid op grond waarvan deze colleges zijn opgericht. Het is de vraag of in dat geval Gewesten en Gemeenschappen bereid zullen worden gevonden om die bevoegdheid af te staan. Zelfs zonder dit bijzondere probleem is de weg naar monisme lang en moeilijk: daarvan getuigt de Nederlandse ervaring.¹¹⁷

Vervolgens is de gewone rechterlijke orde zelf heden in dergelijk woelig water terechtgekomen naar aanleiding van de naweeën van de bankcrisis¹¹⁸ dat

¹¹⁵ Ook al is dat een hele evolutie in vergelijking met alleen de nietigverklaring, bij zijn oprichting in 1946.

¹¹⁶ I. OPDEBEEK wees al op de onduidelijkheid in verband met de dwangsom en pleitte in verband met de interpretatie en uitvoering van de arresten voor een instantie binnen de Raad van State waar begeleiding daarbij zou kunnen worden gezocht. Zij stelt overigens: “de Raad van State is en blijft een rechter die in beginsel geen injuncties kan opleggen, die geen rechtsherstel kan bevelen, en die bijgevolg niet bevoegd is voor alle aspecten in verband met de uitvoering van zijn eigen vernietigingsarresten. De vraag rijst of er principieel wel een reden is om de Raad van State deze bevoegdheden te ontzeggen”. I. OPDEBEEK, “De Raad van State en de dwangsom” in *Rechtsbescherming door de Raad van State – 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge, Die Keure, 2004, 350.

¹¹⁷ Pas in 2008 is daar voor het eerst het bestuursrecht in één procesregeling gevat: zie A. VERBURG en R. KROES, “Procesregeling bestuursrecht nu voor alle bestuursrechtelijke zaken”, *Nederlands Juristenblad* 26 september 2008, 2061-2064. Zie ook A. MARSEILLE, K.J. DE GRAAF en A.J.H. SMIT, “Een advocaat-generaal voor de hoogste bestuursrechters. Over de noodzaak en de vormgeving”, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2008, 67-76.

¹¹⁸ En het ontslag van de Regering-Leterme. Zie *Juristenkrant* 24 december 2008 en 14 januari 2008, 8-9: interview met M.E. STORME en H. VUYE. Laatstgenoemde spreekt van de “guerre des hauts magistrats” tussen het Grondwettelijk Hof, het Hof van Cassatie en de Raad van State, “die zich als haantjes gedragen” maar geeft als enig voorbeeld het Hof van Cassatie “dat geregeld weigert prejudiciële vragen te stellen aan het Grondwettelijk Hof”. Nochtans kunnen leden van de drie rechtscolleges beschaafd van gedachten wisselen op een studiedag over hun onderlinge verhoudingen en een gemeenschappelijk verslagboek daarvan uitgeven: *De verhouding tus-*

velen pleiten voor een grondige hervorming ervan. De administratieve orde¹¹⁹ in die beweging erbij nemen, lijkt van het goede te veel en wordt ook niet altijd gevraagd door degenen die recent voor de hervorming van “justitie” pleitten.¹²⁰ Hebben zij die er wel aan denken, overigens steeds een goed zicht op de aanzienlijke inspanning die het zou kosten om de plejade aan administratieve rechtscolleges te integreren in de gewone rechterlijk orde, zowel op het vlak van structuren, materies als op het vlak van procedureregels?

Ook zonder de voormelde nieuwe gegevens waren we ook al geen pleitbezorger van monisme: een renovatie van de administratieve rechtscolleges en van hun relaties met de gewone rechters volstond voor ons. Omdat de problemen van die orde – en van haar relatie tot de gewone rechters – niets aan pertinentie blijken te hebben ingeboet, wel integendeel, is die renovatie wel steeds dringender.

29. Een eerste renovatiewerk lijkt al voltooid: er is een brug geslagen tussen de annulatieprocedure bij de Raad van State en de procedure voor de gewone rechter die moet leiden tot schadevergoeding voor het onrechtmatig handelen van een bestuur: de wet van 25 juli 2008¹²¹ vult artikel 2224 BW aan waardoor het annulatieberoep de verjaring stuit van het recht om de voormelde schadevergoeding te vorderen.¹²²

→

sen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State, Brugge, Die Keure, 2006, XX + 394 p.

¹¹⁹ Wie een historisch overzicht van de talrijke administratieve rechtscolleges wil, gaat duizelen bij het werk van I. SIRJACOBS en H. VANDEN BOSCH, *De administratieve rechtscolleges in België sinds 1795*, Brussel, Bruylant, 2006.

¹²⁰ Toenmalig minister van Justitie J. VAN DEURZEN verwees in een toespraak op 13 juni 2008 naar het regeerakkoord dat een “hertekening van het gerechtelijk landschap” in haar programma had opgenomen met een “grote eerstelijnsrechtbank” die gespecialiseerde rechtbanken groepeerde inclusief “eventueel” een administratieve rechtbank. Eerste voorzitter van het Hof van Cassatie G. LONDERS wil de magistratuur concrete stappen doen nemen voor “een hertekening van het gerechtelijk landschap”, maar zwijgt daarbij over de administratieve rechtscolleges: *Juristenkrant* 12 november 2008, 10-11. Eerste voorzitter van het Hof van Beroep te Antwerpen M. ROZIE waarschuwt eerder voor versnippering van de rechtspraak en verlies van specialisaties bij proliferatie vanhoven van beroep, bijvoorbeeld door de oprichting van een hof in Limburg. Minister van Justitie S. DE CLERCK zwijgt over de administratieve rechtscolleges: “Het is nu of nooit voor Justitie – De tijd is rijp”, *De Standaard* 9 februari 2009, 4-5.

¹²¹ *BS* 22 augustus 2008.

¹²² Bespreking door E. BREWAEYS, “De stuiting van de verjaring van schuldvorderingen tegen de overheid”, *RW* 2008-09, 562-568. Strategieën om de arresten van Raad van State efficiënt te gebruiken en een schets van rechtspraak betreffende pecuniair rechtsherstel na die arresten geeft D. MAREEN, *Rechtsherstel door de Raad van State bij weigering van benoeming in overheidsdienst*, Antwerpen, Intersentia, 2004, nrs. 310 e.v.

30. Wat valt er nog te doen?¹²³ Laten we ervan uitgaan dat het werk nooit af zal zijn en dat steeds weer nieuwe pijnpunten zullen opduiken: alvast kan van de hypothese worden uitgegaan dat het materiële recht in bepaalde rechtsdomeinen waar overheidsbetrokkenheid voorhanden is, bijzondere geschillenprocedures vereist. Ook als deze aan administratieve rechters worden toevertrouwd, moet worden gestreefd naar een zo kort mogelijk procedureverloop en naar processuele mogelijkheden die bijdragen tot een zo definitief mogelijke beslechting van het geschil, zodat uiteindelijk het werkelijke conflict tussen partijen feitelijk wordt opgelost. Vandaar ons pleidooi voor meer bevoegdheden voor de administratieve rechters en meer bruggen tussen de twee ordes. Waar de gewone rechter nog een “aanvullende rol” dient te spelen ten aanzien van de bestuursrechtspraak, wijst dit immers nogal eens op de onvolkomen bevoegdheidstoebedeling aan de administratieve rechter.

In de eerste plaats – om het hiervoor besproken attributieconflict te stroomlijnen, is eindelijk eens een wijziging nodig van de langzamerhand mythische artikelen 144-145 van de Grondwet.¹²⁴ De hiervoor geschetste zoektochten naar de rechtsmacht en de ontleding van de byzantijnse onderscheidingen die daarbij zijn ontwikkeld, gaan de kennis van de modale advocaat en rechtzoekende ver te boven en dienen aldus de rechtsbescherming niet.

Zonder de voornoemde dichotomie zou aan administratieve rechtscolleges, de Raad van State in de eerste plaats, rechtsmacht kunnen worden toegekend om bij de nietigverklaring van eenzijdige beslissingen van overheden ook de rechten te erkennen die uit die nietigverklaring voortvloeien, ongeacht het feit of de betrokken beslissingen genomen zijn op grond van discretionaire of gebonden bevoegdheid en ongeacht of ze daarbij dan als declaratief of constitutief worden aangemerkt: een goed voorbeeld is de 10% schadevergoeding bij de nietigverklaring van een toewijzing van een overheidsopdracht, na een aanbestedingsprocedure.¹²⁵

¹²³ We hebben in 2004 in onze meer vermelde bijdrage “Jurisdictionele rechtsbescherming”, 1252-1259, uitvoerig een hervormingsstrategie uitgetekend, die we hier in grote lijnen volgen, maar met enkele actualisaties.

¹²⁴ Een algemene bepaling zou de daarin besloten dichotomie burgerlijke-politieke rechten kunnen vervangen, waarin wordt gezegd dat geschillen betreffende de rechtmatigheid van overheidsop treden worden beslecht door de rechtscolleges die de wet inricht en die toegankelijk zijn en handelen volgens de regels bepaald door of krachtens de wet.

¹²⁵ Artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Voor het schadevergoedingsprobleem in Nederland: W. DEN OUDEN, J.E.M. POLAK en Y.E. SCHUURMANS, “Kroniek van het bestuursrecht”, *Nederlands Juristenblad* 18 april 2008, (959-968) 967.

Voorts zou het kort geding bij de gewone rechter tegen overheden zoal niet kunnen verdwijnen, dan toch moeten worden beperkt.¹²⁶ Het komt heden op zijn minst weinig coherent over dat een gewone kortgedingrechter een bestuurlijke beslissing in haar uitvoering schorst, terwijl daaraan voorafgaand de Raad van State op grond van een beoordeling van rechtsmiddelen, de vordering tot schorsing heeft afgewezen.¹²⁷

Ten slotte zou de attributierechtter dan, bij wijziging van artikel 158 van de Grondwet, een paritair college kunnen zijn, samengesteld uit leden van de beide ordes, eventueel aangevuld met leden van het Grondwettelijk Hof.¹²⁸ De huidige dominante positie van het Hof van Cassatie leidt immers tot een “dualisme inégalitaire”¹²⁹: de attributieregeling kent het eenrichtingsverkeer; ze beschermt de gewone rechtbanken tegen aanmatigheden van de Raad van State, maar geen enkele demarcatieregel beschermt de rechtsmacht van de Raad tegen de bemoeienissen van de gewone rechters. Nu de Raad van State en de administratieve rechtscolleges in nog maar weinig vereenzelvigd kunnen worden met de uitvoerende macht, rijst overigens de vraag of de rechtsonderhorigen nog tegen deze rechtscolleges “beschermd” moeten worden door hun rechtsgeschillen in bepaalde – soms moeilijk vooraf kenbare – gevallen aan de gewone rechter door te schuiven. Voor zover we weten, is ook nog nergens aangetoond dat de Raad van State stelselmatig het terrein van de gewone rechter zou pogen te bezetten: integendeel verklaart hij zich erg geregeld zonder rechtsmacht. Daarbij is een merkwaardige evolutie vast te stellen: in tegenstelling tot de bedoeling van de oorspronkelijke grondwetgever, controleerde de gewone rechter decennia lang het bestuur te weinig; de Raad van State werd als remedie opgericht; pas daarna werd de gewone rechter tegenover het bestuur steeds actiever en tegelijk werden door een gewone rechter – het Hof van Cassatie – de handelingsmogelijkheden van de Raad van State steeds meer ingetoomd. Het lijkt wat op wroeging na vroeger verzuim.

31. We hebben indertijd gepleit voor de oprichting van een “Administratief Gerecht van eerste aanleg” binnen de Raad van State, naar het voorbeeld van het Gerecht van eerste aanleg bij het Hof van Justitie van

de Europese Gemeenschappen. Het auditoraat zou daarbij bij de twee colleges kunnen werken, hetgeen de eenheid van rechtspraak tussen de twee zou kunnen bevorderen. Geschillen rond individuele beslissingen zouden daaraan kunnen worden toevertrouwd: aldus zou dat Gerecht tuchtsancties, benoemingen, erkenningen, vergunningen in hun uitvoering kunnen schorsen en nietig verklaren, met een beperkte hogere voorziening bij de Raad van State zelf. Daarbij zouden reglementaire besluiten voorbehouden blijven aan de Raad. Bij verkeerde kwalificatie door een verzoevende partij van het al dan niet reglementair karakter, zouden het Gerecht of de Raad het dossier aan elkaar doorzenden. De federale regelgever heeft vooralsnog niet voor dit model geopteerd en mocht hij daarvoor – alsnog voor opteren, is het misschien te laat, gezien de proliferatie van administratieve rechtscolleges van Gemeenschappen en Gewesten. Integendeel lijkt hij, althans wat het vreemdelingencontentieux betreft, te hebben gekozen voor de oprichting van een autonoom college buiten de Raad van State: de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. We hebben er begrip voor, omdat het betrokken contentieux omvangrijk is; toch ware het een mooi experiment geweest, indien die nieuwe rechtbank binnen de Raad van State was opgericht als eerste geleding van een Gerecht van eerste aanleg. Is het een naïeve droom om de – vooralsnog groot uitgebouwde – Raad voor Vreemdelingenbetwistingen ooit toch nog te zien omvormen tot misschien een – eerste – onderdeel van het beoogde Gerecht van eerste aanleg? Zulks is niet ondenkbaar indien de frequentie van de vreemdelingenzaken zou afnemen. Het zou ook de her en der gehoorde verzoeking inlossen dat dit contentieux over een auditoraat zou moeten beschikken, nu de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zelf geen specifieke onderzoeksbevoegdheden heeft.¹³⁰

Delen van het contentieux voor de Raad van State die niet al te omvangrijk en bovendien op meta-juridisch vlak erg technisch zijn, zouden naar een kamer van het voorgestelde Gerecht van eerste aanleg kunnen: de overheidsopdrachten bijvoorbeeld. Meteen zou door een bijzondere samenstelling, met experts ad hoc (architecten, ingenieurs, informatici, bedrijfsrevisoren) in de zaak geroepen, een dergelijke kamer ook over “technische” middelen uitspraak kunnen doen. Zulks kan de Raad van State in schorsingsprocedures in principe nu niet, bij gebrek aan mogelijkheid om een deskundige aan te stellen, aangezien dat afbreuk doet aan de vereiste spoedeisendheid van het kort geding. Mocht een dergelijke kamer dan ook nog zelf over schadevergoedingen rond de onrechtmatige toewijzing van overheidsopdrachten kunnen beslissen, ware dat de beste der werelden.

¹²⁶ Ook in gidsland van het administratief recht Frankrijk blijken de twee types kort gedingen nog concurrentieel: A. VAN LANG, “Le dualisme juridictionnel en France: une question d’actualité”, *AJDA* 26 september 2005, 1763.

¹²⁷ Voorbeeld: Arbrb. Antwerpen 22 januari 2007 na RvS 30 oktober 2006, nr. 164.245, *RW* 2008-09, 292.

¹²⁸ Ook het voorstel van B. LOMBAERT, “Cohérence”, 66. In dezelfde zin: D. D’HOOGHE, “Interferentie”, 233.

¹²⁹ Term van B. LOMBAERT, *ibid.* De auteurs pleiten voor een “tribunal des conflits” naar Frans model, in een egalitaire samenstelling met gewone en administratieve rechters.

¹³⁰ I. SCHIPPERS en Z. MAGLIONI, “Le contentieux” (*supra* noot 68), 152.

Samenloop met kort gedingen voor de gewone rechter zouden dan in die materie uit de wereld kunnen zijn. Mag op een dergelijke in de Raad van State geïntegreerde administratieve rechter in eerste aanleg echter nog worden gehoopt, in de huidige cultuur van “zelfstandige” administratieve rechtscolleges, buiten de Raad van State?¹³¹

32. Wat actiemiddelen van administratieve rechtscolleges betreft, hebben we indertijd al gepleit voor een “lichtere” vorm van schorsing voor de Raad van State – zonder de vereisten van moeilijk te herstellen ernstig nadeel en ernstig rechtsmiddel. De gewone rechter kan immers in kort gedingen betreffende overheidsbeslissingen reeds maatregelen bevelen bij urgentie, na belangenafweging en bij dreigende schade.¹³² Het lijkt al moeilijk te verdedigen dat de hoogste en meest gespecialiseerde overheidsrechter niet dezelfde “lichte” schorsingsbevoegdheid toegewezen krijgt van een wetgever die hem in artikel 17 van de RvS-wet – enigszins misleidend zoals we hiervoor hebben vastgesteld – aanwijst als “de enige” die de schorsing van de tenuitvoerlegging van dergelijke beslissingen kan bevelen. De Raad van State moet zich onthouden indien hij het rechtens vereiste nadeel of middelen niet ontwaart. Hij moet wel dat dubbel onderzoek verrichten, wat de middelen betreft dus over rechtsvragen uitspraak doen, zij het prima facie, hetgeen echter ook vaak betekent voor het eerst betreffende een nieuw rechtsprobleem. Daar staat dan de relatieve lichtvoetigheid tegenover waarmee de gewone kortgedingrechter de voortgang van een bestuurlijk proces kan beletten. Het spreekt vanzelf dat de gewone kortgedingrechter daardoor sneller dan de Raad van State in de opportunitiecontrole kan glijden.¹³³ Ingeval de dreiging daarvan moet worden tegengegaan – misschien juist wegens de huidige conjunctuur van hoogspanning tussen politiek en gerecht – zou een wetsbepaling in het Gerechtelijk Wetboek kunnen worden bijgeschreven, die ook de gewone rechter in kort geding bindt aan de twee voornoemde schorsingskluisters van de Raad van State, indien de verwerende partij een administratieve overheid is.

¹³¹ We zijn nooit voorstander geweest van een eerste aanleg niveau op territoriale grondslag: zie D. VERBIEST, “Jurisdictionele rechtsbescherming”, 1253.

¹³² Cass. 4 februari 2000, *RW* 2000-01, 813, met goedkeurende noot van M. STORME, “Kort geding omdat het moet”. Hij schrijft wel: “Legaliteitscontrole en motiveringsplicht worden hier dus meteen overboord gegooid”. “Lagere” administratieve rechters kregen reeds de “lichtere” schorsingsbevoegdheid: in het federale bevoegdheidsdomein bijvoorbeeld de voorzitter van de Raad voor de Mededinging die niet naar rechtsmiddelen moet omzien: zie supra randnummer 21.

¹³³ Waardoor het Hof van Cassatie moet vernietigen op grond van schending van het beginsel van de scheiding der machten: Cass. 3 januari 2008, inzake de Zaventemvluchten, en supra voetnoot 48.

Bij de meest recente hervorming¹³⁴ van de procedure voor de Raad van State is de bepaling van artikel 17 van de RvS-wet met zijn twee schorsingsvoorwaarden onveranderd gebleven – een gemiste kans. Wel is de vordering tot schorsing nu verplicht op te nemen in een enig verzoekschrift waarin ook het beroep tot nietigverklaring is vervat. Vanuit onze praktijk moeten we vaststellen dat die hervorming geen verlichting of versnelling van de schorsingsbehandeling meebracht: eensdeels kan de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid nog steeds met een afzonderlijk verzoekschrift worden ingediend en anderdeels bevat het enig verzoekschrift reeds de – soms uitvoerige – middelen tot nietigverklaring die de Raad bij afwijzing van de schorsing op grond van het ontbreken van ernstige middelen, alle moet onderzoeken op hun ernstig karakter. Een nieuw argument om de actiemiddelen van de Raad van State nogmaals te verruimen, is het hiervoor vastgestelde feit dat colleges die hij in cassatie moet controleren, meer actiemiddelen hebben dan hijzelf. Wat het kort geding betreft, zal het aldus bijzonder merkwaardig zijn dat de voorzitter van de door de Vlaamse decreetgever geplande Raad voor Vergunningsbetwistingen reeds schorsing zal kunnen bevelen, enkel rekening houdend met een nadeelsvereiste, zonder zich om rechtsmiddelen te moeten bekommeren.

33. Inzake de mogelijkheden tot ingrijpen op bestuursbeslissingen lijken een aantal van de actiemiddelen die nu al aan lagere administratieve rechtscolleges zijn toegekend, ook de Raad van State ter beschikking te moeten worden gesteld: aldus bijvoorbeeld het kunnen beïnvloeden van de wijze waarop de bestuursbeslissing wordt overgedaan door aanwijzingen betreffende de motivering, en meer “finale geschillenbeslechting”. Dit laatste kan dichterbij worden gebracht onder meer door hetgeen in Nederland de “bestuurlijke lus” wordt genoemd: wanneer de bestuursrechter van oordeel is dat een besluit voor nietigverklaring in aanmerking komt, stelt de rechter het bestuursorgaan in de gelegenheid, met inachtneming van zijn uitspraak, een nieuw besluit te nemen dat dan mee in de beoordeling wordt betrokken. Denken we

¹³⁴ Wet van 15 september 2006 tot hervorming van de Raad van State en tot oprichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, *BS* 6 oktober 2006, 53468. De nadeelsvoorwaarde is reeds weggefallen inzake taalwaarborgen in artikel 16ter BWHI en in artikel 5ter van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen. Ook inzake overheidsopdrachten zal die voorwaarde verdwijnen: artikel 2, § 3, eerste lid van de nog niet in werking getreden wet van 16 juni 2006 betreffende de gunning, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachttermijn inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.

ook nog aan de mogelijkheid om te (laten) bemiddelen.¹³⁵

34. Nog op het vlak van de actiemiddelen van de administratieve rechtscolleges, blijkt zich een aanzienlijke verschuiving te hebben voorgedaan in de aard van de controle door de Raad van State, ten gevolge van de recente oprichting van nieuwe administratieve rechtscolleges. Traditioneel werd wat de rechterlijke bevoegdheden van de Raad van State betreft, onder meer een onderscheid gemaakt tussen zijn annulatie- en zijn cassatiebevoegdheden. De annulatiebevoegdheid betrof bestuurlijke beslissingen en werd als objectief contentieux geduid, de cassatiebevoegdheid betrof rechterlijke beslissingen van administratieve rechtscolleges.¹³⁶ Deze laatste waren tot voor kort colleges die enkel rechtsgeschillen beslechtten betreffende politieke rechten – een van de twee varianten van het subjectief contentieux. Krachtens artikel 14, § 2 van de RvS-wet¹³⁷ is de Raad van State de gewone cassatierechter over de administratieve rechtscolleges. Tot zover bevindt men zich in de voormelde dichotomie van de artikelen 144 en 145 van de Grondwet. Heden zijn er echter administratieve rechters waartegen cassatievoorziening bij de Raad van State wordt ingesteld, maar die geen of niet enkel rechters over geschillen rond politieke rechten zijn maar zelf rechters met een objectief contentieux: de Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbepalingen is alleen rechter van het objectief contentieux, de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen is rechter van een subjectief en een objectief contentieux.¹³⁸ Men kan moeilijk beweren dat een cassatie-

voorziening tegen een annulatie het betrokken geschil over het objectief recht tot een contentieux van subjectieve rechten doet behoren. Ook de voorziening bij het Hof van Cassatie tegen een arrest van de Raad van State optredend als annulatierechter kan overigens niet onder dat laatste contentieux worden gerangschikt.

De cassatievoorziening bij de Raad van State in het objectief contentieux is een wat merkwaardige rechtsfiguur. Voordat deze opdook in de Belgische rechtsorde, was er al geen specifieke regelgeving voor de “gewone” cassatie bij de Raad van State en leidde deze dus een wat verborgen leven: het verloop van de procedure werd lange tijd immers geregeld door het procedurereglement dat ook het annulatieberoep regelde. Thans is het anders geworden met de specifieke cassatieprocedure, ingesteld door het koninklijk besluit van 30 november 2006 tot vaststelling van de cassatieprocedure bij de Raad van State.¹³⁹ Innovatie daarin is de zogenoemde “filterprocedure” op grond van artikel 20, § 1 RvS-wet: het cassatieberoep wordt pas behandeld voor zover het door de Raad van State toelaatbaar is verklaard.¹⁴⁰ De Raad van State is door de oprichting van de beide voormelde rechtscolleges minder annulatierechter en steeds meer cassatierechter.

Met het “nieuwe type” cassatie manifesteren zich enkele nieuwe problemen: zo is er de vraag of in een dergelijk cassatiegeschil de notie van het belang samenvalt met de gekende ontvankelijkheidsvoorwaarde van het annulatieberoep, dan wel met het belang zoals het wordt opgevat in een cassatiezaak in het subjectief contentieux. Het Hof van Cassatie hanteert, in tegenstelling tot de Raad van State in zijn annulatiegeschil, geen vereiste van volgehouden actueel belang – toch niet op strikte wijze: het voert immers al

¹³⁵ Nederland kent het doorverwijzen van geschillen naar een “mediator”. Over deze rechtsfiguren: E. DAALDER, “Kroniek van het algemeen bestuursrecht”, *Nederlands Juristenblad*, 2132; F.F.W. BROUWER en L.M. KOENRAAD, “Slagvaardig bestuursprocesrecht – Over bestuurlijke lus, finale geschilbeslechting en conflictoplossing”, *Nederlands Juristenblad* 1 september 2006, 1678-1684. Belgisch denkwerk de lege ferenda in D. LINDEMANS (ed.), *Gedogen en bemiddelen in het bestuursrecht*, Brugge, Die Keure, 2003.

¹³⁶ M. VAN DAMME, “De Raad van State als administratieve cassatierechter” (hierna verkort M. VAN DAMME, “Cassatierechter”), *TBP* 2000, 69.

¹³⁷ “De afdeling doet uitspraak, bij wijze van arresten, over de cassatieberoepen ingesteld tegen de door de administratieve rechtscolleges in laatste aanleg gewezen beslissingen in betwiste zaken wegens overtreding van de wet of wegens schending van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen. Zij treedt daarbij niet in de beoordeling van de zaken zelf”.

¹³⁸ E. BREWAEYS stelt aldus wat te algemeen “Als administratief cassatierechter doet de Raad van State uitspraak in het raam van het ‘subjectief contentieux’ en niet, zoals dat het geval is bij nietigverklaring van handelingen het actief bestuur, in het raam van een ‘objectief contentieux’” in “De cassatieprocedure voor de Raad van State”, *RW* 22 maart 2008, 1227; D. RENDERS en G. PIJCKE, in “La procédure en cassation administrative à l’épreuve de la pratique” (hierna verkort D. RENDERS, “La procédure”) in *Le contentieux administratif* –

→

Questions d’actualité (supra voetnoot 67), 67-124, besteden evenmin aandacht aan dat verschil. Het wordt nog niet vermeld in A. MAST, *Overzicht*, 1046. Ook M. LEROY stelt zonder meer dat de cassatievoorziening tot het subjectief contentieux behoort: *Contentieux*, 923.

¹³⁹ *BS* 1 december 2006. Commentaar bij E. BREWAEYS, (supra voetnoot 138), 1226-1237.

¹⁴⁰ Vooral geconcipieerd om in het vreemdelingencontentieux het aantal cassatiebehandelingen bij de Raad te beperken. Het vreemdelingencontentieux is daarmee sterk gereduceerd: 1992 cassatievoorzieningen in het gerechtelijk jaar 2007-2008. In 2006-2007 waren er nog 8204 beroepen in vreemdelingenzaken. Zie ook voetnoot 75. Zie ook M. KAISER, “La réforme”, 392 e.v.; E. BREWAEYS, “Vreemdelingenzaken” (supra voetnoot 69), 184 e.v. De filterprocedure is niet afgewezen door het Grondwettelijk Hof: arrest nr. 1/2009 van 8 januari 2009 en arrest nr. 36/2009 van 4 maart 2009. In heel wat lidstaten van de Europese Unie bestaat een dergelijke filter bij de hoogste administratieve rechtscolleges: zie M. LEROY, *Contentieux*, 921. Meer in het bijzonder voor Frankrijk: J. MASSOT e.a., *Le Conseil d’Etat – Juge de cassation* (hierna verkort J. MASSOT, *Le conseil*), Parijs, Berger-Levrault, 2001, 59 e.v.

→

eens een zaak af omdat de voorziening “geen reden van bestaan meer heeft”.¹⁴¹ In dat spoor van het Hof van Cassatie werd voorheen nog algemeen gesteld dat een verzoeker in cassatie bij de Raad van State blijk moet geven van een zeker en persoonlijk belang “zonder dat dit evenwel een actueel belang moet zijn”.¹⁴² Waar de Raad van State zich dus voor de invulling van het belang in een subjectief contentieux aan het Hof van Cassatie spiegelen kon, ligt dat niet meer voor de hand bij de cassatie tegen beslissingen in een geschil dat oorspronkelijk een annulatiegeschil was. Nochtans schrijven sommigen ook nog recent zonder nuance dat de Raad van State het belang in cassatiezaken op dezelfde wijze beoordeelt als in het annulatiecontentieux, met deze bijzonderheid dat een partij in het geding a quo bijna altijd blijk geeft van het vereiste belang. Zij wijzen alvast ook op een arrest in de andere zin.¹⁴³ Het lijkt er echter op dat de Raad van State bij cassatie over annulatie toch soms dient terug te grijpen naar zijn “klassiek” begrip van actueel belang uit het annulatiecontentieux en telkens een flinke evenwichtsoefening tussen legalisme en proceseconomie dient te verrichten. Hier lijkt immers een echt casuïstische aanpak geboden, met afweging van de mogelijke effecten van afwijzen van het belang: een afgewezen verzoekende partij in cassatie kan immers blijvend zijn geconfronteerd met een uitspraak a quo van een administratief rechtscollege met gezag van gewijsde. In de gevallen dat dit laatste tot meer dan louter schadevergoeding moet leiden, is die afwijzing wellicht niet terecht.¹⁴⁴

Er is bovendien de vraag naar de rechtskracht in de tijd van een overheidsbeslissing, nietig verklaard door de administratieve rechter, indien een voorziening in cassatie bij de Raad van State succes boekt¹⁴⁵ en naar het erga omnes karakter van het gezag van gewijsde, anders dan het inter partes karakter bij een klassieke cassatie. Het zou ook kunnen bijdragen tot vereenvoudiging indien duidelijk in regelgeving zou worden bepaald dat in graad van cassatie de Raad van State de zaak zou mogen evoceren en ten gronde definitief afdoen, zonder plicht tot terugwijzing. Die

¹⁴¹ Om de term gebrek aan actueel belang te vermijden? Zie B. MAES, *Cassatiemiddelen naar Belgisch recht*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 381.

¹⁴² M. VAN DAMME, “Cassatierechter”, 72.

¹⁴³ D. RENDERS, “Procédure”, 67 en zijn verwijzing naar RvS 28 januari 2008, nr. 179.055.

¹⁴⁴ Over dat belang en zijn actueel karakter: RvS 17 februari 2009, nr. 190.519, Universiteit Gent en nr. 190.520, Jacobs; RvS 7 oktober 2008, nr. 186.879.

¹⁴⁵ Voorbeelden uit de vreemdelingenrechtspraak van cassaties van annulatiebeslissingen: RvS 1 juli 2008, nr. 184.996, Belgische Staat – met de overweging “dat [de Belgische Staat zijn] belang behoudt zolang de nieuwe weigeringsbeslissing [tot vestiging] niet als definitief kan worden beschouwd” en RvS 30 oktober 2008, nr. 187.509, Belgische Staat, zonder overwegingen betreffende het belang.

rechtsfiguur is bekend in het Franse recht.¹⁴⁶ Bij een hervorming van de administratieve rechtspraak verdient dat bijzondere contentieux dus zeker afzonderlijke aandacht.

35. Bij hervormingen moet men inzake actiemiddelen ook nadenken over de impact van artikel 159 van de Grondwet: waarom niet, in de richting van een efficiënt dualisme dat rechtseenheid beoogt, de verplichting invoeren voor de gewone rechters – ook voor het Hof van Cassatie – om prejudiciële vragen te stellen aan de Raad van State over de rechtmatigheid van overheidsbeslissingen – in voorkomend geval enkel de reglementaire? Dit om te verhinderen dat over de rechtmatigheid van eenzelfde besluit anders wordt geoordeeld door diverse gewone rechters, of tussen de rechters van de twee ordes of door de twee hoogste rechtscolleges daarvan. Dualisme als zinvolle specialisatie dus: zijn pijnpunten vloeien immers deels voort uit de mogelijkheid dat de gewone en de administratieve rechter parallel kunnen optreden bijvoorbeeld bij de twee vormen van het kort geding (gedenk de Zaventem-saga) of op weinig doorzichtige wijze elkaars rechtsmacht beïnvloeden, zoals bij de attributieconflicten.

36. Bij hervormingen vergete men ook de logistieke inbedding van de administratieve rechtspraak niet: vaak zijn de ministers, die moeten instaan voor begroting en middelen van de administratieve rechtscolleges werkzaam in hun beleidsdomein, dezelfde als diegene van wie de bestuursbeslissingen door diezelfde rechtscolleges kunnen worden beïnvloed, tegengegaan of zelfs vernietigd. Het is geen passende zaak dat zij het dan zelf zijn die veel of weinig middelen aan de rechtscolleges kunnen geven, afhankelijk van de politieke imperatieven van hun beleidsdomein: de ministers van Binnenlandse Zaken hadden wel oor naar meer middelen voor de Raad van State, maar begrijpelijkerwijze dan vooral als deze zicht gaven op snellere afhandeling van de vreemdelingendossiers, een zorg van die ministers. Er lijkt minder enthousiasme als de effectiviteit van de Raad moet worden ondersteund in het algemene contentieux: welke overheid verstevigst graag een controle-instantie waaraan zij onderworpen is? Voor de administratieve rechtscolleges was het wellicht de betere weg om ze, of sommige ervan, eigen dotaties te geven en ze te doen ressorteren onder de eerste minister en onder de minister-presidenten wat Gemeenschappen en Gewesten betreft.

¹⁴⁶ J. MASSOT, *Le conseil*, 315 e.v. Het Belgische recht kent – geformaliseerd in een wettekst – de niet-terugwijzing in het attributieconflict: uit artikel 33 RvS-wet moet worden afgeleid dat het Hof van Cassatie niet naar de Raad van State terugwijst als hem rechtsmacht wordt ontegd. Zie ook randnummer 4.

37. Rest dan nog de vraag naar de rol van die Gewesten en Gemeenschappen bij een hertekening van de rechtsmachtverdeling – een nieuw vraagstuk in het organieke en materiële veld. Het probleem en enkele oplossingen zijn door anderen reeds scherp beschreven.¹⁴⁷ Hiervoor is opgemerkt dat de aard van de controle door de Raad van State erdoor wordt beïnvloed en eveneens zijn werkvoorraad. Zulks zou tot distorsies kunnen leiden tussen Nederlandstalige en Frans-talige kamers: in hetzelfde domein van de stedenbouw bijvoorbeeld zullen weldra de eerstgenoemde een beperkt aantal cassatiezaken dienen te behandelen en de laatstgenoemde een groot aantal annulatiezaken. Het blijkt dat het monisme verder weg is gedreven, doordat het principe van de federale bevoegdheid inzake de rechterlijke organisatie bij een hervorming van de jurisdictionele rechtsbescherming nu ook moet worden verzoend met de autonomie van de Gewesten en de Gemeenschappen, die door middel van de impliciete bevoegdheden administratieve rechtbanken in hun bevoegdheidsdomeinen zijn gaan oprichten. Tot aan de invoering van de voormelde artikelen 160 en 161 in de Grondwet berustte de federale bevoegdheid op artikel 146 van de Grondwet, dat de tussenkomst van de wetgever oplegde om welke jurisdictie ook in te stellen. Nochtans blijkt uit de parlementaire voorbereiding van artikel 161 dat de Grondwetgever juist, in tegenstelling tot wat de tekst ervan zou doen geloven, geen klare keuze heeft gemaakt om enkel voor het federale niveau de bevoegdheid voor te behouden om administratieve rechtbanken op te richten. Veeleer lijkt het dat een compromis is gezocht: door middel van de impliciete bevoegdheden zouden weliswaar geen algemene administratieve rechtbanken kunnen worden opgericht of de Raad van State worden uitgesloten, maar wel zou enigszins tegemoet worden gekomen aan Vlaamse verzuchtingen om een integrale Vlaamse justitie in te richten, door alvast niet uit te sluiten dat gespecialiseerde rechtscollages zouden worden opgericht door Gemeenschappen en Gewesten.¹⁴⁸ Daarmee werd de zorg om een juiste toepas-

sing van artikel 10 BWHI toegeschoven naar het Grondwettelijk Hof.

Wie nadenkt over welke hertekening ook van de administratieve rechtspraak, kan – in monistische zin – opteren voor een van twee tegengestelde oplossingen: de eerste is een keuze voor een “verticale” concentratie die alle rechtbankstructuren in handen van de federale overheid geeft. De andere weg is een “horizontale” verzameling van materies waarbij het contentieux als accessorium van de materie wordt beschouwd: zulks kan leiden, eerst naar een unificatie van gewone en administratieve rechters en vervolgens naar een defederalisering van de gehele justitie.¹⁴⁹

Een derde weg kan echter worden bewandeld om aan het voornoemde bevoegdheidsprobleem een oplossing te geven – en die is niet monistisch: in artikel 161 van de Grondwet wordt dan – weg van de onzekerheid voortvloeiend uit de toepassing van de impliciete bevoegdheden gesteund op artikel 10 BWHI – de bevoegdheid van Gemeenschappen en Gewesten¹⁵⁰ erkend om administratieve rechtbanken op te richten binnen het kader van hun bevoegdheden. Daarbij zouden weliswaar een aantal regels in de Grondwet worden vastgelegd inzake samenstelling, werking en procedure – onder meer met een mogelijke voorziening bij de Raad van State, waarvan het federale karakter zou worden geëxpliciteerd. Aldus zou een minimale gemeenschappelijke sokkel ontstaan gemeen aan alle administratieve rechtbanken. De federale wetgever behoudt aldus zijn volledige bevoegdheid over de hoogste administratieve rechtbank en kan administratieve rechtbanken oprichten in de materies waarvoor hij bevoegd is of opteren voor kamers in het door ons voorgestane Gerecht van eerste aanleg. Gemeenschappen en Gewesten kunnen zulks eveneens voor hun bevoegdheidsdomeinen, daarbij zelf kiezend of ze administratieve rechtscollages met algemene bevoegdheid oprichten, of in graden van beroep voorzien, of gespecialiseerde rechtscollages instellen.¹⁵¹

¹⁴⁷ X. DELGRANGE, “La création”, supra voetnoot 79. Bij verdergaande hervormingen van de Belgische Staat kan natuurlijk ook de richting worden ingeslagen van een expliciete toewijzing van alle rechterlijke structuren aan Gewesten en/of Gemeenschappen. Die “regionale” optie is volgens sommigen overigens van oudsher de meest “natuurlijke” situatie: M.E. STORME, “Een Vlaamse Justitie?”, *RW* 2000-01, 1113. Wie pleit voor een Vlaams gerechtelijk apparaat, is blijkbaar spontaan monist: P. VAN ORSHOVEN, “Wat we zelf beslechten, beslechten we beter! – Enkele krachtlijnen voor een Vlaams gerechtelijk decreetboek” in *Defederalisering van Justitie – Staatsrechtsconferentie 2002*, Vlaamse Juristenvereniging, Brussel, Larcier, 2003, 113.

¹⁴⁸ X. DELGRANGE, “La création”, 489-495. Er wordt op gewezen dat reeds in 1982 een eerste “jurisdiction fédérée” is opgericht: aan de kant van de Franse Gemeenschap, om over betwistingen inzake studietoelagen te beslissen. Ook de nieuwe artikelen 6, § 1, VIII, 4°, b) BWHI, betreffende kiesrechtsza-

→

ken in hoogste aanleg en 6, § 1, VIII, 5° BWHI, betreffende het tuchtstelsel van de burgemeesters, getuigen – a contrario geïnterpreteerd – van die intentie, nu ze uitdrukkelijk die bevoegdheden voorbehouden aan de federale overheid.

¹⁴⁹ We kunnen deze benadering bijvallen, zoals ze is ontwikkeld door X. DELGRANGE, “La création”, 510 e.v.

¹⁵⁰ Onze XIIe Kamer behandelt onder andere onderwijszaken, geschillen betreffende cultuur (media), lokale besturen en overheidsopdrachten; enkel die laatste materie wordt hoofdzakelijk door een federale wetgeving geregeld, maar de verwerende partijen zijn in hoofdzaak besturen die onder Gewesten of Gemeenschappen ressorteren. Ongetwijfeld leiden de materies die onder de bevoegdheid van Gewesten en Gemeenschappen vallen, tot de meeste zaken bij de Raad van State: ruimtelijke ordening, milieu, lokale besturen.

¹⁵¹ X. DELGRANGE, “La création”, 518 e.v. Bij de suggestie om een cassatieberoep bij de Raad van State in de Grondwet in te schrijven, wordt nog geen onderscheid gemaakt tussen subjectief en objectief geschil.

De federale wetgever zou voorts een wetboek kunnen vaststellen waarin essentiële beginselen van de procedure voor de administratieve rechtscolleges, althans de federale, zouden worden vastgelegd. Hiervoor hebben we immers al herhaaldelijk vastgesteld hoe verscheiden deze procedures zijn.¹⁵² Wel kan eens een keer enige aandacht voor eenvormigheid worden opgemerkt.¹⁵³ De vraag rijst daarbij of niet evenzeer een algemene wet bestuursrecht het materiële administratief recht moet stroomlijnen. Daarin zou een definitie van wat uiteindelijk een “administratieve overheid” is, voor de toepassing van tal van regelgevingen op haar plaats zijn.¹⁵⁴ Het is wel sterk de vraag of, indien het criterium van de derdenbinding daarin vervat is, het daarbij zoals het Hof van Cassatie doet, een beslissende waarde moet worden gegeven, en of niet evengoed een taak van openbare dienstverlening, subsidiëring, erkenning mede in rekening kunnen worden gebracht.¹⁵⁵ Overigens lijken de plaats van de rechter en dienvolgens de door hem te volgen procedures van steeds groter gewicht: besturen wordt steeds meer anticiperen op wat de rechter zal beslissen.¹⁵⁶

38. Laten we ten slotte onze dromen voor een betere jurisdictionele rechtsbescherming blijven koesteren maar ze tot realistische verwachtingen herleiden. De ervaring van ons omringende landen kan daarbij leerzaam zijn: in Nederland is de monistische hervorming onafgewerkt en lijkt ze dat te blijven; in Frankrijk is verbouwing van het dualisme steeds weer noodzakelijk.¹⁵⁷

39. Wat is nu uiteindelijk gebleken? De regelgevers binnen de Belgische rechtsorde hebben op het vlak van de jurisdictionele rechtsbescherming een monistische hervorming verderaf gebracht: eensdeels heeft de federale regelgever het dualisme versterkt door zelf te opteren voor nieuwe gespecialiseerde administratieve rechtscolleges, anderdeels hebben de Gemeenschappen en Gewesten daar onbewust toe bijgedragen door er zelf te gaan oprichten. Neen, de droom van het eenvoudige monisme zal niet voor morgen zijn. Want tussen droom en daad staan ook hier wetten in de weg, en heel wat praktische bezwaren.¹⁵⁸

¹⁵² Ook over die verscheidenheid: Ph. BOUVIER, “Les procédures d’urgence devant les juridictions administratives en Belgique” in *Les procédures d’urgence: approche comparative*, Parijs, Editions Pantheon-Assas, 2008, 189-200. In Frankrijk kan enige inspiratie worden opgedaan: een op stapel staande hervorming voorziet zelfs in een enig tuchtcollege voor alle magistraten van administratieve rechtscolleges: zie S. BRONDEL, “Avant-projets de réforme du code de justice administrative”, *AJDA* 16 februari 2009, 228.

¹⁵³ Bij de oprichting van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft de wetgever gepoogd de procedure zoveel mogelijk op deze van de Raad van State af te stemmen met als oogmerk deze laatste procedure als de procedure “van gemeen recht” in te stellen: *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2479/001, 116. Heel wat vraagstukken van eenmaking, onder meer de invloed van Europees recht en van de federalisering van België, komen aan bod bij G. DEBERSAQUES en S. DE CLERCQ, “Bestuursrecht harmoniseren?”, *Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Deventer, Kluwer, 2004.

¹⁵⁴ Zie J. DE STAERCKE, “Naar een algemene wet bestuursrecht in België?”, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2006, 1-11.

¹⁵⁵ Zie meer in detail: D. VERBIEST, “Jurisdictionele rechtsbescherming”, 1250-1251.

¹⁵⁶ P. MARTENS, “Que reste-t-il du droit administratif?”, *APT* 1/2006, 3: “Administrer, c’est intérioriser anticipativement le regard suspicieux du juge”.

¹⁵⁷ Men leze zulks in het verzamelwerk *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States* – A

→

comparative analysis, 2^e uitgave, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, XXII + 419.

¹⁵⁸ Vrij naar W. ELSSCHOT, gedicht “Het Huwelijk”. Recent gepubliceerd in P. CLAES, *Lyriek van de Lage Landen*, Amsterdam, De Bezige Bij, 2008, 269.